

701



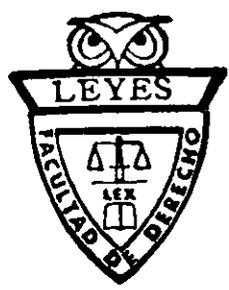
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

PRINCIPIOS ETICO JURIDICOS EN EL TRAFICO DE ORGANOS Y PLASMA HUMANO.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
PEREZ GUZMAN JUAN JOSE



ASESOR: LIC. ALFREDO GARCIA

MEXICO, D.F.

200φ

288945



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Dedico esta tesis a mis padres:

Ismael Pérez Zárate y

Juana Guzmán Santiago.

por su apoyo brindado durante mi vida,
doy gracias por estar conmigo y más en estos momentos,
ya que son motivos de ejemplo para mí.

A mí hermana:

Angelica Pérez Guzmán, por apoyarme durante
todo este tiempo hasta la culminación de mis
estudios.

A mis amigos:

Adriana Cortés Arista, Fernando Noriega Bastida,
Víctor Hugo Flores Medina, Mercedes Peña por
sus consejos y apoyo aportados durante y
después de la carrera.

Agradezco en forma muy especial a mi gran:
Maestra María Elodia Robles Sotomayor,
por su dedicación y apoyo incondicional mostrado
durante este tiempo.

Agradezco al maestro y amigo:
Lic. Alfredo García por su ayuda otorgada para
la elaboración de la tesis,
sin mostrar ningún compromiso.

Agradezco a:
Mtro. José Alfonso Lazcano Martínez,
Lic. Víctor Hugo Pérez Hernández,
Lic. Verónica de Santiago,
Lic. Leticia Urrutia Cuevas, Dr. Héctor Margeli
Pérez, por sus consejos y enseñanzas durante y
después de la carrera profesional y demás
personas que me apoyaron.

Principios ético jurídicos en el tráfico de órganos y plasma humano.

Introducción.	3
I.- Orígenes:	
A) Estados Unidos de Norte América.	5
B) México.....	9
II.- Conceptos generales:	
A) Tráfico.....	12
B) Órganos.	13
C) Plasma y tejido.	13
D) Trasplante.	16
E) Principios éticos:	21
1) Legitimidad.	30
2) Legalidad.	36
3) Probidad.	41
4) Deberes.	42
5) Discrecionalidad.	49
6) Dignidad.....	55
7) Responsabilidad	58
III.- Normatividad referente al tráfico de órganos:	
A) Constitucional.....	70
B) Ley General de Salud y su Reglamento	73
C) Código Civil.	102
D) Código Penal.	111
E) Ley Federal de Responsabilidad de los servidores públicos.	119
F) Ley de Derechos Humanos.....	125
G) Ley del Seguro Social y su Reglamento.....	128

Propuestas.....	134
A) La creación de un Código ético en el ámbito del servidor público.....	135
B) Una iniciativa de Ley sobre el trasplante de órganos humanos.....	142
Conclusiones.....	145
Bibliografía.....	148
Apéndices.....	154

Introducción

La presente investigación tiene como fin primordial analizar y estudiar aquéllos principios ético-jurídicos, que se relacionen tanto en materia de los trasplantes de órganos y tejidos como con la nueva función social que guarda actualmente el cadáver; a su vez explicar el sentido que tienen los términos de tráfico de órganos y trasplante de órganos. Para el efecto de evitar que se le asocie con la idea de ilícitud y se le ubique con la de transportación y traslado de órganos.

Analizaré en forma detallada la personalidad jurídica de las personas que intervienen en las actividades relacionadas con los trasplantes de órganos así como también la situación jurídica en la que se ubica el cadáver. De igual manera se estudiarán los actos de disposición del cuerpo humano y los límites de los mismos además, si estos pueden ser considerados como materia de estudio dentro del contrato de donación. Por otro lado se abordará la importancia que guarda el Estado en materia de salud y específicamente en los trasplantes de órganos y tejidos, así como a las instituciones e instrumentos que crea para la realización de estos actos con el fin de otorgar la seguridad jurídica que la población requiere. Todos estos aspectos se tratarán con toda amplitud dentro del desarrollo del presente trabajo el cual quedó estructurado de la siguiente forma:

Primer Capítulo. Tiene que ver con aspectos históricos de los trasplantes de órganos y tejidos tanto en los Estados Unidos de Norte América, como en México; en este último se analizará en forma separada los antecedentes sobre la transfusión sanguínea (tejido hemático), como del trasplante de órgano, en razón de la autonomía técnica que la propia Ley General de Salud les confiere tanto al Registro Nacional de Trasplantes como al Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea.

Segundo Capítulo. Versa sobre los conceptos generales dentro del cual se persigue la intención de familiarizarnos con los términos médicos y así poder comprender en forma clara y sencilla el alcance y significado de cada uno de los mismos; para después relacionarlos con los principios ético-jurídicos, que se involucren en el ejercicio de las profesiones (abogados y médicos), en función del servicio público que pueden realizar dentro de las instituciones de salud, así como también dentro del Ministerio Público, prevaleciendo ante cualquier circunstancia el respeto y la gratitud a la dignidad humana.

Tercer Capítulo. Se encuadra a los trasplantes de órganos y tejidos atendiendo a la naturaleza de cada uno de los ordenamientos jurídicos en cuestión, estableciendo como directriz el derecho constitucional a la protección de la salud que tiene las personas; así como el deber de mantenerla en buen estado, ambos casos los conllevará al disfrute de una vida digna.

Espero que la presente investigación sea un instrumento útil para aquellas personas que ejercen funciones dentro de la administración pública. Así como también para todas aquellas, que se interesen en conocer los beneficios que proporcionan los trasplantes de órganos y tejidos; anhelando sobre todo que la sociedad mexicana en general se concientice en la nueva función social que representa el cadáver.

I.- Orígenes:

A) Estados Unidos de Norte América.

El ser humano consciente de los límites de su existencia, por lo que hace al vivir y al morir, se ha manifestado hábil y a su vez inconforme con tener que cumplir con un destino en el que se encuentre condicionada su propia vida. Ha echado andar su imaginación para desafiar de una manera o de otra a su destino apoyándose para ello en los avances científicos a fin de dar así una mayor esperanza a aquellos que se encuentran afectados por una enfermedad en estado terminal. Es así entonces que el médico a través de una serie de investigaciones y de ensayos efectuados primeramente con los animales, realiza una serie de trasplantes de órganos provenientes de animales de la misma raza o bien de otra, con el objeto de analizar las reacciones que se manifiestan diversamente en cada organismo, y determinar la viabilidad de aplicar dicha investigación a los seres humanos buscando dar a la postre una nueva vida sana y duradera. Así tenemos que en Estados Unidos:

En diciembre de 1954 se realiza en Boston el Primer Trasplante Renal con éxito entre seres humanos. Se trata de un joven adolescente con insuficiencia renal terminal y pronóstico fatal a breve plazo los procedimientos de reemplazo: diálisis^(a) o hemodiálisis^(b) que pudiesen prolongar su vida, no estaban aún disponibles en esa época; por fortuna el paciente tenía un hermano gemelo idéntico dispuesto a donarle un riñón para salvarle su vida. El doctor Harrison del Hospital de Peter Bent Brigham, extirpó un riñón del joven sano, y en un quirófano adjunto, Murray practicó la anastomosis del órgano a los vasos expuestos en la pelvis del enfermo, unió el uretero a la vejiga y aún antes de terminar la operación, presenciaron absortos el reinicio de la función renal. Fue un éxito quirúrgico terapéutico. Por tratarse de un isotrasplante no había que temer, y por su puesto no ocurrió, ninguna reacción de rechazo del huésped hacia el órgano transplantado. ⁽¹⁾

Este hecho demuestra que es técnicamente posible remover un órgano de una persona sana a otra enferma, reanudándose la función renal en el receptor curándolo de la insuficiencia que padecía. El éxito del trasplante renal es mayor cuanto más cercano sea el grado de consanguinidad del donador, desde los gemelos idénticos, hermanos, padres y parientes.

Por otro lado, el descubrimiento de los antígenos tisulares, sus métodos

⁽¹⁾ Gaceta Médica, Vol. 131 No. 2, México, 1995, 173-174.

(a) Es el proceso que conlleva la separación de moléculas pequeñas y grandes por medio de una membrana semipermeable.

(b) Debe entenderse como el proceso de separación de moléculas grandes y pequeñas que componen la sangre.

de tipificación y las pruebas de inmunocompatibilidad facilitaron la selección de donadores, incrementado las posibilidades de éxito en los trasplantes de órganos y tejidos.

En forma inmediata con los avances de la inmunología y de la investigación farmacológica, se empezaron a obtener mejores resultados de éxito entre la población enferma norteamericana aumentando la eficacia y reduciendo los efectos colaterales indeseables en los trasplantes de órganos y tejidos; como prueba de este avance se puede apreciar que:

El trasplante de riñón, el de más éxito, seguido del de corazón, hígado y pulmón, posee hoy, en los Estados Unidos, un promedio de 85% de éxito durante el primer año. Actualmente, existen muchos pacientes con órganos viables desde hace muchos años; y puede afirmarse que más del 50% de los trasplantes de riñón viven hasta 10 años. Y con relación al de corazón, de un tercio a la mitad viven después de cinco años...⁽²⁾

El impacto del trasplante de órganos sobre la medicina y los médicos ha sido enorme, la renovación experimentada por la primera ha promovido el desarrollo de la inmunología y de la genética pero aunado a este éxito quirúrgico la sociedad debe tener una garantía a la salud, como así también a su integridad física; razón por la cual el derecho tiene que ir apegado a ese desarrollo que involucra a la sociedad en general y no puede dar la espalda a los acontecimientos que se van efectuando dentro del campo de la ciencia médica, y como consecuencia de este avance científico se tienen que modificar las legislaciones por el hecho que involucra el acto de remover un órgano vivo, de un ser vivo voluntario o de un cadáver recién muerto, ha forzado a la civilización contemporánea a mirar desde muchos lados y perspectivas la parte moral, el concepto de donación voluntaria, el concepto de qué es la muerte, y quién es el dueño después de la muerte.

Fue en Norteamérica donde evolucionó gradualmente la idea de que un individuo podía disponer de sus restos mortales principalmente para propósitos de educación. El trasplante forzó a que se legislara de una manera más específica, poniendo en manos de la propia persona o de su familia la disposición de su cuerpo. El enfoque en algunos países de Europa se orientó a poner en manos del estado la potestad de la disposición del cuerpo.⁽³⁾

Un indicador de la respuesta a esta necesidad y con el que se sentó precedente es la Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas de 1968. Este pronunciamiento indica que cualquier individuo, libre de coerción y mayor de 18 años de edad, puede donar todo o parte de su cuerpo para estudio,

⁽²⁾ Ibidem. 177

⁽³⁾ Santiago Delpín, Eduardo A. Trasplante de Órganos, Ed. Salvat Mexicana, 1987:97

estudio, investigación, terapia o trasplante; la donación hecha en estas condiciones tendría efecto válido en el momento de la muerte".⁽⁴⁾

En casi todo el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica se lleva consigo una tarjeta, misma que adquiere carácter legal y cuyos efectos suelen equipararse a los documentos testamentarios.

Dentro de la Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas, se propone que el familiar supérstite más cercano sea dueño del cadáver y pueda disponer de él para los propósitos especificados en la ley, estableciendo dentro de ésta un orden prelativo en razón del parentesco y como regla general indica al cónyuge supérstite, hijo o hija mayor, padre o madre, hermano o hermana mayor, tutor o cualquier otra persona con poder legal y con la obligación de disponer del cadáver. Cabe recordar como ya se había señalado que dicho ordenamiento fue el primero en facilitar la donación intervivos, al igual que la donación de cadáver, e intento salvaguardar la seguridad profesional, estableciendo cuatro pronunciamientos que se transcriben en su totalidad:

1.- Se autoriza la donación anatómica en vida, siempre y cuando ésta sea documentada con testigos. El documento de dicha donación que puede o no ser ante notario, puede ser una tarjeta o cualquier otro documento escrito. En algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, se estila incluir en la licencia de conductor una documentación con el deseo expreso de servir como donante de un órgano en caso de muerte.

2.- En ausencia de una donación ante mortem expresa, el cuerpo y sus partes podrán ser utilizados para investigación, educación y trasplante, siempre y cuando el heredero así lo designe. El heredero puede ser el familiar más cercano o el Estado.

3.- La dictaminación del momento de la muerte tendrá que ser documentada por uno o dos facultativos. Aquí las leyes son muy variables en cuanto a número especialidad de los mismos. Los facultativos involucrados en el pronunciamiento de la muerte no tomarán parte en el proceso de la donación ni en el trasplante. A la inversa, los médicos envueltos en la actividad de trasplante no tendrán injerencia alguna en el pronunciamiento de la muerte de un donante ya cadáver.

4.- Una persona que actúa de buena fe y de acuerdo a los términos de la Ley no estará sujeta a daño civil o criminal.⁽⁵⁾

Como se puede observar de los puntos antes transcritos lo que el legislador trata de hacer es proteger y dar seguridad a los gobernados que llegan a estar afectados por una enfermedad terminal o bien que mueren dentro de las instituciones de salud para darle una mayor y mejor utilidad a

(4) Ibidem, 97

(5) Santiago Delpln, Op cit 98

los órganos de sus cadáveres y para que el cuerpo médico no realice innecesariamente la extirpación de órganos.

Para el año de 1970, 41 estados de los Estados Unidos de Norteamérica habían ya legislado tomando como modelo a la Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas, dándole cada una de estas legislaciones un matiz particular afín a las necesidades regionales.

Durante los últimos años, el mundo ha presenciado grandes avances en la tecnología del trasplante de órganos, como prueba de ello basta destacar que en América Latina, se han adoptado una serie de métodos a fin de obtener una variante del criterio de consentimiento presunto con el requisito de un principio de notificación. Éste exige que se haga un esfuerzo razonable para ponerse en contacto con el familiar más próximo, en caso de que desee rechazar la donación. Si la persona fallecida no se opuso a la donación y no es posible localizar al pariente más cercano o tutor mediante una búsqueda exhaustiva, el hospital puede extraer cualquier órgano.

También se ha señalado en dicha región que los órganos donados pertenecen moralmente a la comunidad y, por lo tanto, deben ser distribuidos equitativamente entre los centros de trasplante y los pacientes. En este sentido se debe decidir entre el beneficio para el paciente en términos de calidad de vida y rehabilitación, en lugar de la simple supervivencia.

Existen referencias de que en este país aproximadamente 30,000 personas necesitaban en 1992 un trasplante de órganos pero sólo una mitad de esa población pudo lograrlo; ante esta situación se han buscado alternativas para solucionar la demanda de órganos creándose Clubes de Donadores. En estos clubs los beneficiarios inicialmente eran únicamente los miembros suscritos, pero posteriormente por una determinación de la American Society of Trasplant, se estableció que el 5% de los trasplantes de riñón deberán de estar destinados a pacientes extranjeros, es decir, a personas no miembros.

Cabe señalar que en dicho país no ha sido la única medida que se ha adoptado para dar solución a la problemática de la escasez de órganos que encierra al trasplante; por lo que a tenido que recurrir a acuerdos internacionales:

Canadá y los Estados Unidos de América, ya disponen de un acuerdo informal de reciprocidad que permite que los ciudadanos de ambos países sean receptores de órganos donados en uno u otro país. La tecnología del trasplante de órganos ha planteado para dicha región muchas cuestiones éticas (Por ejemplo qué tan ético es que un individuo sano quedara mutilado para salvar a otro que moriría sin sacrificio) y legales, por lo que la Organización Mundial de la Salud, ha recomendado que se formulen pautas para ayudar a los países para que promulguen legislaciones gubernamentales más completas sobre trasplantes de órganos con el fin de garantizar la

solución de los principales conflictos éticos y legales que ha causado el trasplante de órganos.⁽⁶⁾

B) México.

Al igual que en otros países del mundo, él nuestro también tiene que ir a la vanguardia de la ciencia médica a fin de otorgar a sus nacionales un modo de vida digno que haga placentera su existencia por mínima que esta sea y hacer frente a las necesidades patológicas que se presenten dentro de la sociedad mexicana, y para cumplir con esto con uno de los fines primordiales que tiene el Estado mexicano que es el derecho que tiene todo individuo a la protección de la salud con las modalidades que la ley establezca por lo que haré un pequeño esbozo de la evolución que ha tenido el trasplante en México, y principiaré desarrollando en forma cronológica al desarrollo que ha tenido el trasplante de tejido hemático. Nuestro país al igual que el resto del mundo comparte las medidas de control, conservación, seguridad e higiene en relación con el manejo de la sangre humana y hemoderivados; ya que para la medicina transfusional su manejo terapéutico se ha complicado en los últimos años debido a un problema epidemiológico muy trascendente: el síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

En 1878, los doctores Guillermo Dávila, José Ma. Vértiz, Francisco Marín y el Dr. Barceló entre otros, investigaron en el campo de la hematología^(d) sobre la transfusión sanguínea, utilizando por primera vez sangre desfibrinada y algunos anticoagulantes que se abandonaron por su elevada toxicidad.

En aras de dar inicio al siglo XX, aun los conocimientos que se tienen con relación a la conservación, distribución y manejo de la sangre y sus derivados, es muy incipiente prueba de ello fue la toxicidad que se provocó en esos tipos de experimentación.

Para 1925 se practicó la primera transfusión de sangre oficialmente reconocida, llevada a cabo en el Hospital General por el Dr. Abraham Ayala González. En ese mismo año el Dr. Manuel R. Alatorre utiliza en la ciudad de Guadalajara la transfusión de sangre, usando para ella el tubo parafinado de Kimpton y Brow durante el tiempo operatorio de la tiroidectomías.

En 1934 el Dr. Rodolfo Ayala González funda el Centro de Transfusión de Sangre del Hospital General. Cabe señalar que en esta época las transfusiones se realizaban de brazo a brazo, lo que desde un punto de vista actual resulta una técnica errónea y peligrosa ya que se usaban recipientes abiertos y reutilizables, al igual que agujas y tubos de goma,

⁽⁶⁾ Fuenzalida Pulema, Hernán, Trasplante de Órganos. La Respuesta de América Latina, Organización Panamericana de la Salud, Asuntos Jurídicos, Washintong, 1990, 453.

^(d) (Etim. Del gr. haima, haimatos sangre, y lógos tratado) f. Tratado sobre la sangre. Parte de la medicina, que se refiere a la sangre y sus alteraciones.

existiendo el grave riesgo de contaminación de la sangre utilizada. Para el año de 1943, inicia el primer banco de sangre de instituciones gubernamentales en México, en el Hospital Juárez.

Hasta el año de 1952 aparecieron en México los frascos de cristal cerrados al vacío y se comenzó a usar como anticoagulante el ACD. (Ácido cítrico-citrato-dextrosa), mismo que les permitió almacenar la sangre hasta por 21 días. Desde aquel entonces, los frascos deberían ser desechables al igual que los equipos de sangría y aplicación, aunque no siempre se cumplía con esta disposición. Así es como en 1954 se establece dentro del Código sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, que para el buen funcionamiento de los bancos de sangre estos deben estar bajo la responsabilidad de un médico mexicano siendo esta disposición la primera en su género en América Latina.

En forma simultanea en materia de trasplantes de órganos se tuvo en México un intento frustrado el 13 de marzo de 1968, en el Hospital general del Centro Médico Nacional de México, por problemas médico-legales, no pudo llevarse a cabo el que hubiera sido el primer trasplante cardiaco realizado en nuestro país. ⁽⁷⁾

En 1974, se inició en México el Programa Nacional de Donación Altruista de Sangre, con la participación de las instituciones nacionales de salud del país; dicho programa fue inaugurado en el Hospital General de México.

Para la década de los ochentas, la población mexicana tenía una dependencia hacia la donación retribuida, el 70% de las donaciones de sangre que se llevaron a cabo en México durante esa época se pagaron con dinero. Factor que tuvo que ver con la disminución del porcentaje de donadores altruistas pues dentro de los establecimientos denominados banco de plasma, la donación era muy bien retribuida.

Dada la necesidad y problemática que se presentaba con el manejo de la sangre y sus derivados, se inaugura el 24 de noviembre de 1982 el Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea (CNTS), por el entonces Presidente de la República Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, y el Secretario de Salubridad y Asistencia. En 1984, se confirma en el mundo la hipótesis de que el SIDA podía ser transmitido por medio de transfusión de sangre; y en ese mismo año se deroga el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, y se le sustituye por la Ley General de Salud, dentro de dicha ley se decreta que a partir del 25 de agosto de 1987, quedará prohibida la donación remunerada, para establecerse la donación voluntaria exclusivamente, proporcionada por familiares de los pacientes o personas altruistas. (art. 332 de Ley General de Salud)

Con esta decisión que tomo el gobierno de México nuevamente vuelve adoptar el compromiso que le impone la Constitución al dar una mayor protección a la salud de quien dona sangre o sus componentes, designando

⁽⁷⁾ Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo, Trasplantes de Órganos Aspectos Jurídicos, Ed. Porrúa, México, 1996, 2

las facultades y prerrogativas necesarias al órgano administrativo desconcentrado, con la finalidad de dar seguridad a la población y evitar epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades en el país.

La función normativa del Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea tiene como objetivo regular las bases jurídico sanitarias y definir los recursos materiales, humanos y técnicos, que aseguren el buen funcionamiento de los bancos de sangre, servicios de transfusión y puestos de sangrado en todo el país, en beneficio de la salud pública, apegándose siempre de manera consciente y escrupulosa a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes. Por otro lado "a partir de 1985 se ha iniciado en nuestro país un programa de trasplante de cadáver activo, el cual a dado ya como fruto el primer trasplante hepático extenso, practicado en el Instituto Nacional de la Nutrición "Salvador Zubiran", el 24 de abril del mismo año".⁽⁸⁾

Con esta nueva forma de obtención de órganos se ha beneficiado eventualmente a las largas listas de receptores que se encuentran en espera de ser beneficiados por dicho programa, pero en realidad falta reducir gradualmente el exceso de formalidades legales para obtener en forma inmediata para garantizar así un mejor éxito en el trasplante. Para el año de 1989, "el Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea desarrolló por primera vez un programa nacional para garantizar la calidad en el manejo de la sangre y sus hemoderivados, evaluando para ello el trabajo elaborado por este Centro como Laboratorio Nacional de Referencia."⁽⁹⁾

La finalidad de que funcione como Laboratorio Nacional de Referencia es como consecuencia de haberse confirmado las hipótesis de que el VIH, era transmisible por medio de la transfusión sanguínea en alto porcentaje de riesgo; y de esta manera el Centro Nacional es como puede hacer frente a los cuadros epidemiológicos agudos que se presenten en la sociedad mexicana.

Para el año de 1995, en México se habían realizado según informes del Registro Nacional de Trasplantes: 5 965 trasplantes renales, 3 000 de hueso, 4 353 de pie, 160 de médula ósea, 12 de tejido suprarrenal, 34 de hígado, 40 de corazón, 16 de páncreas y 5 de pulmón.

Los cambios sociales y los importantes descubrimientos que tuvieron lugar en el campo biomédico fueron las premisas que hicieron que el sueño largamente acariciado por los médicos de trasplantar órganos sanos a seres humanos enfermos y poder así prolongar sus vidas, se convirtiera en realidad, conjuntamente con el apego de las leyes a la realidad social que se esta viviendo en nuestro país.

(8) Santiago Delpin, Eduardo A., Op cit, 115.

(9) Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea, 1992-1996, México, 12-15.

II.- Conceptos generales:

En este capítulo considero necesario dar una explicación más amplia de algunos términos médicos que se utilizan en su desarrollo, con la finalidad esencial de facilitar la comprensión de estos términos y de su alcance y significado.

A) Tráfico:

Comercio. Actividad lucrativa con la venta, cambio o compra de cosas o con trueque y préstamo de dinero. Negociación. Transporte de personas, animales o cosas, sobre todo en ferrocarril. En acepción ya muy extendida, contrabando u otra actividad mercantil ilícita; como lo relacionado con los estupefacientes, la trata de negros antes y la de blancas casi siempre...⁽¹⁰⁾

En cambio para otro autor significa la:

Acción de traficar. Comunicación, tránsito y transporte, en vehículos adecuados y por vía terrestre, aérea o marítima, de personas, equipajes o mercancías. En vías públicas paso de personas y animales. Der. Delito que se configura por la introducción ilegítima en el país de sustancias estupefacientes, por la elaboración o fabricación no autorizada de las mismas y por la tendencia no autorizada de dosis excesivas de las mismas, así como por su venta en las mismas condiciones.⁽¹¹⁾

Sin embargo en términos previstos por el Diccionario de la Lengua Española se define como " Acción de traficar 2: tránsito de personas y circulación de vehículos por calles, carreteras, caminos etc."⁽¹²⁾

Ahora bien en relación con las definiciones antes citadas conviene señalar que hay unanimidad en torno al término propiamente dicho, es decir, que en éstas aparece la acepción de transporte de personas, en el sentido de llevar de un sitio a otro, pero para efectos de esta investigación se debe entender como el transporte de órganos (art. 337 L.G.S.), y no propiamente de personas, a pesar de que en las definiciones antes citadas tienen el punto relativo al derecho penal, es importante señalar que en el capítulo III, se analizará el tráfico de órganos conforme a lo previsto por el Código Penal.

Con relación a la Ley General de Salud, no contempla el término de

⁽¹⁰⁾ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual... Ed, Heliasta, Tomo VIII, Buenos Aires, Argentina, 1986, 157.

⁽¹¹⁾ Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para juristas, Mayo ediciones, México, 1981, 1342.

⁽¹²⁾ Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, Madrid, España, 1970, 1283.

tráfico, si no que maneja las palabras trasplante y traslado que vendría siendo su sinónimo, misma que será definida con posterioridad.

B) Órgano:

(Proviene del latín organum) La cual es entendida como "La parte del cuerpo en cierto modo independiente y que realiza una función especial"⁽¹³⁾

En la definición que establece al respecto el Dr. Rafael Ruiz Lara señala al órgano "Así como el tejido es el conjunto de células que tienen una misma función, el órgano es el conjunto de tejidos reunidos para ejercer una función única."⁽¹⁴⁾

También ejemplifica que el corazón es un órgano por que a pesar de estar formado por varios tejidos, constituye un todo único funcional, ya que los diversos tejidos íntimamente reunidos que lo forman, concurren a una función única: la función motora central de toda la circulación sanguínea en forma de bomba aspirante-impelente, es decir, aspirando sangre de las venas y derivándola hacia las arterias.

Son órganos también el cerebro, la médula espinal, los pulmones, el estómago, el intestino (delgado y grueso), el hígado, el bazo, el páncreas, los dos riñones, la vejiga, el útero, los dos testículos, los dos ovarios, los ojos(a pesar de ser dos se consideran como un sólo órgano), las numerosas glándulas de secreción interna y externa.

Al respecto la Ley General de Salud en su artículo 314 fracción X, proporciona una definición en los siguientes términos "Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico".

De la anterior definición, es conveniente aclarar lo que se debe entender por entidad morfológica, es decir, es un aspecto general de cuerpo humano donde se determina la forma y estructura orgánica.

Sin embargo es evidente que de las definiciones transcritas se observa que lo que tienen en común es que independientemente de los tejidos que concurren a la formación de un órgano lo esencial es que desempeña una función única, e insustituible en casi una gran parte de su estructura, así como, también un conjunto de órganos forma la totalidad de un organismo.

C) Plasma y tejido:

Por éste último se va a entender la "Agregación de células especializadas de manera semejante, unidas en la ejecución de una función particular."⁽¹⁵⁾ Como es de observarse la definición de tejido guarda una

(13) Dortand, Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina, Vol. 2, Ed. Interamericana Mc. Graw-Hill, Madrid España, 1992, 1255.

(14) Ruiz, Lara Rafael, Nuevo Diccionario Médico, Ed. Teide, Barcelona España, 1988, 995.

(15) Idem, 13, 1720.

gran similitud con la de órgano en el sentido de que ambos se constituyen con la agrupación de otros elementos como es el caso del órgano que se conforma con un conjunto de tejidos mientras que el tejido se compone de una serie de células y ambos a su vez tienen una función específica y transcendental para el desarrollo normal de todo organismo viviente.

La Ley General de Salud en su artículo 314 fracción XIII, define al tejido como: "Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función".

Es necesario señalar que conforme a lo previsto por el artículo 314 de la Ley en cuestión, la sangre queda comprendida dentro de la fracción XIII, toda vez que es considerada como un tejido, por lo que para tener un mejor control en cuanto a la obtención, manejo, distribución y conservación de dicho tejido se creó por decreto de fecha 21 de enero de 1988, el Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea que entre otras funciones desempeña las siguientes:

- Mantener actualizada la normatividad sanitaria aplicable a los establecimientos en donde se obtiene, recolecta, analiza, fracciona, conserva y distribuye y transfunde sangre humana y sus componentes, verificando permanentemente la observancia de la misma.
- Promover la donación voluntaria y desinteresada de sangre en sus dos formas básicas e indispensables que son, por una parte, la donación que llevan a cabo los familiares de los pacientes atendidos en cualquier institución y por otra, la que se obtiene por medio de donadores altruistas.
- Actuar como laboratorio nacional de referencia en problemas inmunohematológicos y en el estudio de enfermedades infecciosas adquiridas por transfusiones; por otro lado, efectuar funciones de banco de sangre para apoyar al Sistema Nacional de la Salud, proporcionando a los establecimientos públicos y privados, unidades de sangre o de sus componentes.
- Organizar y coordinar comités de bancos de sangre y medicina transfusional en las diferentes instituciones de salud, así como dentro de los hospitales, con el fin de promover la donación voluntaria y el uso racional de la sangre y sus componentes, desarrollando en esta forma la autosuficiencia institucional al mismo tiempo que el intercambio de productos, insumos y sobre todo de experiencias, para así lograr la coordinación general de todas sus acciones.⁽¹⁶⁾

Ahora bien en relación con el tejido hemático la Ley General de Salud establece una serie de disposiciones para su regulación, a fin de

(16) Id. 6 y 7.

proporcionar seguridad a la población que llegue a necesitar de la transfusión de dicho tejido, y establece en su artículo 341 "La disposición de la sangre, componentes, sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos estará 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. La sangre será considerada como tejido".

El artículo 332 de la ley antes de las reformas del 26 de mayo del año que transcurre indicaba. "La sangre humana, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas, sólo podrán obtenerse de voluntarios que los proporcionen gratuitamente y en ningún caso podrán ser objeto de actos de comercio". De esta forma se pone fin a las actividades lucrativas que se realizaban en la década de los ochentas en esta materia. Con la reforma se establece en forma más específica la prohibición en el artículo 327 "Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células..."

Al respecto la propia Ley General de Salud establece restricciones en cuanto al trasplante, manejo de la sangre (tejido), y de órganos los cuales no podrán internarse o salir del territorio nacional sin previo permiso de la Secretaría de Salud (artículo 317).

Con relación al plasma la ley no establece definición alguna, ya que considera a la sangre como un tejido Tal y como lo establece el artículo 341 de la ley en mención, pero el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres Humanos proporciona una definición al respecto en su fracción XVII. Plasma humano: "El componente específico separado de la célula de sangre", en términos médicos se define como:

El medio líquido en el que las células de la sangre están suspendidas y está formado por las siguientes sustancias: agua 90%; sustancias minerales, entre las que destacan el sodio, calcio, magnesio, cloro ácido carbónico, ácido fosfórico, ácido sulfúrico, yodo, bromo, hierro, etc. Al plasma abocan una cantidad extraordinaria de sustancias, a pesar de lo cual se mantiene siempre en una posición bastante armónica y constante, lo que se califica de homeostasis, cuyo mantenimiento es imprescindible para conservar la vida. Esta homeostasis, o sea esta constancia en la estructura del plasma, tiene tres factores importantes:

- a) Isotonía osmótica del plasma, que significa el mantenimiento constante y regular de la presión osmótica.
- b) Isohidria, o sea el equilibrio en la concentración de hidrogeniones.
- c) Isolonía, o sea la constancia en la composición de sus componentes minerales.⁽¹⁷⁾

En principio resulta necesario señalar que existen otros tejidos

⁽¹⁷⁾ Ruíz Lara, Rafael, Op. Cit. 1069

humanos que tienen una relevancia esencial como es la córnea, tejido óseo, tejido vascular y la piel.

Para los efectos de la presente investigación el uso del término plasma humano se hace en el sentido de que abarque al tejido hemático en general y no exclusivamente a uno de sus componentes.

D) Trasplante:

Viene del latín "Trans", que significa cambio; y "Plantare", que significa meter, introducir en la tierra una planta o vegetal para que arraigue. Injerto proviene del latín "Insertare" que significa introducir una cosa en otra⁽¹⁸⁾

La ley antes de la reforma del 26 de mayo del año en curso no definía a éste término, sólo se limitaba a señalar la utilidad que se le podía dar para fines terapéuticos, sin embargo, ahora se establece una definición en el artículo 314 en su fracción XIV "Trasplante, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo." En un Congreso Internacional sobre Ética, justicia y Comercio en el Trasplante, celebrado en Ottawa, Canadá lo definió como " El procedimiento médico mediante el cual se extraen tejidos de un cuerpo humano y se reimplantan en otro cuerpo humano, con el propósito de que el tejido trasplantado realice en su nueva localización la misma función que realizaba previamente".⁽¹⁹⁾

Antes de continuar con otras definiciones respecto de dicho término realizaré algunos comentarios en relación con sus implicaciones, ciertamente tienen una historia breve, de escasos decenios. Concepciones, actitudes y todo un complejo mundo inconsciente, simbólico, emotivo, imaginativo, sobre la muerte. El trasplante es patrimonio milenario de la humanidad, ya que estos han sido una idea muy antigua pero hoy en día con el avance científico esa idea se ha materializado en una realidad, pero esta tropieza con el inconveniente práctico de los aspectos éticos, jurídicos y sociales, que hacen que este avance se detenga sin antes hacer ciertas modificaciones y adecuaciones a las legislaciones a fin de obtener el material humano, es decir, los órganos, que sean susceptibles de dar una esperanza de vida sana y duradera; ahora bien en cuanto a los aspectos éticos y sociales, implican la realización de un mayor esfuerzo razonado con el fin de proporcionar información y formación a toda la sociedad, misma que será sustentada en una educación del trasplante desarrollando a través de ésta una cultura de solidaridad tomando como directriz la conservación de los principios éticos.

Continuando con el tema transcribiré otras definiciones al respecto, se considera también que "Es la aplicación o transporte de un órgano completo en sus conexiones vasculares y nerviosas, de un organismo a otro, o de un

(18) Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, Salvat Editores, España, 1963, 645 y 1183.

(19) Fuenzalida Pulema, Hernán, Op.Cit. 445.

punto a otro, del propio organismo” (20) Con esta definición conviene recordar que cuando se definió tráfico se enfatizó sobre la acepción que indicaba el transporte de personas de un lugar a otro, pero se indicó en su momento que para efectos de esta investigación se entendía como el transporte de órganos y no propiamente de personas, con lo expuesto se da mayor sustento de lo que se había indicado toda vez que la palabra trasplante es sinónimo de tráfico.

El doctor Vicente Guarner considera al respecto que “El acto de pasar un órgano o un grupo de células de uno a otro organismo, recibe el nombre de trasplante.” (21)

Sin embargo para el autor Javier Lozano y Romen, el término trasplantar significa “mudar un vegetal del sitio donde está plantado a otro y en acepción figurada, trasladarse una persona del lugar o país donde ha nacido, o está vecindada, a residir en otro; Trasplante: la acción y efecto de trasplantar o trasladarse”. (22)

Una vez más se puede apreciar que hay consenso en las definiciones antes citadas en relación con el término trasladar un órgano o conjunto de células de un organismo a otro, por lo cual debe hacerse énfasis la estrecha relación que existe con el concepto de tráfico por las consideraciones ya señaladas.

Otro concepto que tiene una relación con este término es el relativo al de transfusión que es el Procedimiento a través del cual se suministra sangre o cualquiera de sus componentes a un ser humano, solamente con fines terapéuticos (Art. 6º. Fracc. XXVI. Del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos). Es conveniente recordar que la sangre esta determinada como un tejido y por lo tanto la transfusión sanguínea es considerada como un trasplante y sobre todo el que tiene un mayor éxito dentro de este género, al referirse el legislador solamente con fines terapéuticos; quiere decir que la terapéutica se debe entender como la rama de la medicina que establece la aplicabilidad de los medicamentos o medios para el tratamiento de las enfermedades en forma racional, y esta aplicabilidad conduce al ser humano a un grado útil de salud, la cual puede decirse que es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones tanto físicas como mentales.

La Norma técnica número 323, publicada el día 14/nov./1988, en el Diario Oficial de la Federación establece en su artículo 6º. – Los órganos y tejidos susceptibles de ser trasplantados se clasifican de la manera siguiente:

- I. Órganos que requieren anastomosis vascular, y
- II. Organos y tejidos que no requieren anastomosis vascular.

(20) Idem 14, 1263.

(21) Gaceta Médica, Vol. 131 NÚM. 2, México., 1985, 176

(22) Lozano y Romen, Javier, Trasplantes de Órganos, Contemporánea, México, 1989, 34.

Dentro del primer grupo se encuentran los que deben provenir necesariamente de un cadáver:

- a) Riñón*
- b) Páncreas*
- c) Hígado
- d) Corazón
- e) Pulmón
- f) Intestino delgado*.

*Cuando dichos órganos provengan de disponentes en vida se establece los siguientes criterios:

- a) Riñón (solamente uno)
- b) Páncreas (segmento distal)
- c) Intestino delgado (no más de 50 centímetros)

Y dentro del segundo grupo del artículo en cuestión se encuentran los que se pueden obtener de cadáveres e incluso de embriones y fetos:

- a) Ojos. La córnea y esclerótica (son considerados como un sólo órgano).
- b) Endocrinos
 - Páncreas
 - Paratiroides*
 - Suprarrenales*
 - Tiroides.
- c) Piel
- d) Huesos y cartilago
- e) Tejido nervioso

* Cuando provienen de disponentes originarios en vida se establece los siguientes criterios:

- a) Paratiroides (no más de dos)
- b) Suprarrenal (una)
- c) Médula ósea

La muerte, es un concepto más que se relaciona con el trasplante de órganos y específicamente cuando estos provienen de un ser humano sin vida, para ello es conveniente definir a ésta como "El cese permanente del funcionamiento del organismo como un todo." ⁽²³⁾ La Ley General de Salud, no define a la muerte sólo enuncia los signos que se deben tomar en cuenta para la certificación de la pérdida de la vida; con las recientes

⁽²³⁾ Santiago Delpin, Eduardo A. Op. Cit 99.

reformas queda establecido en el artículo 343 lo siguiente:

Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando:

- I. Se presente la muerte cerebral, o
- II. Se presente los signos de muerte:
 - a. La ausencia permanente de respiración espontánea;
 - b. La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y
 - c. El paro cardíaco irreversible.

Otro requisito que por primera vez se estableció con la actual reforma dentro del artículo 344, en su párrafo tercero fracción I y II. Consiste que para confirmar la pérdida de la vida deberá realizarse las pruebas necesarias para corroborar y descartar cualquier posibilidad de vida mediante las siguientes:

- I. Angiografía cerebral bilateral que demuestra ausencia de circulación cerebral, o
- II. Electroencefalograma que demuestra ausencia total de actividad eléctrica cerebral en dos ocasiones diferentes con espacio de cinco horas.

Una vez visto los criterios que indica el legislador para determinar cuando un ser humano ha perdido la vida. Por otro lado es conveniente establecer una clasificación sobre los trasplantes, y se dice que es "**autotrasplante** (autólogo) cuando el traspaso es de un punto a otro del mismo organismo; **isotrasplante** (isólogo) cuando el tejido procede de un gemelo homocigótico; **homotrasplante** (homólogo o aloinjerto) es el trasplante de un organismo a otro de la misma especie y **heterotrasplante**, (xenotrasplante) entre dos organismos de distinta especie." ⁽²⁴⁾

Los principios rectores que rigen al trasplante son los siguientes:

- a) Gratuidad. Todo acto de disposición del cuerpo humano deberá realizarse invariablemente a título gratuito; se exceptúa de esta regla el cobro de honorarios profesionales y el pago de derechos hospitalarios e insumos (en estos últimos nunca podrá incluirse remuneración alguna por los órganos y tejidos).
- b) Revocabilidad. Todo acto de disposición del cuerpo humano invariablemente podrá ser revocado por el disponente, sin que ello pueda originar sanción alguna en su contra; así mismo será improcedente el cobro de daños y perjuicios a causa de la revocación.

⁽²⁴⁾ Ruiz Lara, Rafael, Op. Cit. 1263.

- c) Libertad de consentimiento. Serán nulos todos los actos de disposición del cuerpo humano en que medie dolo, mala fe o violencia.
- d) Obtención del consentimiento por escrito. En el caso de trasplantes deberá obtenerse invariablemente el consentimiento escrito del donante o sea originario o secundario, según el caso) y el receptor, y ante la incapacidad o minoridad de éstos el consentimiento de su representante legal, previa explicación de los riesgos y beneficios.
- e) No instrumentalización. Todo acto dispositivo del cuerpo humano deberá realizarse atendiendo a los principios del arte médico y con propósitos estrictamente terapéuticos.
- f) No discriminación. A ninguna persona podrá impedírsele el acceso a trasplante en razón de nacionalidad, etnia, credo o sexo.
- g) Prefación razonada. Cada institución que realice trasplantes deberá llevar una lista de espera y a virtud de ésta habrá de seleccionarse a los receptores, atendiendo a las pruebas de histocompatibilidad en tratándose de órganos vascularizados.
- h) Sanción técnica. Todo programa de trasplante deberá ser sancionado aprobatoriamente por el Comité Interno de Trasplantes de la institución en que pretenda desarrollarse.
- i) Justificación terapéutica. Todo acto de disposición del cuerpo humano deberá estar indicado por el concurso médico, previa realización de los estudios necesarios.
- j) Razonable seguridad. La actos (sic) de disposición siempre habrán de arrojar mayores beneficios esperados en relación al riesgo sufrido.
- k) Preservación de la vida específicamente humana. Habrán de considerarse proscritos los actos no terapéuticos y aquellos en que si bien exista un fin terapéutico se afecte el orden público. En tal sentido habrán de estimarse contrarios al orden público los actos de clonación y todos aquellos en los cuales se trate del empleo de medios de apariencia médica. ⁽²⁵⁾

De los principios antes citados conviene hacer mención que nuestra legislación los adoptó en su totalidad ya que estos son utilizados por la gran parte de los países del mundo dentro de sus legislaciones respectivas con la finalidad de dar una respuesta rápida y eficaz a la gran demanda de órganos que se tienen en listados dentro de las instituciones de salud tanto públicas como privadas, a fin de crear un sentimiento de solidaridad a todos los ciudadanos para que en vida hagan una manifestación de que es su voluntad "donar" sus órganos en su totalidad o en parte para después de acaecida su muerte, utilizándose para tal efecto una tarjeta la cual se deberá llenar en su totalidad como lo indica implícitamente, misma que tendrá que portarse como si fuera un identificación personal la cual

(25) Gaceta médica, Vol. 134, No. 2, México, 1998, 265-266.

invariablemente no esta exenta de revocabilidad por su tenedor inicial.
(apéndice 1)

E) Principios éticos:

En relación con este punto de especial importancia como el tema central que es de la presente investigación, trataré de dar la información que considero necesaria para sensibilizar y hacer reflexionar sobre aquellos principios que deberán imperar en todo actuar humano e invariablemente sobre aquellos que ejercen cierto poder de dominio sobre los demás para establecer un estado de credibilidad, seguridad y confianza.

Iniciaré proporcionando algunos conceptos en forma separada sobre lo que es principio y ética para poder dar una definición al final de este punto,

Principio. "Proviene del latín principium, que se traduce como el punto de partida y el fundamento de un proceso cualquiera, la noción de este término fue introducido en filosofía por Anaximandro y al cual hacia frecuente referencia Plantón, tomándolo en el sentido de causa de movimiento o de fundamento de la demostración y cuyos significados enumeró Aristóteles por primera vez:

- a) Punto de partida en un movimiento,
- b) Punto de partida mejor,
- c) Punto de partida efectivo de una producción,
- d) Causa externa de un proceso o de un movimiento,
- e) Lo que con su decisión, determina movimientos o cambios y,
- f) Aquello de lo cual parte un proceso de conocimiento.

Aristóteles agregó a esta enumeración: "También *causa* tiene los mismos significados, ya que todas las causas son principios. Lo que todos los significados tienen en común es que, en todos, Principio es lo que es punto de partida del ser, del devenir o del conocer"⁽²⁶⁾

Se traduce con frecuencia el término griego "principio" como aquello de lo cual derivan todas las demás cosas; principio sería, pues, básicamente principio de realidad.

Pero en vez de mostrar una realidad y decir de ella que es el principio de todas las cosas, se puede proponer una razón por la cual todas las cosas son lo que son. Entonces el principio no es el nombre de ninguna realidad, sino que describe el carácter de una cierta proposición que "da razón de".

Con ello tenemos dos modos de entender el "principio", y esos dos modos han recibido el nombre: El principio como realidad es un "principium essendi" o principio del ser. Y el principio como razón es "principium cognoscendi" o principio de conocer. Si hay influencia entre el primero

⁽²⁶⁾ Abbagnano, Nicola, Diccionario de Filosofía, Fondo de Cultura Económica, México 1991, 948.

sobre el segundo, tenemos un pensamiento filosófico fundamentalmente "realista", según el cual el principio del conocimiento sigue fielmente al principio de la realidad; si se da la influencia en el principium cognoscendi sobre el principium essendi, tenemos un pensamiento filosófico que calificará como "idealista", según el cual los principios del conocimiento de la realidad determinan a ésta en cuanto conocida, o cognoscible sea.

Los escolásticos se refirieron sobre un "principio ejemplar", "principio consubstancial", "principio formal", etc. Al mismo tiempo Aristóteles y los escolásticos trataron de buscar si había algo característico dentro de todo principio como tal. Según Aristóteles:

El carácter común de todos los principios es el ser la fuente de donde derivan el ser, o la generación, o el conocimiento. Sin embargo para los escolásticos principio es aquello de donde algo procede, pudiendo tal *algo* pertenecer a la realidad, al movimiento, o al conocimiento⁽²⁷⁾

Hay quienes consideran que el principio designa el conjunto de las proposiciones de las que surge un orden de conocimientos que le está subordinado en su desarrollo. En un sistema hipotético-deductivo, por ejemplo son las proposiciones expuestas al principio para organizar el conjunto de su consecuencia; su verdad les viene de su eficacia para organizar y unificar múltiples conocimientos. "En un sentido normativo, los principios designan reglas de acción que se le presentan especialmente al espíritu y que el individuo debe aplicar en su actividad. Si tiene un valor universal y objetivo, son *imperativos*; si sólo valen para el individuo, son *máximas*".⁽²⁸⁾

Este término también es entendido como "1- Hipótesis de trabajo o Máxima que se emplea para guiar la conducta. 2- Directriz o canon de la investigación científica. 3- ley o aseveración fundamental de una unidad de la naturaleza. 4- Ingrediente esencial de una sustancia que produce su reacción característica".⁽²⁹⁾

Independientemente del sentido que se le dé a las definiciones se puede observar que lo que tienen en común es que el principio es la fuente donde brota el devenir del conocimiento o la causa generadora del pensamiento razonado que se plasma dentro de una realidad o bien en un mundo ideal, pero sin duda su finalidad es la de ser el rector, la guía del orden y de la conducta del hombre, mismo que puede ser adoptado como una máxima o bien como un imperativo y cuya eficacia recae en la aplicabilidad que le dé cada individuo a su comportamiento.

⁽²⁷⁾ Ferrater Mora, J. Diccionario de Filosofía, Ed. Ariel, Barcelona España, 1994, 2907.

⁽²⁸⁾ Thinés, Georges y Agnès Lempereur, Diccionario General de Ciencias Humanas, Ed. Catedral, Madrid, España, 722.

⁽²⁹⁾ Diccionario de Ciencias de la Conducta, Trillas, México, 1987, 254.

Dicho de otro modo, es a través del desenvolvimiento del hombre en la sociedad y en el desarrollo de su actividad profesional que se manifiesta la adopción de un criterio definido conforme a los razonamientos que dicta el intelecto como máximo regulador de la conducta humana.

La adopción de un concepto de principios ético jurídicos presupone el conocimiento del alcance y significación del concepto de ética por lo que a continuación se transcribirán su acepción y se proporcionara un análisis de los mismos.

Ética (Fil.). Del griego *ta éthé*, las costumbres. Adj. Aquello que tiene relación con la moral entendida como determinación del ideal de la conducta humana. Sust. Fem. Ciencia no sólo descriptiva sino también normativa que intenta establecer absoluta o categóricamente las reglas más fundamentales de la conducta humana; en este sentido, es prácticamente sinónima de moral, aunque la ética tienda a limitarse más bien a la moral general o fundamental sin entrar en el detalle de la moral especial o aplicada. ⁽³⁰⁾

De lo anterior se puede decir que la ética indica un tipo más fijo de costumbres y generalmente designa el carácter del hombre, como ciencia normativa que es; en cambio la moral establece reglas de comportamiento y formas de vida a través de las cuales el hombre puede alcanzar su plenitud humana.

El maestro Recasens Siches considera "La ética: el deber se reduce a aquello que tiene que hacerse para que se produzca un cierto fin, o, lo que es lo mismo, qué causa debe ponerse para que se realice determinado efecto, por ejemplo, la satisfacción del sentido de lo bueno o de la emoción de justicia" ⁽³¹⁾

Esta definición permite afirmar que la ética es el estudio de lo que está bien y lo que está mal, de lo bueno y lo malo en conducta humana. En efecto, la ética se ocupa de los juicios de valor, y es precisamente la validez de todos los juicios la que ha sido puesta en cuestión, toda vez que la ética estudia una forma de la conducta humana que los hombres consideran valiosa y, además obligatoria.

En el curso de la historia, conforme a las ideas que imperaron en cada época se ha tenido una concepción diferente de este término en consecuencia la concepción sería para algunos filósofos de la antigüedad:

La ética socrática es, pues, racionalista. En ella encontramos: a) una concepción del bien (como felicidad del alma), y lo bueno (como útil a la felicidad); b) la tesis de la virtud (arte). –Capacidad radical y última del hombre- como conocimiento, y del vicio como ignorancia (el que

⁽³⁰⁾ idem, 338.

⁽³¹⁾ Recasens Siches, Luis, Filosofía del Derecho, Porrúa, 1998, 395.

obra mal es porque ignora el bien; por tanto, nadie hace el mal voluntariamente), y

c) la tesis de origen sofista de que la virtud puede ser transmitida o enseñada.

- En suma para Sócrates, bondad, conocimiento y felicidad se enlazan estrechamente. El hombre obra rectamente cuando conoce el bien, y al conocerlo no puede dejar de practicarlo; por otro lado, al perseguir el bien, se siente dueño de sí mismo y es, por tanto, feliz.

- La ética de Platón se halla vinculada estrechamente a su filosofía política, ya que para él –como para Aristóteles- la polis es el terreno propio de la vida moral.

Su ética depende estrechamente de – como su política -: a) de su concepción metafísica (dualismo del mundo sensible y del mundo de las ideas permanentes, eternas, perfectas e inmutables, que constituyen la verdadera realidad y tienen como cima la Idea del Bien, artífice o demiurgo del mundo); b) de su doctrina del alma

(principio que anima o mueve al hombre y consta de tres partes: razón, voluntad o ánimo, y apetito superior, y el apetito ligado a las necesidades corporales es la inferior).

- Para Aristóteles al igual que la de Platón él considera que se halla unida a su filosofía política, ya que para él –Como para su maestro- la comunidad social o política es el medio necesario de la moral. Sólo en ella puede realizarse el ideal de la vida teórica en que estriba la felicidad. El hombre como tal únicamente puede vivir en la ciudad o polis; es por naturaleza un animal político, o sea, social. Pero a su vez, la vida social no es un fin en sí mismo, sino una condición o medio para la vida verdaderamente humana. ⁽³²⁾

Ahora bien se puede mencionar al respecto que la ética tiene como materia de estudio a la conducta humana, esto es, aquellos actos que el individuo ejecuta consciente y voluntariamente y de los que, por consiguiente es responsable. El aspecto o punto de vista desde el cual la ética estudia la conducta humana es el bien y del mal, de lo que debe y lo que no debe ser.

La ética tiende a estudiar los fenómenos que se dan efectivamente en la vida del hombre como ser social y que constituye lo que se conoce como un mundo moral, por que ésta es la ciencia de la moral, mientras que esta última es el objeto de aquella.

Cabe señalar en este punto así como en los antes mencionados que la ética, se relaciona con varias ramas de las ciencias humanas y sociales, e invariablemente tiene el mismo sentido su objeto de estudio con el de la

⁽³²⁾ Sánchez Vázquez, Adolfo, Op. Cit. 219.

psicología, ya que si bien es cierto que ambas estudian la conducta humana, esto es, las capacidades y los actos del hombre, estos se distinguen en que la psicología analiza de qué modo se comporta realmente el hombre, en tanto que la ética examina como debiera comportarse.

Resulta menester señalar que la relación que guarda la ética con el derecho, es que ambos se ocupan de lo que debe ser, pero lo que hace la diferencia entre estas es que el derecho se ocupa de actos externos y de la legalidad positiva, mientras que la ética se ocupa de los actos internos de la voluntad. Por lo que en este último punto de vista cabe mencionar la importancia que tiene la conducta humana, misma que se manifiesta a través de los actos humanos, los cuales pueden ser definidos como "una vertiente interior, una zona de intencionalidad y reflexión de decisión."⁽³³⁾ Se puede decir aquellos de los que el hombre es dueño, controlándolos y queriéndolos deliberadamente, es decir, que el acto voluntario es un acto consciente o emotivamente realizados la ética establece su materia de estudio distinguiendo dos clases principales de actos a saber:

- Actos voluntarios o actos humanos, esto es: aquellos que el hombre domina, que controla conscientemente y quiere deliberadamente y de los que es tenido por responsable. Estos constituyen la conducta humana y forman la materia de estudio de la ética.
- Actos involuntarios o actos de un hombre, esto es, los que un individuo acontece realizar, pero de los que no es dueño, que no ejecuta conscientemente o quiere deliberadamente, y de los cuales no es tenido por responsable como por ejemplo un incapaz o una persona en estado de interdicción.⁽³⁴⁾

Santo Tomás define al acto humano como:

El resultado de un juego recíproco del intelecto y la voluntad humanos o, por decirlo en lenguaje moderno de sus tendencias cognoscitivas y conativas. El hombre sabe y quiere. Su capacidad de conocer más allá de lo sensible es intelecto, y su capacidad de querer lo que sabe en esta forma de buscarlo es voluntad.⁽³⁵⁾

Cuando el hombre actúa deliberadamente es porque admite las consecuencias que le puede ocasionar su querer, es decir, que el deseo de obtener algún bien por bueno que este sea implica asumir una responsabilidad que su percepción intelectual genera y conduce su voluntad hacia la ejecución de un determinado acto con la intención de satisfacer el

⁽³³⁾ Díaz, Elías, Sociología y Filosofía del Derecho, Taurus Ediciones, Madrid España, 1971, 19.

⁽³⁴⁾ Idem 31, 13

⁽³⁵⁾ Ibid, 13-14

deseo. En donde el intelecto juega un papel muy importante ya que viene a ser como nuestro consejero y a través de este se permite formular juicios prácticos como "esto debe hacerse aquí y ahora" o bien "esto no debe hacerse ni aquí no ahora," de tal manera que siempre se tenga un autocontrol de nuestras acciones por buena o malas que estas sean.

En el texto antes transcrito también da a entender que el ser humano para tener un actuar debe previamente meditar a través de su intelecto con el fin de deliberar una determinada acción, misma que la llevará acabo tomando en consideración la deliberación como medio y el deseo como fin.

Como se ha dicho que cada acto de la voluntad es precedido por un acto del intelecto, siendo él más importante de estos la deliberación, ya que esta conduce a la manifestación del consentimiento.

Para el maestro Mantilla Pineda "El acto humano es un proceso interno y externo a la vez de expresión de pensamiento y voluntad."⁽³⁶⁾ y los elementos del proceso interno o mental son la concepción, la liberación y la decisión; mientras que el proceso externo es la ejecución de eso que fue concebido, deliberado y decidido, señala este autor que el acto humano se perfecciona con la sola decisión, sin embargo la ejecución sólo es su complemento y tiene lugar en el espacio y tiempo, es decir, en el mundo exterior.

De las ideas anteriores se puede deducir que hay dos modos de ver a los actos humanos, pero es conveniente diferenciar cuando se está dentro del campo de la ética o bien en el campo del derecho y para esto se debe recordar que el proceso intelectual tiene su realización en lo más profundo del ser, en nuestra conciencia y es ahí donde se formulan juicios sobre la base de los valores que se han adquirido. Por lo tanto ante esta situación le corresponde a la ética o a la moral determinar las reglas del comportamiento humano. En cambio la voluntad por regla general es la exteriorización del proceso intelectual que se manifiesta por conducto de nuestras acciones u omisiones con la intención de producir consecuencias jurídicas o de derecho. En otras palabras significa que es la materialización de nuestras ideas o juicios valor plasmados en nuestros actos.

Cabe recordar que en estos actos la moral puede encontrarse en ambos campos, pues ella influye tanto en el mundo interior como en el exterior, esto no significa que le contrarreste coercibilidad al derecho basta con citar la expresión: "Que no sea contrario a la moral, a las buenas costumbres y al orden público" lo que se puede asegurar en este caso que son áreas complementarias.

Tanto la definición anterior como las ya señaladas respecto de la conducta que se presenta por medio de los actos humanos tienen en común la manifestación de la voluntad del hombre, la cual dentro del campo del derecho tiene gran trascendencia, para la celebración de los actos jurídicos así como para tipificar una conducta en el ámbito penal esta deliberación de voluntad debe ser en forma lisa y llana, de manera que

⁽³⁶⁾ Mantilla, Pineda, Benigno, Filosofía del Derecho, Ed. Temis, Colombia, 1996, 115-117.

esta pueda surtir sus efectos jurídicos plenamente y se vea libre vicios y de violencia. A este respecto, el penalista Mariano Jiménez Huerta en relación con la conducta señala "Es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano. Frecuentemente suelen emplearse las palabras *acto, *hecho, *actividad, *acción* para hacer referencia al elemento fáctico."⁽³⁷⁾

Señala también que dentro de la expresión "conducta", entendida como modo o formas de manifestarse el externo comportamiento típico, quedan comprendidas tanto las formas positivas como las negativas con que el hombre manifiesta externamente su voluntad, implica, pues, un superior concepto de genérica significación, idóneo para abarcar las diversas formas en que típicamente se plasma la voluntad de los hombres.

Desde un punto de vista penal como ya se ha mencionado la conducta describe las figuras típicas consistentes en un hacer o en un no hacer, por lo que Jiménez Huerta menciona como elemento interno a la voluntad del hombre el arco y la flecha de la conducta típica. Denominador común a todas las formas de conducta que describen las figuras típicas es el factor psíquico, esto es, la voluntad. Por lo que señala que el coeficiente psíquico de la conducta radica en la voluntad.

Ahora bien dentro de la ética se puede considerar a la voluntad como el factor que ejerce en nuestra persona un control, ya que es esta misma la que puede ordenar tanto actos físicos externos como actos mentales, razón por la cual al hombre se le tiene como responsable de todo aquello que controla mediante su voluntad tanto de los actos internos de la voluntad misma como de los actos de las demás facultades a las que la voluntad gobierna.

Dentro del campo del derecho ineludiblemente la voluntad es un factor psicológico, por ende sigue siendo un factor interno del hombre pero esto no es lo que importa en el campo jurídico, sino la declaración de esa voluntad, es decir, su exteriorización, misma que puede hacerse verbalmente, por escrito, por signos o gestos, siempre que el medio empleado sea idóneo para exteriorizarlo y que no deje lugar a duda sobre lo que se desea realizar o bien producir, esto es que no discrepe la voluntad con su declaración, para que así pueda nacer libre y llanamente en el campo del derecho y producir los efectos jurídicos necesarios.

Una vez determinada la importancia que reviste la voluntad dentro del campo jurídico, es necesario recordar que en el derecho civil es importante la forma en que se lleva a cabo la declaración de la voluntad para la realización de los actos jurídicos.

Con el término voluntad una vez más se puede observar que el derecho y la ética tiene una estrecha relación en cuanto a su objeto de estudio porque mientras ambas estudia al ser humano en la parte relativa al "deber ser", en atención a los límites de sus campos de su competencia, es decir,

(37) Jiménez, Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Porrúa, México, 1972, 65- 69.

en los factores internos y externos de la conducta humana que se manifiesta a través de los actos humanos en donde se determina la voluntad que este dispone para la consecución del fin perseguido o querido.

En atención a las definiciones que se proporcionaron de ética es importante desprender el término moral, que es aquella parte de la ética que efectivamente establece un conjunto de normas y reglas destinadas a regular las relaciones de los individuos en una comunidad dada, es decir, cuando a un individuo se le presenta en la vida real una situación determinada en donde el problema se supedita en como o de que manera va actuar para resolver dicho problema tomando en consideración que su acción sea buena o valiosa moralmente, por lo tanto tendrá que recurrir a normas que él reconoce y acepta íntimamente; ya que sería inútil recurrir a la ética para resolver esta situación concreta porque ésta podrá decirle, en general lo que es una conducta sujeta a normas, o en que consiste aquello, es decir, la elaboración de un juicio entre lo bueno, lo malo, lo moral o lo inmoral. En cambio los problemas éticos se caracterizan por su generalidad, y esto se distingue de los problemas morales de la vida cotidiana; es decir, cuando un individuo tenga que definir lo bueno no recurrirá a la moral sino a la ética, toda vez que es un aspecto general de carácter teórico.

En síntesis se puede afirmar que la ética puede contribuir a fundamentar o justificar cierta forma de comportamiento moral, ya que su tarea fundamental es la teoría, o sea explicar, esclarecer o investigar una realidad dada produciendo los conceptos correspondientes. Ya que la ética no crea la moral. Aunque si bien es cierto que toda moral supone ciertos principios, normas o reglas de conducta, no es la ética la que, en una comunidad determinada establece esos principios, o normas. Porque la moral debe ser concebida como un hecho histórico y no como algo dado en forma definitiva, sino que se debe considerar como un aspecto de la realidad humana que cambia con el tiempo conforme se desarrolla la sociedad, cabe aclarar que si se dice que evoluciona conforme avanza la sociedad, es por la razón de que la moral tiene sus cimientos inmediatos desde que el hombre deja su esfera puramente natural e instintiva y hasta llegar a la etapa de ser social y de esta forma asegurar su subsistencia y a su vez contribuye al progreso tanto social como moral acorde a la época que se este desarrollando.

Es importante señalar la diferencia que existe entre la ética y moral, la primera es la ciencia que parte del hecho de la existencia de la historia de la moral y como tal debe aspirar a la racionalidad y objetividad plena a fin de proporcionar conocimientos sistemáticos y metódicos ya que su objeto de estudio es una parte de la realidad humana que comúnmente llamamos como moral y de esos hechos o actos humanos la ética tiene que descubrir los principios generales que se desarrollan dentro de una comunidad determinada por lo tanto la ética viene a ser una especie de legislador por así decirlo, mientras que la moral tiene que ver con el comportamiento adquirido por el hábito o modo de ser del hombre.

Entonces puede decirse que la moral consistirá en la justificación de la conducta según los valores que inspiren al comportamiento tomando la vida humana en sí misma, atendiendo a su supremo destino, contemplándola en su propia realidad, misma que será valorada sin ninguna limitación.

El campo donde impera la moral es la conciencia, es decir, en la intimidad del sujeto, por lo tanto el orden que prevé la moral debe iniciarse en el interior del ser humano, es decir en la vida que cada cual vive por su propia cuenta, en forma libre, entendiendo a éste último como el requisito indispensable que la propia moral estatuye para que una conducta pueda ser objeto de un juicio moral, prevaleciendo en todo momento la libertad de decisión y de su propio querer a fin de obtener la paz interna.

Para poder entender que es la conciencia debe antes señalarse el concepto de moralidad que viene a ser "la calidad de los actos humanos en virtud los designamos como buenos o malos, como acertados o erróneos." (38) En otras palabras se entiende que es el punto intermedio entre lo bueno y lo malo sobre el cual el hombre a de regir sus acciones y con un mejor comportamiento.

Metafóricamente se puede decir que la conciencia es una voz interna que indica lo que hay que hacer o no hacer, misma que puede ser concebida como una reacción del subconsciente que tiene como base el medio en que se desarrolla la persona desde su infancia, es decir, que se toma en consideración los principios que se inculcan a través de su educación.

De lo anterior resulta importante destacar que la conciencia es una función del intelecto práctico y concreto toda vez que no puede concebirse como algo teórico y genérico entre lo bueno y lo malo, se puede afirmar que la conciencia suele equivocarse y tomar juicios morales erróneos por la razón de que es una cualidad del ser humano que ha sido reflexionada por medio de su intelecto y además atiende a los factores de conducta y educación que cada individuo adopta.

Por lo que corresponde al concepto de conciencia esta se ha definido "Como el juicio práctico de la razón acerca de un acto individual como bueno y debiendo ejecutarse, o como malo y debiendo evitarse." (39) En este sentido se puede decir que la conciencia es una especie de autoaprobación de nuestro actuar, asumiendo el papel de juez y parte de uno mismo porque la conciencia viene siendo la luz interna que guía en nuestras acciones, para asumir la responsabilidad que corresponda a cada acto que se ejecute.

La conciencia no es otra cosa que la minimización de una obligación moral que ha sido individualizada a una situación particularmente concreta; dentro de la cual se juzga el acto como moralmente bueno o malo.

Se puede deducir que ética es la ciencia de la moral, esta última viene a ser el objeto de estudio de aquella. Sin embargo ambas tienen su fundamento en la naturaleza misma del ser cuya conducta pretende regir, y

(38) Fagothey, Austin, Op. Cit. 36.

(39) Ibidem, 38.

en el fondo encuentran su origen en el concepto, el significado y el valor que atribuyan a la persona humana tanto individual como socialmente entendida.

Resulta válido sostener que *principios éticos*; son aquellas proposiciones de un orden normativo que establecen reglas de acción, las cuales tienen su origen en el interior del ser y que al ejecutarse modifican al mundo exterior en el momento de su aplicación; y

Por *principios ético jurídicos*: Se entienden como aquéllos que se encargan de la regulación de la conducta humana, es decir, los valores de la conducta intersubjetiva, constituyen la columna fundamental sobre la cual se levanta una estructura que delimita el libre albedrío de la voluntad de los hombres con relación a sus acciones, frente a sus semejantes; como son: La Legitimidad, La Legalidad, La Probidad, El Deber, La Discrecionalidad, La Dignidad y La Responsabilidad.

Una vez que se han analizado los términos principio y ética así como formulado la definición de principios éticos analizaré en forma individual a cada uno de los principios antes citados:

1) Legitimidad:

(Del latín *legitimus*, conforme a derecho, legal.) Puede ser utilizada como sinónimo de legalidad; sin embargo, suele ser más usada añadiéndosele la carga ideológica de estar fundada en un derecho natural (en sentido subjetivo), a diferencia de legalidad, que tiene un sentido más formalista. En la ciencia política es utilizada como fundamento del poder público cuando el gobernante lo ejerce con conciencia de su derecho a gobernar y los gobernados reconocen de alguna forma este derecho.⁽⁴⁰⁾

En otro sentido se puede entender "Conforme a las leyes, justo, perfecto, completo, concedido, permitido, verdadero, genuino..."⁽⁴¹⁾

En Roma el concepto de legitimidad tuvo su esencia en el campo jurídico sin embargo "Cicerón ya le daba connotaciones políticas (al utilizar las expresiones *legitimum imperium* y *protestas legitima*)".⁽⁴²⁾

Como se puede apreciar este término se entiende como la posibilidad de reconocer como válidos a la luz de los valores jurídicos determinadas relaciones que se originan entre la autoridad con autoridad y esta con los gobernados, para la creación de los actos jurídicos que conforme a la ley puedan realizarse, como es el caso del decreto de expropiación, en donde

⁽⁴⁰⁾ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VI, UNAM, México, 1984, 28.

⁽⁴¹⁾ *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XVIII, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1964, 207.

⁽⁴²⁾ *Idem*, 45, 28.

la legitimidad parte en beneficio del interés público o bien en las certificaciones y registros que permiten al beneficiario del acto de constatación el ejercicio de derechos e intereses legítimos o de determinadas actividades. Otro ejemplo también son las sentencias que emiten los órganos jurisdiccionales pues a través de estas resoluciones se producen actos de legitimación. La legitimidad de un orden puede estar garantizada:

I De una manera puramente interna y en este caso:

- 1) Puramente afectiva: por entrega sentimental,
- 2) Racional con arreglo a valores: por la creencia de su validez absoluta, en cuanto expresión de valores supremos generadores de deberes (morales, estéticos o de cualquier otra suerte);
- 3) Religiosa: Por la creencia de que de su observancia depende la existencia de un bien de salvación.

II También (o solamente) por la expectativa de determinadas consecuencias externas; o sea por una situación de intereses; pero por expectativas de un determinado género.⁽⁴³⁾

El término legitimación es muy amplio y varía dentro de cada una de las ramas del derecho pero suele suceder que a este término se le identifique con mayor frecuencia dentro del derecho procesal. Señala así mismo el autor en comentario que hay tres tipos de dominación legítima pura, cuyo fundamento primario puede ser:

- 1) Racional: descansa en la creencia en la legalidad de órdenes estatuidos y de los derechos de mando de los llamados por esos órdenes a ejercer autoridad (autoridad legal).
- 2) Tradicional que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esta tradición para ejercer autoridad (autoridad tradicional).
- 3) Carismático: que descansa en la entrega extra cotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada autoridad carismática).⁽⁴⁴⁾

En un sentido amplio legitimidad "abarca todo lo bueno y equitativo posible, conforme a la naturaleza y a las costumbres patrias, conveniente al lugar y tiempo, necesaria, útil y dado no para el bien privado, sino

⁽⁴³⁾ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo VI, Op, Cit. 28.

⁽⁴⁴⁾ Ibidem, 29.

para utilidad común de los ciudadanos.” (45)

Por lo que respecta al término legitimación dentro de la ciencia política se define como el:

Proceso cultural por el que un poder es percibido como autoridad reconocida y es aceptado como tal en un grupo social. Este proceso es el resultado de un trabajo de inculcación llevado a cabo por las clases sociales en el poder para disimular lo arbitrario de ese poder de imposición, en el sentido de que no existe causa natural que coloque a estas clases sociales en posición de dominio sobre otras clases; más generalmente, este proceso trata de enmascarar lo arbitrario de los sistemas culturales que tratan de imponer la idea de que la estructura y función de una cultura pueden ser deducidas de un principio físico, biológico o espiritual.⁽⁴⁶⁾

Esta definición indica que es el resultado del ejercicio de la libre elección que realiza una sociedad al elegir a su gobierno, reconociéndolo y aceptándolo pues constituye la suma de la voluntad social, misma que legitima el ejercicio del poder público que ejerce la autoridad legítima. Además otra definición sobre este proceso de legitimación indica:

La justificación del poder político se complementa, por su parte con el principio de legitimidad y el fenómeno de la legitimación. Uno se refiere al modo de transmisión del poder, y el otro al ejercicio actual del mismo. Se dice que el poder, es legítimo cuando su constitución y transmisión se realiza conforme a la ley independientemente de cuál sea la forma de gobierno monárquica o república que adopte el Estado. Esa legitimidad se prolonga indefinidamente y se consolida mientras el poder político continúa actuando de acuerdo con las leyes.⁽⁴⁷⁾

Este mismo término de legitimación se puede entender como se menciona en forma distinta dentro del campo del derecho procesal, pues este se constituye como un requisito indispensable para que una persona pueda actuar dentro de un determinado proceso ya sea en nombre propio, como sujeto activo o pasivo, para lo cual tendrá que cumplir con ciertos requisitos procesales:

- 1) Que tal persona sea capaz para ser parte.
- 2) Que tal persona sea capaz procesalmente para actuar por sí o a través de representante.

⁽⁴⁵⁾ *Ibid.* 45, 207.

⁽⁴⁶⁾ Thinés, Georges y Agués Lempereur, Op. Cit. 526.

⁽⁴⁷⁾ González Uribe, Héctor, Teoría Política, Porrúa, México, 1996, 365.

- 3) Que tal persona se encuentre respecto al objeto del litigio en una determinada relación que asegure la eficacia de la decisión jurisdiccional que se pretende sobre el mismo.⁽⁴⁸⁾

Es necesario dar una breve explicación en relación con la enumeración antes citada y así se puede afirmar que el número primero se refiere a la capacidad en sentido general, a la aptitud de una persona para ser susceptible de tener derechos y obligaciones, es el atributo más importante de la persona física; el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra establece "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". Con relación a este precepto para ser parte en el proceso es necesario estar dentro del supuesto jurídico previsto por el artículo 24 del ordenamiento por cuyo conducto establece "El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley". Esto quiere decir, que se refiere a la capacidad jurídica que tienen las personas para ser sujetos de derechos y obligaciones.

Con relación al requisito número dos, puede decirse que se refiere a la capacidad para comparecer en juicio (*legitimatío ad processum*), que es distinta a la capacidad jurídica, ya que en aquella se trata de ejercitar esos derechos y de adquirir esas obligaciones; el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en su artículo 44 establece "Todo el que, conforme a la ley, esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comparecer en juicio". Y en su artículo 45 del mismo Código adjetivo establece "Por los que no se hallen en el caso del artículo anterior comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho. Los ausentes e ignorados serán representados como se previene en el título XI, libro primero del Código Civil". Esta disposición tiene relación en el Código sustantivo al respecto en su artículo 23 "La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes".

Se observa que los preceptos legales antes citados introducen a la figura jurídica de la representación, que viene a ser una complementación a la capacidad procesal. Para el maestro Rafael de Pina es "la atribución a una persona, en legal forma, de la facultad de actuar en nombre de otra (o de otras)."⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁸⁾ Nueva Enciclopedia Jurídica, Ed. Francisco Seix, Barcelona, España, 1981, 59.

⁽⁴⁹⁾ Pina, Rafael de, Derecho Civil Mexicano, Vol. 1. Porrúa, México, 1992, 273.

Para el maestro Galindo Garfias, "la figura de la representación, se presenta con mayor frecuencia respecto de las sociedades y asociaciones, constituidas por grupos de personas que como tales grupos, carecen de voluntad propia y por lo tanto quieren y actúan por medio de sus representantes."⁽⁵⁰⁾

La representación puede ser legal o convencional. Es legal aquella que independientemente de la voluntad de los interesados, es impuesta por la ley. Y es convencional o voluntaria la representación, cuando una persona capaz autoriza o faculta a otra persona también capaz, para que en su nombre actúe en uno o varios actos.

En otras palabras la, "legitimatio ad processum" o capacidad procesal es la aptitud para el ejercicio de derechos, de intereses jurídicos o de actividades, debiendo recordar que antes que se de esta legitimación procesal está presente la aptitud como un presupuesto que nace fuera y antes del proceso toda vez que la legitimación viene a ser algo adicional a nuestra capacidad tal como se observó en los artículos 22 y 24 del Código Civil. Carnelutti, a este respecto afirma que "mientras la capacidad es un modo de ser de la persona, la legitimación por el contrario se refiere, al menos directamente, a la relación, y sólo indirectamente, y a través de ésta, a la persona que es sujeto de ella."⁽⁵¹⁾ Por su parte Guasp considera que:

La legitimación no es un tipo de capacidad, sino un requisito de índole más particular y limitada, aunque su falta, igual que la de la capacidad, provoque o deba provocar un mismo resultado, a saber, la repulsa, sin entrar en el fondo, de la pretensión que se formula por o frente a quien no está legitimado.⁽⁵²⁾

En cambio dentro del derecho civil se entiende a la legitimación como una institución que regula la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio en virtud de la celebración posterior de éste por quienes los engendraron.

La legitimación en el derecho romano era concebida como "el acto por el cual adquirían la condición legal de legítimos los hijos naturales nacidos de concubinato"⁽⁵³⁾

Puede afirmarse que la legitimidad es una facultad que concede la ley para poder realizar un determinado acto, en otras palabras se debe entender como la acreditación de la personalidad en un procedimiento independientemente de la naturaleza que este tenga, pero sin confundir que la capacidad hace referencia a la persona en sí, mientras que la legitimación versa sobre la posición que el sujeto ostenta en una relación

(50) Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Porrúa, México, 1992, 220.

(51) Nueva Enciclopedia Jurídica, Op. Cit. 66.

(52) Idem, 66.

(53) Ventura Silva, Sabino, Derecho Romano, Porrúa, México, 1992, Pp. 88.

jurídica frente a sujetos determinados o determinables.

En relación con el requisito número tres valga indicar que se refiere a la relación en que se encuentra el sujeto de un determinado proceso con respecto al objeto del litigio. Busca garantizar la eficacia de la decisión jurisdiccional. Se conoce generalmente con el nombre de "legitimatio ad causam", esto es, habrá legitimación activa para el actor y legitimación pasiva para el demandado.

Beceña, "La denominó capacidad para actuar jurídicamente un hecho concreto, en virtud del poder de disposición sobre el litigio."⁽⁵⁴⁾ Sin embargo para Hellwing, "es como un poder de conducir un proceso con validez."⁽⁵⁵⁾ Al respecto señala Rosemberg "La facultad de conducir el proceso en cuanto se refiere a la acción y a la legitimación en causa como aspecto subjetivo de la relación jurídica controvertida."⁽⁵⁶⁾

Esta legitimatio ad causam se refiere tanto a las partes en el proceso (parte material) como al órgano jurisdiccional competente para conocer de un determinado proceso (parte formal); toda vez que no basta con tener el derecho, sino además hay que acreditarlo, mientras que el segundo es la facultad que tiene la autoridad para llevar legítimamente el proceso en virtud que la propia ley le confiere dicha atribución.

La importancia que guarda este principio en el tráfico de órganos y plasma humano es que en toda investigación clínica no puede llevarse a cabo legítimamente a no ser que la importancia del propósito sea racional al riesgo al que se somete al sujeto de estudio y que todo proyecto debe estar precedido de una minuciosa valoración de los riesgos inherentes en comparación con los beneficios potenciales para el sujeto. Porque el derecho a la vida y a la salud del receptor legitima el ejercicio del derecho del donador a disponer de una parte no renovable de su cuerpo.

En otras palabras se puede deducir validamente que el trasplante se legitima siempre que no sea susceptible de ocasionar un daño grave a la salud, es decir, que no entrañe peligro de muerte y que no sea contrario de otro modo a las leyes, a las buenas costumbres o al orden público.

Como es de observarse este principio reviste especial importancia pues a través de este se reconoce a los profesionales para que puedan legítimamente actuar dentro de los hospitales para la obtención de órganos y tejidos, pues estos deben contar con la autorización correspondiente para poder ejecutar los actos de obtención como de implantación de órganos y tejidos.(artículo 315 de la Ley General de Salud)

(54) Nueva Enciclopedia Jurídica, Op. Cit. 62.

(55) *Ibidem*, 62.

(56) *Id.*, 62.

2) Legalidad:

(Del latín legalis, prescrito por la ley o conforme a ella). Característica propia y necesaria del orden jurídico, de la que se deriva el principio que establece que la conducta de los hombres en sociedad –como particulares o como órganos del Estado- deben ser conforme lo prescriben las normas jurídicas.⁽⁵⁷⁾

Los griegos se preocuparon de la libertad circunscribiéndola al orden político, señalándose como rasgo sobresaliente el haber instituido a la ley por encima de los caprichos populares, dándoles la garantía de estabilidad y fijeza necesaria. En Roma se suavizan las características del Estado de los primeros tiempos, y ambos. Estado e individuo, constituyen dos entes distintos. El individuo es anterior al Estado, y éste se estructura para conveniencia de aquél.⁽⁵⁸⁾

Partiendo de la teoría contractualista en donde se ubica al Estado moderno y simultáneamente a este surge el principio de legalidad por medio del contrato social en donde el hombre pierde su libertad y derecho natural para someterse al cumplimiento del espíritu de las leyes, pues estas constituyen la suma de la voluntad del pueblo que las ha creado para su aplicación legítima. Lo cual viene a ser según Rousseau el principio de la coexistencia armónica de las libertades de todos, pues el respeto a esta implica la salvaguarda de la propia libertad.

Así este principio se ha revestido de gran importancia pues a través de este se protegen los más elementales derechos del hombre por ello cuando una sociedad no reconoce a éste o bien que reconociéndolo le establece reservas o excepciones, no vive realmente en un régimen de Estado de derecho. Al respecto señala Sieyes:

El gobierno no ejerce un poder real sino en tanto que es constitucional, no es legal sino en tanto que es fiel a las leyes que le han sido impuestas. La voluntad nacional por el contrario, no tiene necesidad sino de su realidad para ser siempre legal; ella es el origen de toda legalidad.⁽⁵⁹⁾

La legalidad implica una coexistencia entre Estado y derecho, ya que ésta responde a la estructura del Estado moderno como esencia del mismo sin embargo para Querioz Lima expresa:

⁽⁵⁷⁾ Diccionario Jurídico Mexicano, Op. Cit, 18.

⁽⁵⁸⁾ Idem, 46, 11.

⁽⁵⁹⁾ Enciclopedia Jurídica Orbea, Tomo XVIII, Op. Cit. 13 -14.

Estado de derecho es el régimen en que el Derecho regla, minuciosa e imperativamente, la vida y la actividad del Estado, la sistematización y el funcionamiento de sus órganos y sus relaciones con el derecho de los individuos. De donde induce que singularizan al estado de derecho: a) la limitación jurídica del arbitrio del poder público; b) la estabilidad jurídica de las garantías individuales.⁽⁶⁰⁾

Sobre lo anterior Hans Kelsen señala que Estado de derecho es un pleonasma, porque según –dice– Estado y Derecho son términos sinónimos el Estado no es sino la suma total de normas que ordenan la coacción, y es así coincidente con el derecho. El derecho es precisamente ese orden coactivo que es el Estado. Con relación al principio de legalidad se dice también que:

Consiste en que toda actividad jurídica desplegada en la órbita de la comunidad que provenga del Estado o de los particulares, solamente adquiere validez de tal, en cuanto de modo directo o indirecto, se encuentra habilitada por la Constitución que, lógicamente, ha de ser fruto del querer mayoritario formalmente expresado y dirigido a la garantía y auspicio de los derechos humanos.⁽⁶¹⁾

En otras palabras de lo transcrito se puede deducir que la legalidad consiste en que la autoridad no puede hacer más que aquello que la propia ley le confiere para el cumplimiento de sus funciones.

Por la razón de que ninguna autoridad legítima impera sino en nombre del Derecho, de la justicia y de la verdad, más no sobre estos. En otro sentido se entiende a este principio como:

Una modalidad cualificada del principio de la juridicidad del Estado. El principio de juridicidad predica que un acto de conducta es acto del Estado solamente si una norma lo establece así. El de legalidad predica que un acto es acto del Estado administración o del Estado juez sólo si una norma con forma de ley, interpretada en cierta manera, así lo establece.⁽⁶²⁾

Como puede observarse de lo citado es que el Estado se encuentra limitado expresamente por la propia ley en todo su ámbito de acción, pues sólo a través de esta limitante se puede garantizar plenamente la democracia social, que viene a ser un elemento primordial de todo Estado moderno. Dicha definición señala el principio de juridicidad el cual consiste:

Un sistema democrático todos los órganos del Estado deben actuar conforme al derecho fundamental. – Constitución – o secundario –

⁽⁶⁰⁾ Ibidem, 15.

⁽⁶¹⁾ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVIII. Op. Cit. 14.

⁽⁶²⁾ Ibid, 18.

legislación ordinaria —, es decir, dentro de la órbita competencial que les asigna y según sus disposiciones. Ningún acto del poder público es válido si no se ajusta a las prescripciones jurídicas que lo prevén y rigen. La actuación de los órganos estatales fuera del derecho o contra el derecho es inválida en la democracia e incompatible con ella.⁽⁶³⁾

León Duguit, expresa que una decisión individual por parte del Estado no puede jamás ser adoptada sino dentro de los límites determinados por una ley material anterior. Este viene a ser el principio protector del individuo, y que no tiene, no puede tener, y no debe tener excepción alguna. Pues lo contrario sería la negación de un verdadero régimen de Estado de derecho.

La legalidad es requisito indispensable del Estado constitucional, y puede interpretarse en relación con dos puntos de vista distintos a) *Estática* (como un elemento estructural) y b) *Dinámica* (como una garantía).

El maestro Burgoa Orihuela considera que la legalidad "Implica adecuación de los actos de autoridad a la ley. Importa una garantía constitucional establecida en el artículo 16 del Código Supremo de México."⁽⁶⁴⁾

Señala también el autor anterior que la eficacia jurídica de la garantía de legalidad reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho objetivo de México, desde la misma Constitución hasta el reglamento administrativo más minucioso, esto es como un límite que se le establece a la autoridad para llevar a cabo el cumplimiento de sus funciones frente a las diversas relaciones que puede adoptar para el logro de sus fines, tan es así que en el artículo 16 de nuestra Constitución se condiciona que en todo acto de molestia debe prevalecer necesariamente la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento. Este deber de fundamentar todo acto de molestia por parte de las autoridades se entiende como exigencias que deben cumplir, las autoridades:

1. En que el órgano del estado del que tal acto provenga, esté investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica (ley o reglamento) para emitirlo;
2. En que el propio acto se prevea en dicha norma;
3. En que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan;
4. En que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.⁽⁶⁵⁾

(63) Burgoa Orihuela, Ignacio, Diccionario de derecho Constitucional. Garantías y Amparo, Porrúa, México, 1992, 254.

(64) Burgoa Orihuela, Ignacio, Op. Cit. 267.

(65) *Ibidem*, 177.

Con relación a la motivación esta cumple con la función de ser una garantía de seguridad jurídica, lo cual implica que, debe existir una norma jurídica que se apegue al caso o situación concreta respecto del acto de autoridad que se quiera hacer valer, el artículo 16 Constitucional "indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley. "(66) Es decir, que la motivación implica una adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma fundamentada del acto de molestia al caso particular.

En términos generales esto significa que tanto la fundamentación como la motivación son una especie de subgarantías que conforman a la garantía de legalidad.

El acto de autoridad condicionado por la expresada garantía de legalidad es la sentencia definitiva, o sea, la resolución jurisdiccional que dirima el conflicto jurídico substancial o fundamental en un juicio. La Suprema Corte ha reputado como actos procesales condicionados por la citada garantía no sólo a los fallos de fondo, sino a las decisiones interlocutorias y demás autos o proveídos en un juicio.⁽⁶⁷⁾

La garantía de legalidad prevista en nuestra Constitución establece que todo acto de autoridad esta condicionado con excepción del proceso penal, la autoridad debe apegarse a la letra de la ley aplicable del caso que se trate o se base en la interpretación jurídica de la misma.

Respecto a la garantía de seguridad jurídica la debemos entender como ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente, la afectación de la esfera jurídica del gobernado a los diversos derechos. Y la cual se define:

El conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos.⁽⁶⁸⁾

Debe entenderse, a dicha garantía como la esencia de la pluralidad de derechos subjetivos públicos que tiene el gobernado para hacerlos valer ya sea oponiéndolo o bien exigiéndolo frente al Estado el cual tiene la obligación de acatarlos y observarlos conforme al mandamiento legal expreso.

La garantía constitucional tiene como función primordial la de proteger y asegurar el derecho frente al mismo poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), mientras que la garantía de legalidad viene a ser una autolimitación del

(66) Ibid. Pp. 299-300.

(67) Burgoa Orihuela Ignacio, Op.Cit 195.

(68) Id, 199.

propio Estado dentro de su actividad, y que para los particulares es una forma de aseguramiento en el ejercicio de sus derechos que puede bien exigir o hacer valer frente al Estado.

En México la legalidad es consagrada en el ámbito constitucional como una garantía con la finalidad de otorgar seguridad en las relaciones jurídicas entre el Estado y el particular y; de particular a particular, en este último porque todo actuar humano tanto individual como colectivo aparte de ser consentido y deliberado debe sujetarse a lo que establece la ley, es decir, a lo que prevé el orden jurídico. De igual manera los actos del Estado no deben rebasar los límites que la ley misma establece. No basta que el poder que prescribe las normas sea legítimo, para que por ese sólo hecho se cree el deber jurídico en el gobernado o destinatario de las mismas; porque puede existir esa autoridad y prescribir un mandato y, sin embargo, no tener legalidad en el sentido que el ejercicio de tal poder no justifique las leyes o normas que de él provengan; aquí se bifurcan dos conceptos el de legalidad con el de legitimidad entendiendo a éste como la autoridad que tiene el poder, la facultad, el derecho de mandar o prescribir un deber a otro, lo que acarrea su contra parte, es decir, los que tienen que obedecer y someterse a su mandamiento, de lo contrario no existiría el legítimo o verdadero mandato u orden y en consecuencia tampoco un deber jurídico de cumplir con determinada norma jurídica, porque para que haya validez son necesarias, primero la legitimidad pero que además, debe haber legalidad por lo que aquélla sola resulta insuficiente.

La legalidad implica que el titular del poder legítimo para determinar el derecho debe ser competente, es decir actuar conforme al contenido de la norma que lo faculta dentro de un ámbito determinado para poder hacer exigible el cumplimiento de su mandamiento que legítimamente ha legislado.

La legalidad se considera entonces como la manifestación real y efectiva del derecho que otorga seguridad jurídica a los gobernados, y que asegura la permanencia del poder legítimo siempre que la autoridad actúe conforme a las leyes. Mientras que la legitimidad es un presupuesto de la legalidad, porque con esta se justifica y aniquila lo arbitrario del poder en tanto que con la legalidad se establece los límites del poder para frenar lo arbitrario que pudiera resultar éste.

La Constitución general consagra a favor del gobernado entre otras garantías a la de legalidad, la cual es entendida como la satisfacción plena de que todo acto de autoridad debe realizarse conforme al texto expreso de la ley; y ésta a su vez otorga los elementos necesarios para que el gobernado cuente con la aptitud suficiente para defender sus derechos, ya sea por conducto de los recursos o de las acciones que las leyes respectivas establezcan para satisfacer el principio de seguridad jurídica.

Este principio de legalidad es el que guarda mayor trascendencia tanto social como jurídicamente pues a través de este se pueden realizar los actos de trasplante y donación de órganos y tejidos humanos. La ley es la que viene propiamente a legitimar al trasplante como a los funcionarios que se van a encargar de efectuar dichos actos. Invariablemente que este es el

principio que permite que el Estado alcance el telos a favor de la sociedad como es el bien común, la justicia social y la seguridad jurídica.

En materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos como se dijo la ley es quien permite que se realicen este tipo de actos, pero esta aún no satisface en su totalidad la imperiosa necesidad de inmediatez que se requiere para la toma de órganos y tejidos toda vez que sigue la ley, estableciendo una serie de condiciones o requisitos que se deben de cumplir previamente a dicha toma y, esto significa una gran desventaja para obtener mayor éxito sobre el órgano que se pretende trasplantar por la razón de la pérdida del tiempo que inevitablemente ha transcurrido para que sea autorizado tomar los órganos o tejidos por la autoridad competente. Comentario que dentro del próximo capítulo será desarrollado conforme a las leyes que se involucran con el trasplante de órganos.

3) Probidad:

"(del lat. Probitate) f. Bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar."⁽⁶⁹⁾

Probitas, atis (de probus). F. Cic. Rectitud, honradez, probidad, lealtad, integridad, bondad, buenas costumbres. Virtus, probitas, integritas in candidato, non linguoe volubilitas..., Cic. (lo que se requiere ordinariamente en un candidato) es la virtud, la probidad, la integridad, no la volubilidad de la lengua...; Spectatoe.⁽⁷⁰⁾

Otra definición establece "Rectitud del ánimo y el proceder. Integridad moral. Honradez. Hombría del bien. Todo ello realza las cualidades morales, y profesionales y constituye aureola de jueces y administradores."⁽⁷¹⁾

Resumiendo el término de probidad se puede decir que es un aspecto esencial que debe tener cualquier persona que ejerza algún poder dentro de la administración pública, independientemente de la profesión que ejerza. Trasladando este término en materia de los trasplantes de órganos y tejidos humanos es posible apreciar que un servidor probo garantizaría el cumplimiento no solamente de los principios que rigen a los trasplantes de órganos, sino que además moralmente ejecutaría lo que le dicta su conciencia y a su vez cumpliría con el mandamiento de la ley, lo cual viene a constituir una exigencia de la sociedad, misma que en él deposita su confianza.

(69) Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A., Unión Tipográfica Editorial Americana, Tomo VIII, México, 1964, 798.

(70) Latín Diccionario, Latín-Español, Editorial Ramón Sopena, Tomo K-Z, Barcelona, España, 1966, 1336.

(71) Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VIII, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1986, 430.

Indiscutiblemente que la incorruptibilidad del servidor público aseguraría la eficacia y la permanencia de las instituciones creadas por el Estado con el fin de que proporcionen el servicio público que la sociedad requiere en atención a sus necesidades.

4) Deberes:

"El término deber (del latín *debere*, derivado de *debeo*, ser deudor, o de *deo*, ligar), significa la necesidad o la obligación moral de ejecutar algo o de abstenerse de una cosa." (72) Es necesario mencionar que de su etimología se puede observar la idea de vínculo moral, es decir, la idea de lazos que radican en el alma, en la voluntad y que, por lo mismo no guardan relación con vínculo material o físico de ninguna clase.

Por su parte Aristóteles concibe al deber como "aquello que no es susceptible de ser de otra manera" (73) Porque el deber orienta, presiona con una fuerza interior sobre la conciencia y la voluntad del hombre para que realmente actúe en un hacer o en un omitir, como decisión libre de un ser personal ya que implica "una síntesis paradójica e imprevisible de la necesidad y de la libertad." (74) El deber en general puede ser definido como:

Una disposición espiritual innata o adquirida, que se da en un sujeto personal y que es determinada por la orden de otro sujeto personal, individual o comunitariamente considerado, o por el llamado de un valor, para que con necesidad moral obre de una manera determinada o deje de hacerlo. (75)

De la segunda definición establecida se desprende que el deber como disposición espiritual no es un ser en sí o substancia sino que se obtiene como cualidad especial del ser, en un sujeto que tiene también características muy propias, las de ser racional y libre, es algo que está en su más profunda realidad propia en el mundo humano, aunque los deberes concretos que se le alleguen tengan variaciones dependiendo de las circunstancias y formas en que estos se le presenten.

La necesidad de la libertad implica en el sujeto determinar la responsabilidad por el cumplimiento o no de un deber, sólo pertenece a aquél que ha podido asumir el requerimiento que se le hace y el obrar, en consecuencia se desprende el mérito o el demérito de su acción, pero esto no se justificaría ni tendría sentido si no fuese que quien obre o deje de hacerlo haya tenido conocimiento expreso y libre para ser dueño del efecto que produzca su acción.

Dicho término reside en el sujeto teniendo su raigambre en función de

(72) Vargas Montoya, Samuel, *Ética o Filosofía Moral*, Porrúa, México, 1961, 115-116.

(73) Moron Alcain, Eduardo, *Filosofía del Deber Moral y Jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1992, 22.

(74) *Ibidem*, 23

(75) *Ibid.* 27.

algo objetivo que en cierta manera influye en su ánimo y en consecuencia es lo que determina que proceda de una o de otra manera, porque este tiene un fin, es decir, que se dirige de una forma directa o indirectamente sobre algo valioso o hacia otro sujeto porque en el fondo siempre se dará un carácter personal ya sea individual o socialmente determinado.

El deber como se deserto tiene su base en la realidad del ser humano por lo tanto su cimiento inmediato será la racionalidad, ya que es una disposición espiritual del hombre, es un agregado a su naturaleza y facultades; como dice Bergson, "el deber es en el sujeto un esfuerzo sobre sí mismo" (76) Porque si un individuo libremente quiere su fin que es su bien pleno, tiene que querer igualmente el medio de llegar a él, este medio viene a ser una síntesis como ya se ha dicho de la necesidad y libertad, que es el mismo deber.

El fundamento del deber será siempre la ley en cualquiera de sus modalidades que esta revista como, ley divina, positiva, moral, ética, entre otras, el deber que impone la ley moral o la conciencia moral tiene su cimiento en el orden esencial de las cosas. Porque consiste en conformar la conducta en tanto y cuanto lo exija el conglomerado social, y este cambiará de acuerdo con las modificaciones impuestas por la propia colectividad.

El deber ético de un sujeto se justificará con la rectitud plena entre los principios de fidelidad y dignidad a sí mismo, sobre este aspecto Hans Reiner menciona que el no cumplimiento del deber "esto supone no sólo la renuncia al valor de la justicia, sino además una renuncia al doble valor de la fidelidad a las propias tomas de posición...y de la dignidad de mi propia humanidad. Y en la medida en que, en la vergüenza, siento amenazado de destrucción este último valor nace para mí el fundamento total y completo de la obligación moral, del deber..."(77) Se entiende entonces que los deberes que tiene una persona hacia los demás sujetos para ser considerados como éticos deben tener su nacimiento en el propio individuo, es decir, en su fidelidad a sí mismo y en la coherencia de su conciencia recta y cierta, en su sentido de dignidad personal, esto es que el deber hacia los demás es a su vez un deber hacia sí mismo.

El deber moral "es un tipo especial de normatividad cuyo postulado es el respeto de la dignidad humana, ejercida por la conciencia de tal dignidad y no por ninguna que se imponga forzosamente al individuo."(78)

Conviene citar la definición de Pufendorf, que indica el hombre "esta obligado a ordenarse de tal suerte que los dones que ha recibido del Creador no perezcan por negligencia, y para que contribuya con la parte que le corresponde, a la sociedad humana... de acuerdo a la capacidad y rango o posición social del individuo." (79)

(76) Cfr. Moron Alcain, Eduardo. Op. Cit. 32

(77) Ibidem. Op. Cit. 36.

(78) Bueno, Miguel, Principios de Ética, Patria, México, 1973, 103-104.

(79) Cfr. Moron Alcain, Eduardo. Op. Cit. 50.

ChristianThomasius: señala que la Etica o Moral tiene por principio lo honesto (honestum) y por objeto, las acciones buenas; el derecho (jus) en cambio, tiene por principio lo justo (justum) y se refiere a las acciones malas que perturban la paz exterior y que deben ser prohibidos con fuerza obligante.”⁽⁸⁰⁾

Puede mencionarse que el sentido ético del acto moral se establece en virtud de la conciencia que se tenga de él y correlativamente de la convicción del deber por lo que es menester señalar las cuatro vertientes que pueden suscitarse:

- a) La primera es la acción por deber, que se impone el individuo a sí mismo en acatamiento de la norma que considera respetable.
- b) La segunda es la acción conforme al deber, aceptada espontáneamente por una afinidad entre el sujeto y lo que dicta la norma.
- c) La tercera es acción contra el deber y equivale a conducta inmoral, pues significa la violación de un principio a pesar del reconocimiento que se le tributa.
- d) Por último, la acción sin deber indica el terreno amoral de lo que es llanamente permitido, sin que exista ordenamiento ni prohibición de ejecutarlo.⁽⁸¹⁾

En términos generales puede sostenerse que en sustancia el deber moral es autónomo mientras que el deber jurídico es heterónomo; la autonomía significa que la primera iniciativa, el primer actuar volitivo para crear el deber, reside en el mismo sujeto, es de él mismo y no de una orden externa; bien puede decirse que todo deber independientemente de su origen tiene tal carácter por ser una de las aspiraciones más profundas del hombre de hacerlo suyo y la ley de sí mismo por la libertad que tuvo dentro de su voluntad Kant dice “El anhelo de la autonomía define cual ninguna otra nota, al pensamiento moderno... En cuanto autonomía ética, significa la autovinculación del sujeto a la ley de la autodeterminación racional.”⁽⁸²⁾ Al respecto establece E. Bokle que “Un acto de auto obligación, una opción fundamental de la libertad parece ser el presupuesto indispensable para comprender el fenómeno del deber”⁽⁸³⁾ y en cuanto a la heteronomía en el sentido de que el deber depende de causas determinadas, realidades objetivas y valores que se le imponen o solicitan.

Ahora bien siendo el derecho producto de una realidad plenamente social, el origen inmediato del deber jurídico está en prescripciones externas dadas en último término, por la misma sociedad a la que

⁽⁸⁰⁾ Ibidem. 42.

⁽⁸¹⁾ Bueno, Miguel, Op. Cit. 104

⁽⁸²⁾ Idem. 58

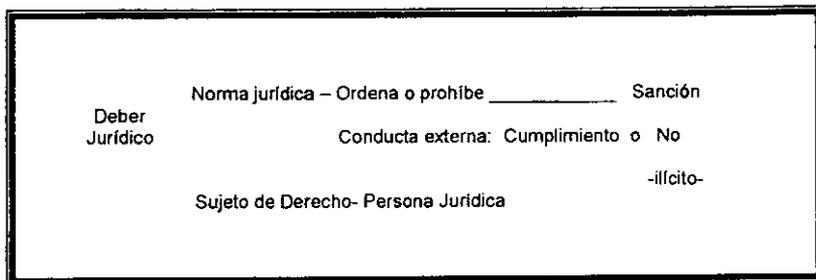
⁽⁸³⁾ Id. 58

pertenece, por lo que es conveniente definir al deber jurídico "Es la necesidad que tiene una persona de obrar externamente en un sentido o en abstenerse de hacerlo, y que ha sido determinada exclusivamente, por una prescripción jurídica válida que lleva también en ella una amenaza de coacción en caso de incumplimiento." (84)

El maestro García Maynez define al deber como "la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa" (85) esto es en razón de que por medio de la manifestación del consentimiento puede determinarse la ejecución de nuestra acción, es decir en un hacer o en un no hacer y como resultado de ello debemos asumir las consecuencias que de ésta se deriven.

Elementos del deber jurídico:

1.



Como se puede observar en el cuadro 1 al deber jurídico lo vamos a encontrar dentro de la norma jurídica, la cual va a regular nuestra conducta, esto es, la forma en que se exteriorice nuestra voluntad para la realización de determinados actos jurídicos como personas jurídicas o bien como sujetos de derecho, pero esta exteriorización debe estar de acuerdo con el precepto legal o al menos que no deba ir en su contra; de otro modo se adecuaría dicha conducta (acción u omisión) dentro de algunos de los supuestos jurídicos que la sancionen. Leonar Nelson establece al respecto:

A veces se habla de los deberes [exteriores] y se entiende por ellos los que nos son impuestos por una orden. Una orden es una exigencia dirigida a nosotros en la medida en que ésta reclama obligación de nuestra parte. Aquel cuya orden es reconocida como obligatoria vale para nosotros en esa medida como una autoridad. Esta pretensión a una obligación con que se presenta una

(84) Cfr. Moron Alcain, Eduardo, Op. Cit. 92.

(85) García Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1992, 268.

orden y toma la apariencia de un deber, no puede sin embargo fundamentar jamás una obligación. Una orden por sí misma es solamente una simple pretensión a una obligación como ésa... Pero de la orden como tal no puede surgir nunca un deber.⁽⁸⁶⁾

El deber en un sentido objetivo apunta en definitiva a la sociedad de la cual proviene y a la cual tiende en su realización y en sentido subjetivo, que hace relación al sujeto que lo tiene y ha de cumplirlo; este deber jurídico surge y prevalece en función única y exclusiva de la prescripción legal dígase regla, norma, ley u orden que la autoridad legislativa de una jurisdicción regional o nacional dicte, porque tiene una especificidad propia dada por la norma jurídica y por el modo en que lo recibe y lo cumple el sujeto destinatario.

El maestro Rafael de Pina por su parte establece que el término deber en un sentido gramatical significa "aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas".⁽⁸⁷⁾

Es conveniente distinguir entre obligación jurídica y deber jurídico. En cuanto a la primera figura los romanos la definían como "un vínculo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar una cosa, según el derecho de nuestra ciudad"⁽⁸⁸⁾ no obstante lo dicho se tiene que recordar que la norma jurídica, estatuye al propio deber en forma condicionada cuando se hace depender la existencia de éste de la realización de ciertos supuestos, entonces el deber jurídico tiene un carácter general por tener su esencia en la propia norma jurídica, mientras que la obligación tomando en consideración la definición se observa que nace con un vínculo jurídico entre personas determinadas, es decir, que es más específico y no genérico. Al destacar tal diferencia no quiere decir que no puedan ser conceptos intercambiables verbigracia (tu deber es cumplir con las obligaciones que tienes de ...), o bien (tu obligación para... y tu deber es hacerlo).

En el mismo sentido Kelsen considera que el deber es únicamente la norma individualizada, ya que no hay distingo dice:

La norma y la obligación jurídica, y decir que una norma estatuye una obligación jurídica... la obligación de cumplir determinada conducta no constituye un contenido objetivo de la conducta ordenada en la norma jurídica. Enunciar que un individuo esta jurídicamente obligado a determinada conducta, es lo mismo que afirmar que una norma jurídica ordena determinada conducta a un individuo.⁽⁸⁹⁾

Al respecto el maestro Galindo Garfias señala:

⁽⁸⁶⁾ Ibidem. 70.

⁽⁸⁷⁾ Pina, Rafael de, Op. Cit. Vol. I. 199.

⁽⁸⁸⁾ Bravo Valdes, Beatriz, y Agustín Bravo González, Derecho Romano, Editorial Pax México, México, 1993, 19.

⁽⁸⁹⁾ Idem, 95-96.

El deber jurídico se refiere a la necesidad general y abstracta, sin específica indicación de un individuo determinado, de acatar lo dispuesto en la norma jurídica. La obligación es la denominación específica del deber de uno o de varios sujetos determinados, frente a uno o varios sujetos también determinados, de adoptar un cierto comportamiento, ya sea positivo o negativo, en virtud de un vínculo jurídico establecido entre ambos.⁽⁹⁰⁾

Sobre este aspecto en cuestión el maestro Rafael de Pina menciona realmente, desde el punto de vista rigurosamente jurídico, no cabe hablar de deber, sino de obligación. Los llamados deberes jurídicos son, más exactamente, obligaciones jurídicas.

El deber jurídico presupone como se ha mencionado la existencia de una norma jurídica la cual se manifiesta según Federico de Castro en las siguientes direcciones:

1ª Deber de cumplir el mandato concreto contenido en la norma, 2ª Deber de no obstaculizar su cumplimiento, 3ª. Deber de respetar las situaciones jurídicas creadas por o nacidas al amparo de la norma, 4ª Deber de cooperar a la realización de la finalidad de la norma jurídica.⁽⁹¹⁾

Por conducto de este trabajo se desarrolla la opinión que el deber jurídico es él genero mientras que la obligación es la especie y por lo tanto esta sólo adquiere tal fuerza cuando medie un vínculo jurídico entre dos o más sujetos de derecho para que se pueda decir que están obligados a realizar una determinada conducta o bien a no hacerla.

Una vez analizado tanto al deber jurídico como al deber moral puede suponerse que un deber jurídico puede ser también moral sin que ello afecte a la esencia de aquel o le contra reste fuerza (coacción), porque el deber moral es un principio pero como tienen forma de realización externa y de interés social llegan a ser jurídicos. No obstante lo dicho es conveniente citar al filósofo Tomasio, establece:

Que mientras la moral garantiza la libertad interna del hombre, el derecho es una garantía de la libertad en las relaciones externas de éste. En tanto que el objeto de la moral es imponer deberes internos y a la vez externos al sujeto, el derecho se limita a imponer sólo deberes externos. Mientras la base de la moral está constituida por el imperativo categórico, el derecho se apoya en la decisión de una autoridad investida del poder coactivo. Al paso que el derecho vale por la coacción, la validez de la moral descansa en el fundamento del deber.⁽⁹²⁾

(90) Galindo Garfía, Ignacio, Op. Cit. 29.

(91) Pina, Rafael de, Vol. 1. Op. Cit. 199-200.

(92) Galindo Garfías, Ignacio, Op. Cit. 18-19.

Siguiendo a Martín Kriele, se tiene que:

El deber jurídico por sí sólo no puede determinar nuestras acciones, cuando pensamos que un deber moral superior se opone al cumplimiento del deber jurídico... El cumplimiento del deber jurídico tiene un fundamento moral... El derecho por sí mismo. La obligatoriedad es siempre obligatoriedad moral.⁽⁹³⁾

En ese orden de ideas cabe mencionar que en el deber moral se exige la libertad para realizar determinado acto y a su vez poder determinar el grado mayor o menor de responsabilidad dependiendo de nuestra acción u omisión; mientras que en el deber jurídico se tiene que cumplir necesariamente el mandamiento estatuido por la norma aunque discrepe nuestra libre voluntad.

Al Deber jurídico se le suele dividir en diversas formas al respecto citaré la siguiente clasificación:

- a) En cuanto a la forma, pueden ser positivos (deber de pagar una deuda), o negativos (no hurtar).
- b) En razón del término hacia el cual tienden, pueden hablarse de deberes para con Dios, para con el prójimo y para con nosotros mismos.
- c) En cuanto al orden jurídico, se distinguen:

1°. Los deberes jurídicos, es decir los que han sido definidos por una ley positiva y por lo mismo exigibles de acuerdo con ella. No deben confundirse con los deberes exigibles por la fuerza o coacción, pues si éstos son siempre jurídicos, no todos los jurídicos son exigibles por la fuerza. Muchos deberes comprendidos en la justicia distributiva son jurídicos sin ser exigibles por coacción.

2°. Los deberes no jurídicos se llaman también puramente morales, sea porque no son "ad alterum" como los de justicia, v. gr. los deberes para consigo mismo, o bien porque no implican una estricta determinación como en el caso de los llamados deberes de caridad, de gratitud y de veracidad.

- d) Desde un punto de vista de la obligación moral se tienen:

1°. Los deberes de justicia, que pueden ser perfectos o imperfectos según sea o no exigibles por la fuerza. Pueden reducirse a estas dos fórmulas: "no hagas daños a nadie", "dar a cada quien lo que le pertenece".

⁽⁹³⁾ Cfr. Moron Alcáin, Eduardo, Op. Cit. 111.

2º. Los deberes de equidad, son los que se fundan en la caridad en la humanidad y se encaminan al cumplimiento de la ley según el espíritu y las intenciones del legislador, por lo cual pueden ir más allá de la letra y aun contra la letra de la ley.⁽⁹⁴⁾

Ahora bien este principio reviste también gran importancia pues a través de este los profesionales de las disciplinas (médicos y juristas), tienen el deber de servir en función del cargo que se les ha conferido, para la consecución de los fines (bien común y justicia social), que la misma sociedad requiere. Dentro de los trasplantes de órganos y tejidos se establecen determinados deberes a los médicos para con los pacientes (informar sobre los riesgos y los beneficios), para la obtención de los órganos (en el caso específico del consentimiento o autorización) y para la donación de los mismos, (relativo a los estudios clínicos previos que se requieren para determinar la histocompatibilidad) con el fin de alcanzar el éxito en la aceptación del órgano o tejido trasplantado, pues la finalidad del trasplante es de corregir y mejorar una deficiencia o deformidad de nacimiento o accidental. Cabe señalar que todos estos aspectos serán analizados con amplitud en el capítulo que le sucede.

5) Discrecionalidad:

En atención a su raíz etimológica proviene del latín "(discretio) f. Sensatez para formar juicio y tacto para obrar y hablar..."⁽⁹⁵⁾ y en cuanto a discrecional debe entenderse "adj. Que se hace libre y prudencialmente. Dicese de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no se hallan regladas. Cfr. Facultades discrecionales, poder discrecional, potestad discrecional."⁽⁹⁶⁾

Este término también tiene una diversidad de significados dependiendo de la rama del derecho en que ésta discrecionalidad sea enfocada para su estudio. Como es el caso del órgano jurisdiccional que al emitir una resolución debe ser totalmente imparcial pues su rectitud será la que impere en toda su función, otro ejemplo es en caso de las facultades discrecionales de las que gozan determinados servidores públicos. En ese orden de ideas se considerará como:

Potestad o actuación caracterizadas por la voluntad propia, sin otro límite que una tácita adecuación a lo establecido como justo o equitativo. Libertad para obrar o abstenerse; para resolver de una manera o de la opuesta. Determinación de penas o sanciones al arbitrio, aunque no con arbitrariedad. Provisión ajustada a las necesidades de quien recibe y a las posibilidades del que da. Así rige

⁽⁹⁴⁾ Martínez Cervantes, R. Curso de Ética, Editorial Enseñanza, México, 1957, 71-72.

⁽⁹⁵⁾ Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, Mayo Ediciones, México, 1981, 463.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*. 463.

en la prestación de alimentos (v) no sujetos a cantidad fija.⁽⁹⁷⁾

La facultad discrecional "es el poder de libre apreciación que la ley reconoce a las autoridades administrativas sobre el contenido de sus actos o de sus acciones."⁽⁹⁸⁾

Antes de profundizar sobre este término es necesario recordar que en nuestro Estado de derecho, la legalidad consiste en que ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada; y la única excepción a esta regla viene a ser el caso de la facultad discrecional, que "entraña una potestad decisoria que se mueve dentro de supuestos generales consignados en la norma jurídica"⁽⁹⁹⁾ esta facultad debe entenderse como el poder de apreciación que tiene la autoridad respecto de un caso determinado para así encuadrarlo dentro de la hipótesis normativa.

Esta discrecionalidad como se observa tiene lugar siempre que sea producto de la misma ley, es decir, que su ejercicio tenga origen dentro de las disposiciones legales para que pueda considerarse como una decisión legítima dentro de la competencia jurisdiccional de una autoridad; porque de lo contrario sería corromper el sistema jurídico creado, ya que se estarían cumpliendo decisiones individuales en forma arbitraria por parte de dicha autoridad.

Discrecionalidad es la acción que deriva de la ley, como respuesta coherente al régimen de legalidad, por ende es actuar dentro del marco jurídico. El que hace uso arbitrario del poder no tiene fundamento legal alguno para actuar así.

"El poder discrecional es esencial a la administración pública, ésta debe contar con los medios para ejercer plenamente su responsabilidad como lo es la libre apreciación de los hechos frente a los fines públicos por alcanzar."⁽¹⁰⁰⁾ El control del poder discrecional consiste en establecer los límites en que debe ejercerse, lo que se traduce en un control de legalidad como se observa en el artículo 16 de nuestro máximo ordenamiento. Por su conducto se condiciona a las autoridades la obligación de fundamentar y motivar sus actos de autoridad, a fin de evitar con esto que se cumplan decisiones particulares y unilaterales o bien que se realicen juicios arbitrarios y caprichosos así como injustos y contrarios a la equidad. "Obrar discrecionalmente no quiere decir obrar arbitrariamente, sino regirse por principios generales, aplicarlos a las particularidades de cada caso concreto, y sacar las consecuencias."⁽¹⁰¹⁾

⁽⁹⁷⁾ Cabanelas, Guillermo, Op. Cit. Tomo III, 271.

⁽⁹⁸⁾ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II. U.N.A.M., México, 1991, 1409.

⁽⁹⁹⁾ Burgoa Orihuela, Ignacio, Op. Cit. 123.

⁽¹⁰⁰⁾ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II. Op. Cit. 1410.

⁽¹⁰¹⁾ Recasens Siches, Luis, Introducción al Estudio del Derecho, Porrúa, México, 1993, 110.

Hay poder discrecional para la Administración, dice Bonnard, cuando:

La ley o el reglamento, previendo para la Administración cierta competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer.⁽¹⁰²⁾

Siguiendo al maestro Recasens Siches señalaré que éste estudioso, establece que "el poder legislativo y también el reglamentario disponen de una anchurosa esfera de facultades discrecionales para dictar las normas cuyo establecimiento se les confiere"⁽¹⁰³⁾ y dentro de este marco de discrecionalidad el legislador elaborará una ley con determinado contenido de manera que atienda a los factores político-sociales que predominan en un determinado momento. Lo que se quiere decir es que con la discrecionalidad se le da flexibilidad a la ley para adaptarla a circunstancias imprevistas o de variadas manifestaciones, y para permitir una mejor apreciación jurídica de los elementos que concurren en un caso determinado a fin de emitir una resolución apegada a la justicia y equidad.

Esta excepción que se hace de manera única al principio de legalidad consagrado en el artículo 16 de nuestra Constitución Federal, de ninguna manera debe contravenir el orden jurídico establecido, por el contrario debe de realizarse dentro del marco legal a fin de garantizar seguridad jurídica del gobernado frente al servidor público, así como del poder mismo, para evitar que se realicen juicios arbitrarios por parte de autoridad competente.

En el marco de nuestro campo jurídico puede verse que la discrecionalidad es una figura presente. Desde el momento en que el órgano jurisdiccional hace uso de sus facultades discrecionales para así poder establecer prudentemente el monto de una fianza, de una pena o bien la conmutación de ésta; pero esto siempre lo podrá realizar dentro de los límites establecidos por la propia ley sin transgredir las garantías individuales de los gobernados, ni tampoco utilizará dichas facultades para ir en contra del derecho y formar juicios que resulten arbitrarios con tal de satisfacer decisiones personales, unilaterales lo que se traduce en términos comunes cumplir el capricho de la autoridad por el sólo hecho de que está investida del "ius imperium", ante este supuesto el legislador a previsto una serie de medios para que el gobernado se sienta seguro y protegido por el ordenamiento jurídico y se inconforme ante el órgano jurisdiccional competente, la arbitrariedad y vulnerabilidad que ha sufrido por parte de algún funcionario con carácter de autoridad; toda vez que los actos de autoridad deben de cumplir con la regla establecida en nuestra Carta

(102) Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1982, Pp. 100-101.

(103) Recasens Siches, Luis, *Op. Cit.* Pp. 270.

Magna donde se enuncia que todo actuar de la autoridad debe estar fundamentado y motivado conforme a derecho.

Desde un punto de vista profesional podemos observar a la discrecionalidad como la capacidad para guardar secretos, entendiendo en sentido general por secreto el "conocimiento oculto, que pertenece a una persona por derecho, y que ninguna otra puede adquirir, usar o comunicar, contra la voluntad razonable de su dueño" ⁽¹⁰⁴⁾ Otro autor considera al secreto como "una verdad conocida por una o pocas personas, pero que debe mantenerse oculta para los demás." ⁽¹⁰⁵⁾

Al secreto se le puede clasificar en tres formas a saber:

- a) El *secreto natural*, que obliga por su propia naturaleza; esto es: por tratarse de una verdad cuya revelación acarrea necesariamente daño o disgusto al prójimo.
- b) El *secreto promiso*, que obliga precisamente en virtud de la promesa formulada, aunque el interesado lo haya confiado independientemente de esa promesa.
- c) El *secreto pactado* (comiso), que obliga en virtud de la voluntad expresa de quien lo confía y de un pacto o contrato con que se compromete a no revelarlo el que lo recibe. Cuando el pacto o contrato (explícito o implícito) procede del ejercicio de una profesión tenemos el Secreto Profesional. ⁽¹⁰⁶⁾

En virtud del último criterio sobre el cual se clasifica al secreto en pactado o comiso, hace mención del Secreto Profesional el cual puede ser entendido como aquellas circunstancias especiales por medio de las cuales el profesionista penetra en la intimidad de una persona o bien de una familia, o en los planes de sus clientes; en sus reales condiciones materiales y espirituales como producto de la confianza que se le ha depositado en la consulta que se le solicita. Y en consecuencia su obligación sobre esta confianza depositada será la de guardar la discreción del sigilo que se le ha encomendado y no revelarlo, como tampoco hará uso de ello contra la voluntad razonable de los mismos; por la sencilla razón de que el Secreto Profesional obliga en justicia por el bien del individuo y de la sociedad.

Dentro de nuestra profesión debemos guardar el secreto profesional como una forma de refrendar nuestro título universitario que ha sido avalado y certificado por el poder público competente y del cual somos dignos de poseer.

⁽¹⁰⁴⁾ Ruíz Amezcua, L. Enrique, *Ética Profesional para la Enfermera*, Talleres de Ediciones ECA, México, 1982, 81.

⁽¹⁰⁵⁾ Mendez, Aquiles, *Ética Profesional*, Herrero Hermanos, México, 1962, 110.

⁽¹⁰⁶⁾ *ibidem*, 110.

Por la esencia misma de nuestra profesión, que no es sólo un oficio sino un ministerio, los abogados estamos obligados a guardar los secretos que conozcamos como consecuencia de nuestra actividad profesional. No podría el abogado desempeñar su tarea si quien a él se confía no estuviera cierto de que las confidencias que le hace no van a ser divulgadas. El secreto profesional es un deber frente a nuestros clientes y un derecho frente a terceros cuando pretendan que incurramos injustificadamente en su violación.⁽¹⁰⁷⁾

La ética del secreto profesional tiene mayor rigor por la sencilla razón de que se acepta la responsabilidad moral en toda su amplitud como un deber de universitario y de profesional. "El secreto profesional es aquel principio moral y jurídico que constituye al abogado en la obligación y en el derecho ineludible de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento de lo que hubiere tenido noticia por razón del ejercicio de su profesión".⁽¹⁰⁸⁾

Por lo tanto no se violará dicho secreto cuando el profesionista se encuentre en la necesidad de pedir la opinión de algún colega o de persona con prudente reputación y siempre que ésta quede vinculada con la misma obligación de guardar el secreto que se le ha conferido ya que su obligación es callar discreta y sistemáticamente. El artículo 36 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional establece al respecto. "Todo profesionista estará obligado a guardar estrictamente el secreto de los asuntos que se le confiere por sus clientes, salvo los informes que obligatoriamente establezcan las leyes respectivas".

Como se puede observar el secreto profesional constituye uno de los primeros y más importantes deberes del profesional y específicamente en este caso particular serían del médico y el abogado, y a su vez se otorga una garantía tanto al cliente como al paciente. Dicho secreto no tiene que ser exigido por el paciente o cliente para que exista, ya que el profesional la recibe en razón y ejercicio de su profesión y por tanto, se encuentra bajo la prohibición de revelar, porque este es algo sobreentendido por lo tanto no se tiene que pedir.

Dentro del ámbito jurídico la sanción a la violación del secreto profesional quedará comprendido dentro de los supuestos jurídicos que establezca el Código Penal vigente para el Distrito Federal que en el Título Noveno relativo a la revelación de secretos establece:

Artículo 210 Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha reci-

(107) Campillo Sáinz, José, Op. Cit. 67.

(108) Vázquez Guerrero, Francisco Daniel, Ética, Deontología, y Abogados, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona España, 1996, 92.

bido con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Artículo 211. La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

Artículo 211-bis. A quien revele, divulgue o utilice indebidamente o en perjuicio de otro, información o imágenes obtenidas en una intervención de comunicación privada se le aplicarán sanciones de seis a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa.

La discrecionalidad del secreto profesional constituye uno de los principales deberes del abogado por ende obliga a guardarlo aún después de la muerte del cliente por la razón de que puede existir heredero o legatario que legítimamente defiendan la conservación del secreto con la finalidad de no manchar el nombre del de cujus o de la familia.

El secreto profesional puede peligrar cuando el abogado es llamado a juicio para intervenir en calidad de testigo; de aquí que se le tenga que conceder la facultad de abstenerse a testificar, previa valoración de la circunstancia de si su testimonio favoreciese a su cliente sin ponerlo en eminente peligro o bien de lo contrario mejor sería reservarse su derecho de rendir testimonio lícitamente con el fin de no causarle daño al cliente ni ponerlo a merced de quien depone en su contra.

La figura jurídica del estado de necesidad, será la que permita al profesional el deber de revelar el secreto siempre que este haga un análisis en conciencia a fin de buscar la preponderancia del derecho de otro a esta información. Porque la finalidad esencial de guardar un secreto es evitar un daño al dueño del secreto, pero cuando la guarda de éste viene a causar un daño igual o mayor a un inocente; el profesional podrá comunicar el secreto, pero no al público en general ni indistintamente a cualquier persona, sino por el contrario a aquellas a quienes conviene decírselo para evitar el daño que se procura. Otro factor que se involucra en la guarda del secreto profesional es el bien común para mantener la confianza debida a la profesión que se ejerza.

El estado de necesidad se presenta según el maestro Celestino Porte Petit "cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien igualmente amparado por la ley".⁽¹⁰⁹⁾ Esto a la luz de derecho positivo mexicano ya que en el Código Penal en su fracción V, establece. "El delito se excluye cuando, se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente,

⁽¹⁰⁹⁾ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Tomo I, Porrúa, México, 1982, 539.

lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

Ahora bien dentro del tema de trasplantes de órganos y plasma humano, éste principio es de especial importancia, porque en las ablaciones e implantaciones que se realicen de los órganos o tejidos provenientes de cadáveres a personas vivas, se debe mantener bajo el anonimato, con la finalidad de que no se preste ha intensiones lucrativas, o de cualquier otra naturaleza que implique la satisfacción de intereses personales, viene a ser dicho principio la base sobre la cual descansa el principio de la gratuidad, pues los profesionales de la disciplina medica serán los responsables de que se cumpla con principio tanto ético como jurídico (art. 327 de la L.G.S.).

6) Dignidad:

Proviene "(lat. Dignitas.) f. Calidad de digno. Realce, excelencia. Decoro y gravedad de las personas en la forma de comportarse. Cargo o empleo honorífico y de autoridad..."⁽¹¹⁰⁾

La palabra dignidad significa decoro, cualidad superior, nobleza, excelencia. La dignidad existente en la persona, y está en la base de su pensamiento y de sus sentimientos más nobles e inalienables. Es necesario reconocerla, hacerla valer y crecer. La dignidad indica el modo excelente del ser. La persona es algo absoluto, independiente, posee una dignidad máxima, es decir, una bondad de algo por sí mismo. Por lo que la dignidad del hombre es absoluta, porque la persona es algo absoluto.⁽¹¹¹⁾

Puede observarse de las definiciones transcritas que éstas tienen una estrecha relación con el concepto jurídico de persona. En su categoría de ente racional la persona es sujeto de derechos y obligaciones así como también adquiere una dignidad que la distinga de entre todos los demás seres vivientes. En filosofía, persona es la expresión de la esencia del ser humano, del individuo humano, esencia que no puede ser captada dentro del mero campo de la ontología, antes bien, es conseguible tan sólo en la intersección de este campo con el de la ética dice Recasens Siches, desde un punto de vista ético la persona se define "como el ser con dignidad, es decir, con fines principios que debe realizar por su propia decisión."⁽¹¹²⁾

Por su parte Kant señala que la personalidad es "libertad en independencia del mecanismo de toda naturaleza"⁽¹¹³⁾ señala también que

(110) Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, Mayo Ediciones, México, 1981, 458.

(111) Alvarez de la Cadena Sandoval, Carolina, Ética Odontológica, U.N.A.M., México, 1993, 82.

(112) Recasens Siches, Luis, Op. Cit. 245.

(113) *Ibidem*, 246.

los seres racionales son denominados como personas porque forman parte de un fin en sí mismos y no un mero medio por ende encierra albedrío; y que la persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad. Al respecto Scheler postula que la persona:

Es una individualidad concreta y singular. La persona es la unidad concreta real en sí de actos de diversa esencia o índole, es decir, no es un mero sujeto lógico de actos racionales ni de actos de voluntad, sino que es la realidad en la cual se verifican todos esos actos fenomenológicamente diversos.⁽¹¹⁴⁾

Refiere al respecto Nicolai Hartmann:

La persona esta constituida por dos dimensiones éticas las cuales se refieren a la relación del sujeto con los valores. Una de esas dimensiones consiste: los valores no fuerzan fatalmente al sujeto cuando han sido intuitas por éste, le plantean tan sólo una pretensión, pero no le fuerzan inexorablemente, antes bien, le dejan en franquía de decidirse. La otra dimensión consiste en los acentos de valor que recibe en sus actos; es decir, el sujeto –sus intenciones, sus propósitos, sus actos- constituye el único soporte o titular de los valores propiamente éticos.⁽¹¹⁵⁾

Con respecto a los conceptos antes enunciados puede observarse que la persona humana como se ha dicho tiene gran trascendencia dentro del mundo jurídico ya que es un ente susceptible de tener derechos y obligaciones, mientras que la personalidad es la facultad reconocida por la ley para ser sujetos de derechos y obligaciones, es decir, es una cualidad que el derecho toma en cuenta para regular la conducta del hombre.

Ahora bien por lo que respecta a la dignidad el ser humano "tiene así bienes espirituales, origen de su grandeza humana, que le dan derecho a la verdad, a su libertad y a su honor."⁽¹¹⁶⁾ Por ende la persona humana no puede ser tratada como un objeto o como un animal o bien como un simple instrumento de placer o de utilidad.

La dignidad del hombre. El imperativo categórico ordena justificar de un modo universal e incondicionado nuestros actos. Dicha justificación consiste en obrar como pudiera hacerlo cualquiera otra persona y permitimos únicamente lo que está permitido a los demás... El derecho de los demás. La conducta que envuelve este mutuo respeto es considerada por Kant como dignamente humana y le otorga el supremo valor moral.⁽¹¹⁷⁾

(114) Ibid. 247-248.

(115) Id. 251.

(116) Vargas Motoya, Samuel, Op. Cit. 189.

(117) Bueno, Miguel, Op. Cit. 239-240.

El respeto de la dignidad del hombre, obliga siempre a conservarlo como un fin y nunca como un medio.

La dignidad se atropella cuando alguien toma al prójimo como un medio para satisfacer otra clase de intereses y obtener beneficios personales. Esta clase de actos son condenables porque ultrajan con la dignidad de nuestros semejantes, que tienen los mismos derechos que nosotros...⁽¹¹⁸⁾

Con relación al imperativo categórico Unamuno, acepta tal imperativo sobre la consideración de la persona como un fin y no como un medio, pero él sitúa la base de la dignidad "no en la autonomía, como lo haría Kant, sino más bien en el anhelo de ser eterno. Si el morir es nuestro destino último, realmente no somos más que medios para que otros vivan, los hijos, la sociedad, la humanidad el progreso social"⁽¹¹⁹⁾ Señala también:

El fundamento de la dignidad de cada hombre de carne y hueso se encuentra en su derecho a vivir para siempre; es el anhelo de ser y de divinizarse lo que nos hace merecedores de un trato especial. Solamente el hombre puede ser de verdad tratado como fin en sí mismo si su fin último es la felicidad eterna. Cuando una persona concreta es tratada por lo demás como mero medio, lo es porque se considera que su vida misma, su ser, no valen nada al estar de antemano condenados a morir eternamente. A las personas se les trata en muchas ocasiones como simples medios porque en el fondo se acepta que la muerte segará completamente sus vidas, y porque en definitiva se asume sin queja que el morir es la máxima expresión de lo inmundo y miserable de nuestro universo humano. Siendo esto así, la misma muerte llega a convertirse en legitimadora última del desprecio absoluto a cualquier hombre que por el mero hecho de nacer entra a formar parte de aquellos que por una ley inescrutable han sido condenados a desaparecer en la nada.⁽¹²⁰⁾

Se puede quizás señalar que para Unamuno el fin en sí mismo que anhela cada individuo es la inmortalidad, la vida eterna ya que somos seres únicos, irrepetibles e insustituibles. "El que estemos o no destinados a una vida eterna es el eje de la vida y de la conducta"⁽¹²¹⁾ porque en la forma de nuestro vivir y de actuar será lo que posibilite la fe y la esperanza de la eternidad.

Por su dignidad el hombre no debe estar jamás al servicio de ninguna finalidad material, sino que todo ha de estar al servicio del hombre, razón

(118) Ibidem. 239-240.

(119) Campos, Victoria, Historia de la Ética, Tomo III, Editorial Critica, Barcelona, España, 1989, 389.

(120) Ibidem. 389.

(121) Id. 390

por la cual no existe ninguna regla que autorice a rebajar el valor y la dignidad del hombre por el hombre mismo. Este valor ético se encuentra comprendido dentro de nuestro máximo ordenamiento jurídico mexicano al otorgar: igualdad, libertad, respeto, seguridad a todos los gobernados, lo que comúnmente llamamos garantías individuales. Dentro del campo de ejercicio de nuestra profesión encontramos que:

La dignidad del abogado puede apreciarse si se toma en cuenta que el valor de un acto humano se mide por la elevación del fin que persigue. El fin de nuestra actividad es realizar la justicia por medio del derecho. El derecho persigue fines enlazados entre sí; la justicia, el orden, la seguridad, la libertad, la paz y el bien común que, finalmente se concretan en servir al perfeccionamiento y realización del hombre en toda su plenitud e integridad⁽¹²²⁾

Por lo antes señalado conviene abreviar que la dignidad del hombre tiene que ver con la libertad y la igualdad que sea respetada por sus semejantes, desde que este se manifiesta tanto en su forma de pensar como en la de actuar por la sencillez de que es un ser humano dotado de entendimiento que hace que se distinga dentro de los demás seres vivientes; como consecuencia de dicho discernimiento los actos humanos efectuados por el hombre debe ser conforme a lo que tiene previsto la norma jurídica para poder así asegurar la convivencia social y mantener el orden dentro de la sociedad.

La dignidad dentro de los trasplantes de órganos y tejidos humanos, es un principio muy importante porque en toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio deberá prevalecer el criterio del respeto a su dignidad y a la protección de sus derechos y bienestar común. Por otro lado cuando se trate de un cadáver que sea el que suministrará los órganos o tejidos, éste deberá de ser tratado con respeto, pues es la huella o residuo de una persona humana la cual en su momento también fue digna de respeto y consideración. Y con mucho más razón porque va a contribuir a la mejora de la salud de un prójimo que se encuentra con alguna desventaja por la afectación de una enfermedad que escapa de los procedimientos ordinarios y que necesariamente requiere de un trasplante para subsanar esa deficiencia o malformación ya sea de nacimiento o accidental (art. 346 L.G.S.).

7) Responsabilidad:

Su raíz etimológica proviene de responsable. "(Del lat. Responsum, supino de responder, responder) adj: obligado a responder de algo o por alguien. Por ext. Persona seria y formal."⁽¹²³⁾ Por lo que respecta al término

(122) Campillo Sáinz, José. Op. Cit. 32.

(123) Lexipedia, Diccionario Enciclopédico, Enciclopedia Britanica Publishers, Kentucky, Estados Unidos de Norte América, 1996, 300.

responsabilidad se entiende "Calidad de responsable obligación de compensar o reparar un daño o culpa. Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado. De responsabilidad. Loc. Dícese de la persona de posibles, de crédito."⁽¹²⁴⁾

En relación con este último punto puede señalarse que la responsabilidad implica o encierra a los anteriores principios éticos que se han venido desarrollando a lo largo de esta investigación. Así tenemos que para que un individuo sea responsable de un determinado acto, este debe de estar consciente de su actuar, es decir, debe realizarlo en una forma libre y deliberadamente consentido y asumiendo a su vez las consecuencias que su realización implique, por lo tanto si su actuar a pesar de ser consentido se encuentra previsto dentro del orden jurídico que lo legitima para que adopte una conducta determinada que consista en un hacer o en un omitir, su grado de responsabilidad sería mayor o no existiría tal, porque si la ley da flexibilidad de decidir de optando cualquiera de esas dos hipótesis, cualquiera de que haya sido su elección tendrá el deber de cumplir primeramente con la hipótesis elegida y en segundo término con lo que establece la norma en relación con dicha hipótesis. En este supuesto la voluntariedad consiste en que el acto es realmente querido, que procede de la voluntad con conocimiento del fin, esto es que sabe lo que está haciendo y quiere hacerlo por lo tanto el conocimiento señala el fin y los medios para conseguirlo, dirigen la deliberación y otorga la advertencia y reflexión sin las cuales no puede presentarse la voluntad.

Entonces puede deducirse que la responsabilidad existirá en tanto y cuanto la persona ejerza un control de sus actos por medio de su voluntad y dependiendo del grado de intención que este presente para ejecutar sus actos; por lo que hay cuatro grados de clasificación de la intención a saber:

- La *intención actual*, es aquella de la que la persona tiene conciencia en el momento en que ejecuta la acción prevista. La persona presta atención no sólo a aquello que está haciendo, sino también al hecho de que está queriéndolo, allí y en aquel momento.
- La *intención virtual* es aquella que se formó en una ocasión y sigue influyendo sobre el acto ahora en vías de ejecución, pero no está presente, con todo, a la conciencia de la persona en el momento de realizar ésta el acto.
- La *intención habitual* es aquella que se formó en una ocasión y no ha sido retractada, pero influye con todo, en la ejecución del acto propuesto. Aunque se la designe como habitual, no implica hábito alguno, sino que es una intención que se tuvo en una ocasión y sigue teniéndose, pero solamente en el sentido de no haber sido

⁽¹²⁴⁾ *ibidem*, g 300.

jamás revocada, porque no hay necesidad de que remanente psíquico alguno de ella permanezca en la mente.

- La *intención interpretativa*, es aquella que no se ha formado, pero se habría presumiblemente formado si la persona se hubiera dado cuenta de las circunstancias.⁽¹²⁵⁾

En cuanto más libre sea el hombre en la elección de sus actos tanto mayor es la responsabilidad que recae sobre él, por el entendido de que el conocimiento le permite reflexionar y establecer el medio para llegar al fin de su actuar. Y esta libertad a su vez significa también que aumenta su responsabilidad moral, lo cual quiere decir que tiene un libre albedrío y con ello implica que el individuo tiene poder sobre los actos que efectúa y es por eso que no teme a la responsabilidad en que pueda incurrir razón por la cual decían Marx y Engels que "al hombre no hay que juzgarlo por lo que dice, sino por lo que hace."⁽¹²⁶⁾ Este término y el del deber tienen una estrecha relación porque en este se delimita específicamente sobre quien debe recaer la obligación de responder por determinado acto o bien por su incumplimiento.

Referencia de la obligación a aquel a quien incumbe en cuanto él es agente, es la responsabilidad. Hacer responsable es imputar una obligación a alguien, designarlo como el sujeto a quien pertenece ejecutar esta obligación; hacerse responsable designarse a sí mismo como quien ha debido, debe, o deberá obrar según una regla para realizar un fin, con vistas a un valor.⁽¹²⁷⁾

Si bien es cierto la causalidad es una acción externa en la responsabilidad ésta es como un descenso del yo en el interior de su contenido, en un punto donde él ha localizado su dominación en volición.

Puede decirse que la responsabilidad no es un atributo objetivo, sino que es el resultado de un actuar subjetivo, esto es encontrarse jurídicamente responsable de un acto que no se ha querido, pero inconscientemente sea efectuado como es el caso de las obligaciones de hacer o no hacer se dice también que la responsabilidad no es atributo inalienable de un sujeto ya que se trataría a éste como un objeto, cuando en realidad se trata de una cualidad que esta intrínsecamente vinculada al mismo. Porque la responsabilidad no es un rasgo de la naturaleza, sino que es un acto de conciencia del hombre; y es por eso que uno es responsable de lo que se ha realizado conforme o no con la obligación que se haya aceptado.

Para algunos tratadistas la responsabilidad debe contar con dos aspectos a saber:

(125) Fagothey, Austin, Op. Cit. 23.

(126) Shishkin, A.F. *Ética Marxista*, Grijalbo, México, 1966, 129.

(127) Le senne, René, *Tratado de Moral General*, Editorial Gredos, Madrid, España, 1973, 530.

- “ La lucidez es el valor de la responsabilidad en cuanto que ésta encierra la objetividad” ⁽¹²⁸⁾ esto es porque en todos los actos, no habría responsabilidad moral sin el previo discernimiento de lo que significa cada una de las determinaciones y lo que vale para la propia acción que es lo que interesa y este discernimiento es la lucidez.

- “ La sinceridad “no es otra cosa que la presencia del yo en su responsabilidad”⁽¹²⁹⁾ esto viene a ser una especie de reconocimiento, o de confesión que uno mismo manifiesta para sí; él alcanza cierto grado de sinceridad cuando el sabe que lo que es y el valor que en uno puede tener algún acto que se realice.

Una vez que se han destacado algunos aspectos de la responsabilidad, ésta suele ser clasificada conforme a la afectación que pueda tener por algunos **modificadores** que permiten determinar el grado de responsabilidad tomando a éstos como una base de referencia y así se tiene. La **ignorancia**. Esta se presenta en una persona cuando tiene la capacidad para adquirir el conocimiento, pero adolece del mismo. Y esta puede ser manifestada de las siguientes formas:

Invencible: Destruye la responsabilidad (el conocimiento es necesario para la voluntariedad),

Vencible: No destruye la responsabilidad, pero la disminuye (la persona está consciente de que es ignorante pero con un mínimo de esfuerzo puede obtener el conocimiento.

Afectada: Puede o no disminuir la responsabilidad. Cuando el individuo la quiera utilizar como un medio para la realización o consumación de un determinado acto.

Otro modificador viene a ser la **pasión**. Esta conduce al individuo a un querer, que provoqe la pérdida del autocontrol pues generalmente surge de forma espontánea antes de que la voluntad actúe. Y esta a su vez puede manifestarse de las siguientes formas:

- La *pasión antecedente puede o no destruir la responsabilidad*. Cuando es tan repentina o violenta que impida el uso de la razón, lo que implica una pérdida del autocontrol.
- La *pasión antecedente no destruye la responsabilidad*, esta se presenta en el individuo que independientemente de su estado emocional, mantiene un control pleno de sus actos. Esto es, que tiene conocimiento y consentimiento bien definido.
- La *pasión consecuente no disminuye la responsabilidad, sino que podrá aumentarla*. Este tipo de situación se presenta generalmente cuando es provocado o fomentado y, por consiguiente, es voluntario en sí mismo. Se sirve de esta como medio y de la venganza como fin.

El miedo es solamente un modificador de la responsabilidad cuando actuamos por miedo, como motivo para actuar, y no simplemente con miedo como un acompañamiento de nuestro acto.

(128) Le senne, René, Op. Cit. 535.

(129) Idem. 536.

Los actos realizados bajo coacción e intimidación tienen el miedo como motivo. Estos actos son extorsionados bajo la amenaza de males que serán infringidos por otra voluntad humana, los actos bajo coacción e intimidación son actos responsables, porque la persona pudo haber resistido y aceptado las consecuencias.

El siguiente modificador contiene a la **fuerza**, violencia o compulsión es el poder físico externo que hace que alguien realice algo contra su voluntad.

Esta fuerza no puede llegar directamente a la voluntad, porque afecta solamente los actos externos y no el acto interno de la voluntad misma, en que reside la voluntariedad. Podemos seguir queriendo lo opuesto, por muy violentamente que nos veamos forzados a realizar el acto. Por consiguiente, el acto que se este forzado a realizar es involuntario, mientras que resista a la fuerza. Podrá tener acaso la fuerza física capaz para hacernos hacer algo pero no puede hacernos quererlo.

El siguiente modificador considerado es el **hábito**, como una forma constante de actuar obtenida mediante la repetición de un mismo acto ya sea consiente o inconscientemente.

Cabe destacar que estos modificadores de la responsabilidad pueden de alguna manera agravarla o bien disminuirla, dependiendo del autocontrol que ejerzamos sobre nuestros actos lo cual engloba tener pleno conocimiento y consentimiento; porque la responsabilidad desde un punto de vista moral tiene su origen en lo más profundo del ser, es decir, en su ánimo, en sus sentimientos que vienen a ser los factores indispensables que hacen que la persona se incline por determinada conducta o actitud con la finalidad de satisfacer esas necesidades particulares que ella misma ha creado, y por ende debe ser responsable de las consecuencias que de ésta se deriven; porque se traducen como un acto voluntario y que es querido bien como un medio o como fin.

Invariablemente el estado de ánimo de cada individuo es determinante para establecer la responsabilidad de un sujeto porque sólo así se pueden conocer tanto los factores internos como los externos que tuvieron influencia directa o indirectamente en los móviles de su voluntad para que tomara una decisión de actuar de manera tan específicamente determinada.

Ahora bien dentro del ámbito jurídico la responsabilidad la observa en diferentes enfoques dependiendo de la rama sobre la cual sé este dando aplicación a dicho termino; así tenemos: responsabilidad civil, responsabilidad penal, responsabilidad administrativa, responsabilidad laboral y finalmente la responsabilidad política.

Pero muy en particular se hablara de la responsabilidad civil, penal y administrativa por ser las que representan mayor relevancia para los efectos de esta investigación y así tenemos que la responsabilidad civil para algunos autores es "como la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente al hecho dañoso"⁽¹³⁰⁾ o bien es la consecuencia de la violación del deber jurídico de no dañar a nadie.

(130) Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV. Op. Cit. 2826.

En el medio jurídico al hablar de responsabilidad civil se suele distinguir entre la responsabilidad extracontractual y la contractual, indicando que la primera se debe a la violación de un deber jurídico y la segunda proviene de una relación jurídica entre dos sujetos obligados. A nuestro modo de ver, Invariablemente ambas presuponen la violación de un deber jurídico, pero en la culpa contractual se requiere la preexistencia de una obligación específicamente determinada, lo que es decir, un deber específico (contrato), y en cambio la culpa extracontractual surge por la violación de un deber genérico.

Por su parte establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1910. "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".

Es claro manifestar del precepto anterior que una conducta violatoria de un deber jurídico se entiende como hecho ilícito; dado que él supuesto que se establezca presupone una conducta indebida del responsable que ha violado directamente el deber, o bien porque dicha violación se ha producido de manera indirecta, faltando al cumplimiento de una obligación concreta contraída con anterioridad.

Para que se pueda hablar de responsabilidad civil se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

Primero de un hecho ilícito. Significa que se ha realizado una conducta dolosa o culposa. Es decir que el agente ha actuado con la intención de causar el daño o este se ha producido por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado, o impericia.

El artículo 1830 Código Civil postula el concepto de ilicitud declarando: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

Para que proceda la reparación del daño se requiere la prueba que el demandado ha obrado ilícitamente, sin derecho, por dolo o culpa.

El daño causado por caso fortuito o fuerza mayor, que excluyen la culpa o el dolo, no dará lugar a responsabilidad porque no ha podido ser previsto o porque habiendo sido previsto no ha podido ser evitado. Tampoco surge la responsabilidad civil, si el daño se ha causado en el ejercicio de un derecho o se produjo por el hecho de la víctima. No es imputable al autor material de él.

Segundo elemento de la responsabilidad civil es el daño o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio (daño emergente).

En la actualidad se entiende por daño también la lesión a los bienes no valuables en dinero. Aquellos que atañen a la persona en su aspecto social (honor, reputación, dignidad, pública consideración, buena fama); los que lesionan a la persona en sus sentimientos, su integridad corporal, su configuración y aspecto físico, el derecho a su imagen, al secreto de su vida íntima, su vida afectiva, etc.

Esto significa que el daño moral no es susceptible de una reparación pecuniaria, es de justicia que al ofensor se le aplique una sanción como efecto de su conducta ilícita.

La relación de causalidad es el tercero de los elementos necesarios para que surja la responsabilidad civil. En presencia del efecto (daño) el juzgador podrá determinar la causa que produjo el daño y si aquella es imputable al demandado.

De lo anterior se hace mención de daño moral y sobre esta circunstancia el Código Civil establece en forma clara lo que este comprende en su artículo 1916:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegalmente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código....

Como puede advertirse lo que el legislador quiso de alguna manera, es que se resarciera a aquellas personas que se vieran afectadas, en cuestiones inmateriales, y que sin duda alguna carecen de precio determinado, es por esta razón que por conducto de este artículo se garantiza la protección de los derechos inherentes a su personalidad.

Es importante señalar que será civil la responsabilidad profesional del médico, cuando este no actúa con mala fe o con dolo; y su principal responsabilidad es mantener el valor esencial del acto médico cuyo objetivo es la curación o el alivio del enfermo; mediante el conocimiento del enfermo, su circunstancia y su padecimiento patológico.

Porque el médico está obligado a establecer una comunicación con el enfermo, para informarle en forma clara y completa, de las características del procedimiento diagnóstico o terapéutico que se le propone, y sus posibles consecuencias. El médico no puede decidir por el paciente ni para proteger los mejores intereses de éste, porque el médico tiene un quehacer ético y de ahí deriva su responsabilidad, la ética médica es la fuente esencial del derecho sanitario; la cual consiste en un conjunto de reglas jurídicas interpretativas aplicables al caso concreto. Así establece el artículo 71 de la Ley reglamentaria del artículo 5º Constitucional. "Los profesionistas serán civilmente responsables de las contravenciones que cometan en el desempeño de trabajos profesionales, los auxiliares o empleados que estén

bajo su inmediata dependencia y dirección, siempre que no hubieren sido la causa del daño”.

La responsabilidad civil de los profesionales no es más que un capítulo dentro del amplio campo de la responsabilidad civil en general; ésta es en la que pueden incurrir quien ejerce una determinada profesión al faltar a los deberes especiales que ella impone, es decir, que tal responsabilidad deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de esa determinada actividad, porque es indispensable que todo individuo que practique una profesión posea los conocimientos teóricos y prácticos propios que la misma exija, y obre con la diligencia y previsión necesaria con apego a las reglas y métodos que correspondan.

Esta responsabilidad se inicia con el juramento de buen desempeño de la profesión y con relación al cliente es de naturaleza contractual, desde su inscripción en la matrícula respectiva; y, en relación con el cliente, es de naturaleza contractual, existiendo algunos deberes comunes para la mayoría de las profesiones: así, el deber de lealtad, el secreto profesional y la indemnización del daño que se hubiere culposa o dolosamente ocasionado.

Todo hecho y acto del ser humano implica un vínculo-obligación- y una responsabilidad, lo que trae como consecuencia el surgimiento de un deber de reparación en el supuesto de haber cometido una falta, en esta lógica la norma jurídica se esclarece el principio moral que prohíbe causar daño a otro.⁽¹³¹⁾

Dentro del ámbito del derecho penal también se puede apreciar a la responsabilidad profesional dentro de los supuestos jurídicos comprendidos dentro del artículo 228 del Código Penal para el Distrito Federal:

Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:

I Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva.

II Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

(131) Yungano y otros, Responsabilidad Profesional de los Médicos. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 1992, 19.

Para el maestro Francisco González de la Vega "Los profesionistas, similares o auxiliares de los médicos y cirujanos son: los dentistas, parteros, radiólogos, laboratoristas, anestelistas, enfermeros y, en general, aquéllos cuyo trabajo consiste en el examen, curación o tratamiento de pacientes."⁽¹³²⁾

Sobre este aspecto la responsabilidad profesional del médico constituye una responsabilidad culposa, esto es aquella en que se cause daño sin existir la intención de producirlo; para lo cual comprende cuatro clases a saber:

1) **Impericia.** Es la ignorancia inexcusable. Consiste en la actuación profesional llevada a cabo con ineptitud técnica y física, así como también la falta de actualización sobre los avances de la ciencia médica.

2) **Negligencia.** Es la omisión inexcusable. Se encuentra en el descuido y la desatención.

3) **Imprudencia.** Es la temeridad inexcusable. El sujeto actúa con exceso de confianza, de manera que constituye una falta de previsión o de precaución en la acción.

4) **Inobservancia de reglamentos.** Es la culpa que surge de la actuación que, aunque prudente y diligente, está vedada por una norma jurídica.

Surge la responsabilidad a cargo de cierta persona siempre que la conducta de ésta (acto u omisión), sea indebida (típica, antijurídica, y culpable), que ocasione una consecuencia perjudicial lesionando un bien jurídico y que dentro de esa conducta y el resultado dañosos exista cierta relación o nexo causal; que permita atribuirle el resultado de aquella conducta. Además puede deducirse que el origen de la responsabilidad nace en un sustrato de facultades jurídicas por consecuencia esas formas de responsabilidad corresponden a los medios jurídicos del control social de la conducta, misma que se va graduando con mayor o menor importancia dependiendo del bien jurídico afectado.

Coligiendo el artículo antes citado con el 61 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional en el que se enuncia: "Los delitos que cometan los profesionistas en el ejercicio de la profesión, serán castigados por las autoridades competentes con arreglo al Código Penal".

Siguiendo lo previsto por el artículo 229 del Código Penal para el Distrito Federal, establece: "El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacer cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandone en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente".

⁽¹³²⁾ González de la Vega, Francisco, Código Penal Comentado, Porrúa, México, 1997, 304.

El artículo 230 del mismo cuerpo legal establece:

Se impondrá prisión de tres meses a dos años, hasta cien días multa y suspensión de tres meses a un año a juicio del juzgador, a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, cuando incurran en alguno de los casos siguientes:

I.- Impedir la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole;

II.- Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior;

III Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

La misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver, e igualmente a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina, específicamente recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.

Esto es por lo que respecta al Código Penal mexicano, como se puede ir observando el servidor público puede incurrir en diversos tipos de responsabilidades (civil, penal, laboral y administrativa), y en relación con la responsabilidad administrativa encontramos que en el Título Cuarto de la Constitución Política Mexicana, se establecen las bases de la responsabilidad administrativa, las cuales surgen por los actos u omisiones que vulneren a los principios de legalidad, honradez, imparcialidad, economía, y eficacia, que orientan y conducen a la administración pública, mismos que garantizan la buena prestación del servicio público, y cuyas bases se encuentran en los artículos 108, y 113, de este máximo ordenamiento.

Artículo 108 "Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones..."

En consecuencia bajo la denominación genérica de servidor público, se engloba absolutamente a todos los trabajadores, empleados y funcionarios de la administración pública y por lo tanto todos se encuentran, sin distinción alguna, sujetos a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Artículo 113. "Las leyes sobre responsabilidad administrativa de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos y omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados".

Conviene comentar de los artículos transcritos que nuestra Carta Magna establece claramente los límites para el ejercicio pleno del servicio público que ha sido encomendado a determinados servidores públicos los cuales tendrán que sujetar sus actos a los preceptos que ella misma establece, porque de lo contrario serían sujetos de responsabilidad; porque en un Estado de derecho como el nuestro resulta inadmisibles aceptar el libre albedrío por parte de la autoridad.

Por su parte la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, dispone en su artículo 2º "Son sujetos de esta Ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales". Y establece en su artículo 47:

Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas:

- I. Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;
- II. Formar y ejecutar legalmente, en su caso, los planes o programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y otras normas que determinen el manejo de recursos económicos públicos;
- V. Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste;

- VI. Observar en la dirección de sus inferiores jerárquicos las debidas reglas del trato y abstenerse de incurrir en agravio, desviación o abuso de autoridad;
- XVI. Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XIII;
- XXI. Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos, a efecto de que aquélla pueda cumplir con las facultades y atribuciones que le correspondan;
- XXIV. Las demás que le impongan las leyes y reglamentos...

Lo que se busca dentro de las fracciones antes citadas del artículo en mención es el saneamiento de la administración pública, para que ningún servidor público obtenga beneficios en particular a través del poder público que se le ha conferido, porque para ejercer las funciones de la administración pública se anteponen en todo momento los principios ético jurídicos que debe reunir toda persona que aspire a ser funcionario público como son: probidad, lealtad, honestidad, buen servicio etc. y sobre todo gozar de buena fama.

En síntesis puede sostenerse que entrar al campo de la responsabilidad dentro de los ámbitos del servidor público como de cualquier profesional, resulta ser muy basto por la razón de que deriva de un complejo normativo integrado por las normas jurídicas en donde se limita y restringe la libertad del profesional, pero esta restricción es aquella que garantiza al gobernado un leal desempeño de las actividades; y así se colabora con el desarrollo jurídico, político y económico de nuestro país. Porque la responsabilidad "no es sólo apariencia o fenómeno, sino hecho real de la vida ética" y por lo tanto exige que el hombre acepte las consecuencias de sus actos a través de su cumplimiento porque fueron producto de su autodeterminación y por lo tanto se dice es un ser responsable que tendrá que dar cuenta de sus actos.

En este apartado con la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, se enuncia de una forma muy breve por la razón de que se analizará con detalle en el capítulo que le sucede. Conviene recordar aquí que dentro de los trasplantes de órganos y tejidos humanos este último principio tiene especial importancia pues sólo con personal responsable de su deber se podrá garantizar un buen manejo, control y distribución de los órganos que se requieren así como también respetar el orden que se encuentra prescrito en las listas de espera de los pacientes que anhelan ser beneficiados mediante la designación de un órgano o tejido.

III.- Normatividad referente al tráfico de órganos:

Dentro de este punto será necesario analizar diversos ordenamientos jurídicos con respecto al tema central de la presente investigación. En ellos se relacionan una serie de principios tanto éticos como jurídicos que sirven de marco al desarrollo normal de las actividades humanas y que tienen como finalidad la de preservar el orden jurídico establecido por la propia norma jurídica.

A) Constitucional:

En relación con este punto la Constitución consagra el valor supremo y sin el cual no podría subsistir ningún otro derecho; a lo que me refiero es al bien jurídico tutelado por la garantía de audiencia que es el derecho a la vida, mismo que se encuentra consagrada en el artículo 14 Constitucional en su párrafo segundo... "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus 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 las leyes expeditas con anterioridad al hecho".

Por ende, a través del concepto vida, la garantía de audiencia tutela la existencia misma del gobernado frente a actos de autoridad que pretendan hacer de ella objeto de privación: en otras palabras mediante el, se protege al mismo ser humano en su sustantividad psico-física y moral como persona, a su propia individualidad".⁽¹³³⁾

En el entendido de que la vida se puede apreciar:

Como todo lo que hacemos; pero eso no sería vida si no nos diéramos cuenta de que lo hacemos. Es la vida una realidad de peculiarísima condición, que tiene el privilegio de darse cuenta de sí misma, de saberse. Pero este saberse no es un conocimiento intelectual, sino ese carácter de presencia inmediata de la vida para cada cual. Sentirse, darse cuenta, verse, es el primer atributo de la vida.⁽¹³⁴⁾

Dentro de los derechos del hombre, el derecho a la vida es fundamental porque no puede haber otros derechos o deberes sin la previa subsistencia de éste. Por lo cual el ser humano tiene que poner un gran sentido de responsabilidad en la decisión de los actos que este desee llevar a cabo; y para poder preservar este derecho el Estado a su vez le garantizará toda una subsistencia adecuada a través del Sistema Nacional de Salud, la cual establecerá las bases sobre las que se regirán los planes y programas en

⁽¹³³⁾ Burgoa Orihuela, Ignacio, Op. Cit. 437.

⁽¹³⁴⁾ Recasens Siches, Luis, Op. Cit. 73.

materia de salubridad general; porque la salud no es solamente la ausencia de la enfermedad sino un estado de completo bienestar físico y mental; ya que esta descansa en la esfera de todas las interacciones económicas, sociales y culturales y es con ellas un componente para el bienestar social, porque la salud es un elemento imprescindible para el desarrollo de toda sociedad y por lo tanto constituye un derecho esencial de todos, por la sencillez de que ayuda a preservar nuestra existencia dentro de este mundo contemporáneo.

A través de esta el hombre no sólo tiene derecho a la vida, sino a una vida humana, a una vida normal y decente apropiada a su naturaleza de ser racional, el derecho del individuo de defender su vida; poco valdría si aquel no tuviera también el derecho de vivir dicha vida en forma adecuada a su condición humana lo cual implica la posesión de determinados bienes que paralela a ésta hacen que adquiera nuestra vida la calidad de digna de ser vivida y apreciada con respeto, como lo es la libertad, la salud, y el respeto a nuestra integridad física.

Como sé ha dicho a través de la vida se tiene que conservar la integridad física, el ser sustancial, de modo que pueda cumplirse plenamente con el destino. Es el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana, su vida plenaria, su salud corporal, requisito indispensable para la consecución de sus fines por el hecho de estar dotado de inteligencia puede cumplir correctamente con su destino que se le ha conferido.

Sobre este aspecto establece nuestra Carta Magna en el párrafo cuarto del artículo 4º. "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución". Como es de observarse en la transcripción anterior no se define que es salud, ni tampoco se indica que se debe de entender por salubridad general.

Ahora bien por salud va a entenderse "estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado. Libertad o bien público o particular de cada uno"⁽¹³⁵⁾ en otras palabras la salud como un bien jurídicamente tutelado en el sentido de que todo daño causado en la salud de un individuo será sancionado por la ley penal y reparado o indemnizado por la legislación civil y así mismo como aquel valor frente al cual el Estado debe organizarse, a través de los sistemas de prevención, tratamiento y readaptación, en los supuestos que sea alterado por factores externos (medio ambiente). Al respecto también se considera que:

La salud es un derecho fundamental del ser humano y como tal, forma parte implícita del desarrollo de un país. La salud y la educación son los pilares que definen el bienestar de la población.

(135) Diccionario de la Real Academia Española, Tomo II, Espasa Calpe, 21 edición, 1936.

Éstas definen de manera fundamental la participación potencial en la fuerza laboral. Además del impacto derivado de la protección a la salud de la población, las actividades enfocadas a mejorar la salud de la población infantil se traducen en una reducción del ausentismo escolar y redundan en un mejor aprovechamiento académico. De ahí que el impulso que recibe el Sector Salud representa claramente una inversión en capital humano. Es por ello que toda estrategia cuyo objetivo sea mejorar la salud de la población combate simultáneamente la pobreza.

De lo anterior se desprende que los resultados de las acciones del Sector Salud se multiplican con aquéllas derivadas de otros sectores que igualmente abordan el bienestar de la población. La salud es elemento central del bienestar humano y una precondition del potencial productivo del hombre y de su desarrollo a través del trabajo. La búsqueda de la eficiencia en las políticas de salud es una de las más importantes tareas que un país puede proponerse, ya que la salud es el principal elemento para una auténtica redistribución del ingreso por lo tanto condición indispensable de la equidad⁽¹³⁶⁾

Como se puede ver la salud como bien jurídico tutelado interesa y compromete al orden público y de ahí la intervención estatal dentro de sus niveles de gobierno tanto en el ámbito administrativo como en el judicial con la finalidad de dar cumplimiento a los programas sectoriales que se establezcan dentro del Plan Nacional de Desarrollo del país, para así lograr el bienestar general como fin primordial que persigue el Estado. No obstante lo señalado a la salubridad pública se le entiende como:

I.- La salubridad pública es la parte del derecho de protección de la salud que se otorga a través de prestaciones realizadas por el estado en beneficio del individuo y de la sociedad en general, tendientes a proteger y restaurar la salud de la persona y de la colectividad a fin de alcanzar un estado físicamente sano de la población del país, de manera individual o concurrente.

II.- La salud pública se refiere a la salud del pueblo, es una condición imprescriptible y necesaria del Estado moderno, y requiere de una constante intervención nacional y de medios idóneos. Se refiere al aspecto higiénico o sanitario de una colectividad y por lo mismo, se encuentra íntimamente relacionada con la salubridad pública que es un orden público material que se logra mediante prescripciones policiales relativas a la higiene de personas, animales y cosas.

III.- El término salud pública tuvo un significado político equivalente a "orden público", "salvación pública" o "defensa de un régimen"; como ejemplo, tenemos a estados revolucionarios en que se involucraba a la salud pública para justificar una dictadura. En Francia en 1793, se

(136) Programa de Reforma del Sector Salud 1995-2000, Talleres Gráficos de México.

instaló un "Comité de Salud Pública" que llegó a absorber todos los poderes y hasta a dar ordenes a los ministros y generales. No hay que olvidar tampoco a Federico el Grande cuando invocó incesantemente la fórmula "salus populi suprema lex" en su lucha contra la Iglesia Romana.

IV.- La C, las leyes nacionales y los tratados internacionales, constituyen el marco jurídico-legal de la salubridad pública."⁽¹³⁷⁾

La Ley General de Salud establece en su artículo 24. "Los servicios de salud se clasifican en tres tipos:

- I De atención médica;
- II De salud pública, y
- III De asistencia social."

Como se ha venido diciendo en relación con la salud se involucran otros factores que son indispensables para el desarrollo de toda nación como lo son la seguridad, la educación y la salubridad general para poder así garantizar el desarrollo armónico que el país requiere y poder así responder a los grandes retos que se presenten tanto en la actualidad como en el futuro no muy lejano como es el caso del transplante de órganos, que viene a dar una mejor respuesta a aquellos pacientes que se encuentran con enfermedades graves o agudas terminales que dada su naturaleza escapan de la esfera de los antibióticos comunes y que constituye una alternativa que garantiza a estas una mejor calidad de vida. Con este avance de la Ciencia Médica nuevamente el Estado mexicano asegura la salud pública para toda la sociedad estableciendo los ordenamientos jurídicos necesarios para así lograr uno de los fines primordiales que el propio Estado delimita y establece. Porque únicamente el derecho es el que puede garantizar y proteger los fines de la persona que considera más valiosos, y será éste el que le ayude a alcanzar sus más altos fines (tener una vida digna, gozar de buena salud y gozar de seguridad jurídica) y a realizarse como tal.

B) Ley General de Salud y su Reglamento:

En el anterior ordenamiento jurídico se trataron algunos de los fines más importantes que tiene el Estado mexicano con sus nacionales, con la intención de conservar su vida y vivirla en una forma digna y para ello el gobernado debe contar con una serie de instrumentos jurídicos que le garanticen la utilización de los recursos necesarios para conservar un buen estado de salud.

Para principiar con el presente ordenamiento y en relación con el punto anterior vemos que la Ley General de Salud establece en su artículo 1.º: "La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4º- de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el

⁽¹³⁷⁾ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo P-Z, Op. Cit. 2667.

acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social". En su artículo 23 del ordenamiento en mención se establece:

Para los efectos de esta ley; se entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Por otra parte en su artículo 27 establece: Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

- I. La educación para la salud, la promoción del saneamiento básico y el mejoramiento de las condiciones sanitarias del ambiente;
- II. La prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, de las no transmisibles más frecuentes y de los accidentes;
- III. La atención médica, que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias;
- IV. La atención materno infantil;
- V. La planificación familiar,
- VI. La salud mental;
- VII. La prevención y el control de las enfermedades buco-dentales;
- VIII. La disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud.
- IX. La promoción del mejoramiento de la nutrición, y
- X. La asistencia social a los grupos más vulnerables.

De lo anterior se desprende la garantía de la que efectivamente gozan los mexicanos en materia de salud y seguridad social como uno de los principios rectores que establece el Estado dentro del ámbito de su administración y no obstante la expedición de leyes y reglamentos específicos en la materia también se acostumbra a emitir lo que se conoce como *lex artis*, es decir, normas técnicas mismas que pueden ser entendidas como el conjunto de reglas científicas o tecnológicas de carácter obligatorio, emitidas por la Secretaría de Salud, las cuales establecen los requisitos que deben satisfacerse en la organización y prestación de servicios, así como en el desarrollo de actividades en materia de salubridad general, con la finalidad unificadora entre los principios, criterios, políticas y estrategias que obedecen a las necesidades sociales del país.

De esta forma, se entiende que los grandes cambios que se han presentado en nuestro país han orillado al legislador a establecer los instrumentos jurídicos necesarios y adecuarlos para dar una mejor respuesta a las necesidades que la población mexicana le demande, así dentro del campo biomédico los descubrimientos que se dieron en materia del trasplante de órganos y tejidos humanos, el Estado ha podido enfrentar

los grandes retos que se originan con el desarrollo científico que se vive en este mundo contemporáneo, así como poner especial interés en la vigilancia epidemiológica, de prevención y control de las enfermedades transmisibles; de esta forma se tiene que en el pasado 26 de mayo, se reforma el Título Decimocuarto de la Ley General de Salud, para quedar como: Donación, trasplantes y pérdida de vida. Y en su capítulo I, Disposiciones comunes, establece. Artículo 313.- Compete a la Secretaría de Salud:

- I. El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado centro nacional de trasplantes, y
- II. La regulación y el control sanitario sobre cadáveres.

A reserva de comentar con detenimiento el ordenamiento vigente, cabe señalar que en el artículo anterior donde se establece la competencia de la Secretaría de Salud en materia de órganos y tejidos humanos, se utiliza los términos donación y disposición, como una forma unilateral de manifestar el consentimiento con el objeto de producir las consecuencias jurídicas que de esta emanen; para lo cual se detallará con toda amplitud en el inciso que le precede al presente. En su artículo 314 se establece. Para efectos de este título, se entiende por:

- I. Células germinales, a las células reproductoras, masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;
- II. Cadáver, al cuerpo humano en el que se compruebe la presencia de los signos de muerte referidos en la fracción II, del artículo 343 de esta Ley;
- III. Componentes, a los órganos, los tejidos, células y sustancias que forman el cuerpo, con excepción de los productos;
- IV. Componentes sanguíneos, a los elementos de la sangre y demás sustancias que la conforman;
- V. Destino final, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables;
- VI. Disponente, a aquel que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte;
- VII. Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes;
- VIII. Embrión al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;

- IX. Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;
- X. Órgano, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos;
- XI. Producto, a todo tejido o sustancia extuida, 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;
- XII. Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos;
- XIII. Tejido, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función, y
- XIV. Trasplante, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo.

Del artículo antes citado conviene mencionar que con la reforma antes dicha se le adicionaron las fracciones (III, IV, VI, VII, XII y XIV), de las cuales destacan las tres últimas por la razón de que por primera vez se habla de donación, pero con una concepción distinta a la que tradicionalmente se concibe dentro del derecho común; misma que será analizado con toda plenitud en el inciso "C". Por lo que se refiere al receptor, afortunadamente ya no lo dejan en segundo término pues antes era comprendido dentro del reglamento de la Ley General de Salud. Con relación a la última fracción es la ley la que establece una definición común para la descripción de trasplante terminando con esto la pluralidad de sentidos que había dentro de los estudiosos de la ciencia médica.

Este precepto debe relacionarse al artículo 6° del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, por cuyo conducto se precisa el significado de esta serie de términos técnicos que complementan el vocabulario en la materia tal como se puede ver en las fracciones siguientes:

- I. Aféresis: 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;
- 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;
- III. Banco de sangre. El establecimiento autorizado para obtener, recolectar, analizar, fraccionar, conservar, aplicar y proveer

- sangre humana; así como para analizar, conservar, aplicar y proveer los componentes de la misma;
- IV. Banco de plasma: 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;
- VI. Componentes de la sangre: Las fracciones específicas obtenidas mediante el procedimiento de aféresis;
- VII. Concentrados celulares: Las células que se obtienen de la sangre dentro de su plazo de vigencia;
- VIII. Derivados de la sangre: Los productos obtenidos de la sangre mediante un proceso industrial, que tenga aplicación terapéutica, diagnóstica, preventiva o en investigación;
- XI. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres y sus productos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación;
- XII. Donante de sangre humana: La persona que suministra gratuitamente su sangre en cualquiera de las siguientes formas:
- A) A un paciente a solicitud del médico tratante o del establecimiento hospitalario o
 - B) Atendiendo a un llamado general y sin tener en cuenta a qué persona pueda desistirse, o bien sea utilizada para la obtención de componentes y derivados de sangre;
- XIX. Puesto de sangrado: Establecimiento móvil o fijo que cuenta con los elementos necesarios exclusivamente para extraer sangre de donante de sangre humana y que funciona bajo la responsabilidad de un banco de sangre autorizado;
- XX. Receptor: La persona a quien se trasplantará o se le haya trasplantado un órgano o tejido o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimiento terapéuticos;
- XXI. Sangre: El tejido hemático con todos sus elementos;
- XXII. Sangre humana transfundible: El tejido hemático recolectado en recipientes con anticoagulantes, en condiciones que permitan su autorización durante el tiempo de vigencia, de acuerdo al anticoagulante usado;
- XXIII. Servicio de transfusión: El establecimiento autorizado para el manejo, conservación y aplicación de sangre humana y sus componentes, obtenidos de un banco de sangre;
- XXV. Terapéutica: La rama de la medicina que establece los principios aplicables y los medicamentos o medios para el tratamiento de las enfermedades en forma racional, y

XXVI. Transfusión: Procedimiento a través del cual se suministra sangre o cualquiera de sus componentes a un ser humano, solamente con fines terapéuticos.

Si se observan con detenimiento los artículos anteriores, sin duda el legislador estableció con atinada certeza una serie de definiciones a fin de poder entender con claridad el lenguaje que con especial tecnicismo se encuentra en el campo de la medicina, pero éste interés también va más allá porque con esta medida se hacen a un lado las interpretaciones vagas o imprecisas sobre cualquier artículo o fracción de la ley en mención, con la que pudiera ponerse en grave peligro la integridad física y mental del ser humano.

Conviene señalar que este reglamento sigue vigente en tanto no se publique la Norma Oficial Mexicana relativa a los trasplantes de órganos y tejidos humanos.

Aparte de establecer los significados de dichos términos el legislador establece también un límite para aquellas investigaciones que por su innovación den pauta al deterioro Psicofísico del hombre, y lo convierta en un instrumento de ensayos, quizás inútiles que lejos de mejorar su estado de salud bien lo agrave o prolongue más su padecimiento. Lo cual atentaría en contra de los principios éticos y científicos permisibles por la disposición legal. Es por ello que el legislador establece en su artículo 51 de la Ley General de Salud: "Los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares". Y en la fracción primera del artículo 100 establece:

La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:

I. Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica.

Art. 103 – En el tratamiento de una persona enferma, el médico podrá utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnóstico, cuando existe posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente, siempre que cuente con el consentimiento por escrito de éste, de un representante legal, en su caso, o de familiar más cercano en vínculo, y sin perjuicio de cumplir con los demás requisitos que determine esta ley y otras disposiciones aplicables.

Salta a la vista de los preceptos antes citados la relación que guardan los principios ético jurídicos en materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos, estableciendo el respeto a la dignidad humana así como el deber

de servir por parte de los médicos basándose siempre en la búsqueda del beneficio de la salud y evitar el sufrimiento humano.

En forma particular éste último artículo establece al consentimiento como una condición sine qua non, que obliga al médico a establecer una comunicación adecuada con el enfermo, para informarlo, clara y completamente, de las características del procedimiento diagnóstico o terapéutico que se le propone, y de sus posibles consecuencias. Él médico no puede decidir por el paciente ni para proteger los mejores intereses de éste.

Y por último sobre el anterior comentario cabe destacar que en el artículo 13 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, se establece. "En toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, deberá prevalecer el criterio del respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y bienestar. Y en su fracción I del artículo 14 del Reglamento en mención se enuncia. La investigación que se realice en seres humanos deberá desarrollarse conforme a las siguientes bases:

I. Se ajustará a los principios científicos y éticos que la justifiquen..."

Retomando el contenido de los artículos que se comprenden en el Título en mención de la Ley General de Salud en su artículo 315 se establecía quienes eran disponentes originarios. Ahora con la reforma indica que establecimientos requieren de autorización para realizar las siguientes funciones:

- I. La extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células;
- II. Los trasplantes de órganos, tejidos y;
- III. Los bancos de órganos, tejidos y células, y
- IV. Los bancos de sangre y servicios de transfusión.

Dicha autorización se concederá a aquellas instituciones de salud que cuenten tanto con infraestructura como con el personal capacitado para realizar estas funciones que enuncia la ley.

Y en su artículo 316 de la ley en cuestión, señala que debe de haber un responsable sanitario en todas las instituciones autorizadas por la Secretaría así como también deberán contar con:

- a) Un comité interno de trasplantes,
- b) Un coordinador de trasplantes, y
- c) Un comité institucional de bioética.

De esta reforma la nueva figura que aparece es la del coordinador de trasplantes de órganos, pues en él recae la función esencial de andar deambulando por todo el hospital para verificar detenidamente cual de los pacientes puede ser un posible donador y ponerse en contacto con los familiares de éste para invitarlos a aceptar la donación de órganos,

validamente puede decirse al respecto que la suministración de órganos y tejidos se supedita a un buen y responsable funcionamiento que tenga el coordinador con la función que se le ha conferido. El artículo 317 establece:

Los órganos, tejidos y células no podrán ser sacados del territorio nacional.

Los permisos para que los tejidos puedan salir del territorio nacional, se concederán siempre y cuando estén satisfechas las necesidades de ellos en el país, salvo casos de urgencia.

Sobre este precepto debe aclararse que la prohibición que la ley establece sobre los órganos y tejidos para que no salgan del país, es en razón de que México no cuenta con órganos y tejidos suficientes para satisfacer la necesidad de sus gobernados, por lo tanto no puede donar órganos a países extranjeros hasta en tanto no cuente con la materia prima necesaria y suficiente que lo conlleve a realizar donaciones hacia exterior.

Este precepto se relaciona también con lo previsto por el artículo 336, en su párrafo segundo el cual enuncia que la asignación de órganos y tejidos se hará de acuerdo a la preferencia, esto es conforme al orden que señalan las listas las cuales se integrarán con los datos de los mexicanos en espera. Subrayó con la intención de llamar la atención sobre la exclusividad que maneja el legislador de aquellos que solamente pueden ser beneficiados de los trasplantes de órganos y tejidos, por las razones arriba señaladas. Y esto no debe de interpretarse que vaya en contra de los principios rectores que rigen al trasplante de órganos como quedo comprendido en el capítulo I de esta investigación, en donde se estableció el inciso (f) que enuncia: "No discriminación. A ninguna persona podrá impedírsele el acceso a trasplante en razón de nacionalidad, etnia, credo o sexo."

Dentro del capítulo II relativo a las donaciones como se había enunciado que dicho término resulta ser redefinido por la Ley General de Salud pero con un sentido distinto al que por tradición sea conceptualizado dentro del derecho común. Y con este se sustituye el término disposición.

Artículo 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título.

Con esta reforma según el Director del Registro Nacional de Trasplantes Dr. Luis Angel Terán Ortiz, dice que de esta manera los mexicanos ya no ven al trasplante como algo ajeno a ellos, sino que por el contrario se encuentran dentro de el y queda en nosotros los médicos en mantener al paciente, a invitarlo para que no se salga de esa posibilidad de ser donador, señalándole los beneficios que este representa como una posibilidad de vida para aquél que lo necesita, pero esto no es sólo lo más importante de la reforma sino también las

figuras relativas al consentimiento y él coordinador de trasplantes apuntó.⁽¹³⁸⁾

En este artículo se manejan dos términos que son disposición y donación, esto se hace con el fin de no crear confusiones pues ambos son utilizados de manera simultánea. A reserva de comentar detalladamente más adelante se puede decir respecto de la disposición que ésta dentro del derecho civil, se considera como la creadora de una obligación que se instituye por una declaración unilateral de la voluntad; ya que como fuente general de las obligaciones que es, resulta que ésta viene a ser una figura innominada para el Código Civil, pues este sólo reglamenta determinadas formas para obligarse por la declaración unilateral de la voluntad, por lo que no tiene comprendido la disposición del cuerpo para efectos de trasplante de órganos o tejidos. En cuanto al término donación según manifiestan los legisladores que se aparta del esquema legal típico de la donación que contraen los Códigos Civiles de las distintas entidades federativas y de lo que expresa la doctrina civilista; pues dicen que no es una donación patrimonial por lo que no requiere la aceptación del donatario y solamente se acredita que pueden existir en el derecho público formas diversas a la donación regulada por el derecho privado. Dado que esta se encuentra sustentada en la liberalidad y en la gratuidad. Por ende recurren al significado básico de la donación.

Resulta ser que el Código Civil es el que regula a las personas, como a los actos que estas realicen y curiosamente este no comprende nada al respecto de la disposición de nuestro cuerpo para efectos de trasplante de órganos cuando creo que debería ser el primero que estipulara y regulara este tipo de actos jurídicos como derecho de la personalidad que resultan ser tanto el órgano como el tejido para efectos del trasplante puesto que recae dentro del campo de los derechos subjetivos privados.

Por otro lado en relación con el comentario del director del Registro Nacional de Trasplantes, validamente se aceptaría si el artículo expresara "Toda persona se considera como donador total o parcialmente de su cuerpo..." en este sentido cabría plenamente dicho argumento, pero en realidad este artículo establece "podrá donarlo", esto es si quiere o no; más no que está obligado a ser un donador.

Ahora bien se clasifica a la donación en dos formas a saber dentro del artículo 322:

Donación expresa amplia cuando se refiere a la disposición total del cuerpo, y

Donación limitada cuando sólo comprenda determinadas partes del cuerpo o componentes del mismo.

Dentro del tipo de donación expresa se puede señalar claramente a la persona o institución que se le quiera beneficiar con nuestros órganos o tejidos señalando a su vez las circunstancias de modo, lugar y tiempo.

⁽¹³⁸⁾ Terán Ortiz, Luis Angel. "Entrevista", México, Distrito Federal, 11 de julio del 2000.

Prevaleciendo en todo momento la voluntad del donador y por lo tanto será el único quien podrá revocar su voluntad sin incurrir en responsabilidad alguna. Mientras que el Reglamento establece en su artículo:

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

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

La primera parte del artículo anterior tiene que ver con los principios que prevalecen en el cualquier tipo de trasplante de órganos humanos ya que ante todo debe existir la libertad de manifestar el consentimiento y por ende este puede ser revocable en cualquier momento, esto es hasta dentro de la propia sala de cirugía, es decir, minutos antes de que se pierda el conocimiento por virtud de la anestesia que se emplee y dicha revocabilidad no traerá consecuencia alguna ni moral y mucho menos jurídica. Y para dar mayor sustento a lo antes mencionado es conveniente citar al artículo 9º. Del Reglamento mismo que preceptúa: "En ningún caso se podrá disponer de órganos, tejidos, productos y cadáveres, en contra de la voluntad del disponente originario".

A raíz de la reforma se establece que el consentimiento continúa siendo una condición sine qua non para poder realizar el trasplante, nada más que con dos formas de manifestación ya sea expresa o tácitamente, para lo cual el artículo 323 indica cuando se requerirá que sea expreso:

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

El artículo 324 establece:

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

El escrito por el que la persona exprese no ser donador, podrá ser privado o público, y deberá estar firmado por éste, o bien, la negativa expresa podrá constar en alguno de los documentos públicos que

para este propósito determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes.

Sobre estas formas de expresar el consentimiento cabe validamente distinguir las siguientes hipótesis:

- a) Consentimiento expreso: se produce cuando hay manifestación verbal, por escrito o por signos inequívocos.
- b) Consentimiento tácito: resulta de hechos o de actos (signos o actitudes), que presupongan o que autoricen a presumir el consentimiento. Estos hechos o actos no pueden ser en la omisión de la voluntad.
- c) Ausencia de voluntad: en el supuesto de que no se haya producido declaración de voluntad. Por lo que hace a ésta, no puede existir consentimiento tácito ya que en este debe haber voluntad aunque sea expresada en forma precaria.

En consecuencia el artículo 324 preceptúa habrá consentimiento tácito cuando no haya manifestado su negativa para que su cuerpo o componentes se utilicen para trasplantes. Al no haberse manifestado la negativa, simplemente, no hubo consentimiento tácito, ni hubo expresión de voluntad.

Porque la voluntad en su significación gramatical, es la potestad volitiva que admite o rechaza una cosa, queriéndola o negándola pero, si no hay manifestación de voluntad no puede pretenderse que existió consentimiento tácito.

Esto claramente se ejemplifica en el caso de las personas desconocidas que fallecen como consecuencia de lesiones externas graves o por padecimiento médico; en donde no hubo voluntad manifiesta, ni tampoco familiares que la suplieran, es decir, no nació esa voluntad en ninguna de las modalidades previstas por la ley, y en este caso no puede jamás operar el consentimiento tácito, en otras palabras la falta de voluntad, ese silencio normalmente no se interpreta como expresión tácita de voluntad; para que este silencio absoluto pueda ser interpretado como declaración de voluntad es necesario que la ley u otra fuente de derecho así lo declare.

Cabe recordar que antes de la reforma se seguía con el sistema del consentimiento positivo, el cual consistía en que el paciente debería aceptar ser donador, esto es manifestar un sí, aunque los familiares se llegaran a oponer a su voluntad, esta también adquiriría el carácter de irrevocable salvo que el disponente originario la revocara. Ahora con la donación por consentimiento presunto (tácito). Según este criterio, los órganos de los cadáveres se extraen habitualmente a menos que se hayan formulado objeciones (por el donante antes de fallecer, o por un familiar, si el finado no había autorizado específicamente la donación) antes de la extracción. La ley a través del consentimiento presunto evita que la familia afligida se vea obligada a deliberar sobre la petición de donación del médico. Mediante este tipo de donación se pretende conseguir más órganos que con la del consentimiento afirmativo (positivo) del donante.

Pero la realidad es que los médicos dudan en extraer los órganos sin el consentimiento expreso de los familiares y por ello la cifra estimada de órganos donados no ha aumentado significativamente. Asimismo, existe la preocupación de que el consentimiento presunto limite el derecho del individuo de decidir lo que ha de ocurrir con su cuerpo, ya que él o ella debe emprender una acción afirmativa para evitar que le extraigan alguno de sus órganos. Para que el consentimiento presunto (tácito) tenga validez, el donante potencial debe entender su significado y comprender que la falta de disenso se interpretara como consentimiento. Todo esto exige grandes esfuerzos educativos, para cumplir con las normas mínimas de índole ética y legal. Se establece en el artículo 325:

El consentimiento tácito sólo aplicará para la donación de órganos y tejidos una vez que se confirme la pérdida de la vida del disponente. En el caso de la donación tácita, los órganos y tejidos sólo podrán extraerse cuando se requieran para fines de trasplante.

Se debe señalar que no cabe la donación después de la muerte pues, ésta ya es una transmisión mortis causa, regida por las normas que regulan las sucesiones. Así lo establece el artículo 2339 del Código Civil para el Distrito Federal. El artículo 326 establece los límites que tiene el consentimiento:

- I. El tácito o expreso, sea manifestado por un incapaz no será válido, y
- II. El expreso que provenga de una mujer embarazada se admitirá siempre que no ponga en peligro su vida y la del producto de la concepción.

Los artículos 319 y 326 del mismo ordenamiento establecen las prohibiciones que se pudieran realizar en materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos, como es disponer de éstos en contra de lo que establece la ley o bien comerciar con ellos, porque como se a mencionado el trasplante de órganos se rige por el altruismo y ausencia de ánimo de lucro, es decir, a título gratuito.

Sobre la expresión a título gratuito conviene recordar que se refiere únicamente al órgano o tejido, pero no a los servicios de hospitalización, de medicamentos ni honorarios de los médicos y de sus auxiliares.

Al respecto el Director del Banco de Ojos del Hospital General Xoco, Dr. Héctor Margeli Pérez, menciona que la mayoría de los casos que se llegan a ventilar ante la Procuraduría General de la República, es porque los familiares de los pacientes que pierden la vida por causas externas, es decir, por lesiones de cualquier índole, éstos se encuentran sujetos a la jurisdicción del Ministerio Público, y será él quien determine la orden para llevar a cabo la necropsia de ley, para determinar con esta las causas del fallecimiento y en este supuesto

la ley es la que autoriza que se obtengan los órganos y tejidos (art. 328 de la L.G.S.) que sean viables con excepción de aquellos que tengan que ver con la causa del fallecimiento por razones de investigación, con esto se sufre en su totalidad tanto el consentimiento del donante como el de sus familiares, por el sólo hecho de estar relacionado a una averiguación previa. Y esto es lo que causa que los familiares concurren ante dicha institución para entablar su denuncia, ya que consideran que se ha violado el derecho a la integridad física al disponer del cuerpo de su familiar; lo cual a la luz del derecho positivo esto no es así pues es la ley quien establece dicha disposición. Puntualizó también que lo que en realidad buscan los familiares de dichos pacientes es obtener un beneficio económico por el órgano o tejido sustraído o bien que se les dé el nombre del paciente receptor y en consecuencia ni se paga remuneración alguna ni se les proporciona el nombre del receptor pues este se encuentra protegido por el principio de discrecionalidad.⁽¹³⁹⁾

En términos generales en este capítulo relativo a la donación a pesar de aquellas dificultades que se presentan, hay que reconocer que el fin del trasplante es la corrección de aquella malformación o disfunción natural o accidental, garantizándose así mejorar la calidad de vida de los pacientes que requieren ser beneficiados de éste tipo de terapéutica.

Un estudio del Consejo Nacional de Trasplante (CONATRA) refiere que:

Mueren al año 150 mil personas por falta de donaciones de órganos.

La falta de una cultura de donación de órganos en el país, provoca que alrededor de 150 mil personas mueran al año, si existiera una verdadera cultura de la donación de órganos, situación que tiende a ser cada vez más preocupante debido a la prospectiva de la transición epidemiológica y demográfica que permite prever el incremento de la demanda de trasplantes de órganos.

Ante la escasez de órganos provenientes de donador cadavérico, se contempla que será posible el aprovechamiento de órganos provenientes de animales en virtud de los avances obtenidos en el campo de la ingeniería genética.

Los trasplantes de órganos se han convertido en una verdadera opción de mejorar y ampliar la calidad de vida de las personas desahuciadas por diversas enfermedades crónico degenerativas.

Para diversos especialistas, el principal obstáculo es por una falta de una verdadera cultura de la donación en nuestro país.⁽¹⁴⁰⁾

⁽¹³⁹⁾ Margelí Pérez Hector, "Entrevista", México, Distrito Federal, 10 de febrero de 1999.

⁽¹⁴⁰⁾ Ruiz Joel, "Mueren al año 150 mil personas por falta de donadores de órganos," El Sol de México, México, 14 de febrero 2000, 14 A

Dentro del capítulo III relativo a Trasplantes establece:

Art. 330. Los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de la investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, siempre que existan justificantes de orden terapéutico. Está prohibido:

- I. El trasplante de gónadas o tejidos gonadales, y
- II. El uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos.

En este precepto se establece el deber a cargo de los médicos de servir con responsabilidad y profesionalismo, sobre los estudios clínicos previos que se deben de efectuar a los pacientes tanto donantes como receptores para determinar las posibilidades de éxito o bien de rechazo frente a la compatibilidad de los órganos o tejidos que se vayan a implantar. Así como también ayuda a determinar las patologías que presenten ambos pacientes.

En relación con este capítulo el director del Registro Nacional de Trasplantes indicó:

Que en materia de trasplantes de órganos, la religión afortunadamente no es un factor determinante en este caso, por el contrario la religión católica está a favor del trasplante, lo que sucede es que el mexicano suele ser una persona que al no encontrar un fundamento a su negativa al trasplante antepone el argumento de sus creencias o que su religión no le permite donar parte de su cuerpo en vida o para después de su muerte.

Continuó diciendo que otro aspecto es que la sociedad suele ser incongruente en sus exigencias; porque exige que se le cure su padecimiento, que se haga hasta lo imposible. Puntualizo esta institución puede otorgar, hospitales, tecnología de punta, medicamentos, personal altamente capacitado en la materia, pero jamás podrá poner a disposición órganos o tejidos humanos, le toca a la sociedad contribuir con éstos y no exigir por exigir. Y esto es porque la sociedad vive en el escándalo, en la desinformación, gracias a periodistas y reporteros y sobre todo a la prensa que se ocupan a dar o más bien a malversar la información; y aparte hacen una serie de afirmaciones sobre información que lo único que ocasiona es que se forme una conciencia de rechazo sobre el trasplante como prueba fehaciente de esto es el reporte del supuesto tráfico ilegal de órganos que según los reporteros españoles se realizaba en México. Este tipo de información tiene un efecto inmediato, esto es, meses antes de la reforma del 26 de mayo del actual se atendía por vía telefónica de 40 a 50 llamadas mensuales para solicitar que se le expidieran tarjetas como posibles donadores;

días antes de dicha reforma paso algo inaudito porque la sociedad participo de manera tal que rebaso las llamadas que mensualmente se captan y esto es como consecuencia de la publicación que mantiene esta institución para informar a la sociedad de tal manera que las llamadas telefónicas como le decía llegaron a dispararse favorablemente de 40 a 400 posibles donadores de tal suerte que nos quedamos sin material (sin tarjetas). Después de la noticia de los reporteros españoles su efecto fue catastrófico ya que de la cantidad de llamadas que inicialmente recibíamos mensualmente tuvo un gran y significativo descenso, que quiero decir con esto, que ahora captamos 20 llamadas de posibles donadores; en mi opinión los reporteros son unos criminales al crear este tipo de reportes que no hacen más que detener el gran avance que hasta ahora hemos logrado.⁽¹⁴¹⁾

Retomando lo previsto en el artículo 331. La obtención de órganos o tejidos para trasplantes se hará preferentemente de sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida.

Esta preferencia se da por la gran necesidad que existe en la población de ser beneficiado por alguno de esos órganos que estarían destinados al desperdicio irremediable, es decir, el legislador quiere dar una nueva utilidad al cadáver y no al que tradicionalmente se le acostumbra como destino final. Porque con esta disposición se aprovecharía al máximo todos aquellos órganos o tejidos que fueran viables para aliviar el sufrimiento humano y a su vez mejorar la calidad de vida y de la salud de los enfermos que requieren de esta nueva forma terapéutica. Y así el trasplante cumpliría con su función social que tiene encausado con la sociedad misma.

La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud (art. 331 L.G.S.), esto es con la intención de establecer un control en la distribución de órganos y tejidos, así como para tener una idea de cuantos pacientes requieren de un trasplante y cuantos órganos se tiene en disponibilidad, así como para determinar el porcentaje de escasez conforme al órgano o tejido que se requiera con mayor urgencia

En el siguiente cuadro gráfico se puede destacar, la importancia que reviste el darle una nueva función social al cadáver pues todos los órganos y tejidos marcados(*), son los que necesariamente deben provenir de ellos, así puede apreciarse que se tiene en segundo lugar al trasplante de riñón o renal, cuando esta insuficiencia ocupa el décimo lugar como enfermedad a nivel nacional. En cuanto al corazón puede apreciarse que se encuentra en el sexto lugar a nivel trasplante mientras que como enfermedad insuficiencia cardiaca ocupa el primer lugar a escala nacional.

El hígado se ubica en el séptimo lugar mientras que como insuficiencia hepática ocupa el sexto lugar y el pulmón ocupa el noveno lugar en trasplante mientras que como insuficiencia respiratoria ocupa el séptimo

⁽¹⁴¹⁾ Terán Ortiz, Luis Angel, "Entrevista", México, Distrito Federal, 11 de julio del 2000.

lugar en el ámbito nacional.

Órganos y Tejidos Trasplantados en los Estados Unidos Mexicanos

2

Órgano o Tejido	N°. De trasplantes	%
Córnea*	8 410	42.32
Riñón	8 486	42.70
Piel*	2 191	11.03
Hueso*	24	0.12
Médula Osea	563	2.83
Corazón*	54	0.27
Hígado*	90	0.45
Páncreas*	24	0.12
Pulmón*	9	0.05
Corazón-Pulmón*	5	0.03
Paratiroides	8	0.04
Páncreas-Riñón*	5	0.03
Intestino	2	0.01
Corazón-Riñón*	1	0.01
Total	19 872.00	99.99%

Registro Nacional de Trasplantes (2000).

Estos datos proporcionan una idea de la disparidad que hay entre el número de personas que tienen una enfermedad crónico-degenerativa y que en la actualidad no tienen tratamiento, excepto el trasplante de órganos o tejido respectivo, y el número de órganos disponibles.

En relación con el trasplante renal si bien es cierto tiene una excelente proporción entre ocupar el décimo lugar como enfermedad y el segundo como trasplante es un dato que resulta alentador pero hay que recordar que cada día 16 personas se suman a la lista de insuficientes renales que requieren un trasplante y sólo entre dos a tres enfermos lo logran.

Retomando el contenido del artículo 331, señalaremos que este establece también restricciones para la toma de órganos y tejidos para trasplante de menores vivos con excepción de la médula ósea, de la cual bastara con el consentimiento de sus legítimos representantes. Lo que llama la atención de este artículo es que en su último párrafo estipula que en el caso de los incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes ni en vida ni después de su muerte. Porque mientras sean menores vivos el legislador lo que protege es su

derecho a la integridad y a su vida misma, para lo cual con esta medida evita que se pueda cometer algún abuso por parte de los que ejercen la patria potestad, pero en cuanto estos sean cadáveres creo que el hecho de que se les sustraiga algún tejido u órgano no le perjudica ni le beneficia puesto que su personalidad se ha extinguido, contrario sensu se podría ayudar a otros menores que padezcan alguna desventaja en su salud. Pues la finalidad del trasplante es mejorar la calidad de vida de todo ser humano, así como evitar el sufrimiento humano.

Sobrevida a un año
3

Órgano	Porcentaje
RIÑÓN (DONADOR CADAVERICO) (DONADOR VIVO)	92.8
CORAZÓN	84.1
PANCREAS	78.8
HIGADO	75.5
PULMÓN	74.4
CORAZÓN-PULMON	74.2

Registro Nacional de Trasplantes (2000).

De los datos que se manejan en el cuadro 3 se desprende que el trasplante viene realmente a dar una esperanza de vida. Con estos resultados se consolida su justificación pues al no haber tratamiento que establezca la recuperación de las funciones normales tanto de los órganos como la del tejido, este suple todas esas deficiencias de tal forma que la persona que ha sido beneficiada puede llevar una vida normal. Como es el caso de las mujeres que se benefician por el trasplante renal, el cual no les impide embarazarse como lo es con la diálisis.

Es por esa razón que el reto en la actualidad es lograr una donación suficiente para cubrir las necesidades de nuestra sociedad, incrementando considerablemente la captación de órganos para trasplante de origen cadavérico, pues de la gráfica anterior la mayoría de los órganos deben tener esta procedencia.

Por otro lado la ley enuncia los requisitos que deben cumplir las personas que deseen ser donantes entre vivos y sobre los cuales el médico debe cerciorarse que se efectúen todos y cada uno de éstos para poder dar inicio a alguna intervención quirúrgica. Así encontramos que el artículo 333 preceptúa:

- i. Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales;

Este requisito se establece por las razones que se han enunciado con anterioridad, esto es para que no se cometan abusos con menores de edad

y de aquellos que se vean afectados en su salud mental (interdicción), pues hay que recordar que los incapaces son los que se pueden manipular fácilmente a través del engaño.

- II. Donar un órgano o parte de él que al ser extraído su función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura;

Pues cabe recordar que la finalidad del trasplante es dar una esperanza de vida, a los pacientes que sufren de alguna enfermedad crónico-degenerativa, más no causar un daño o disfunción a un cuerpo sano, por lo tanto el médico en este caso es el responsable de valorar que el beneficio como el riesgo que se corra en la intervención quirúrgica sea equivalente para ambos pacientes y no que se favorezca solo a uno de ellos.

- III. Tener compatibilidad aceptable con el receptor;

Esta fracción se refiere a que exista cierta identidad en los dos organismos para poder así evitar algún rechazo al nuevo órgano o tejido que se implante en el cuerpo del paciente beneficiado. También tiene que ver con los estudios clínicos que deben realizarse a ambos para determinar el grado de compatibilidad y el cuadro patológico que presenten ambos pacientes. Lo cual garantizará el grado de éxito que se desee obtener. Sobre esta compatibilidad, la introducción de la ciclosporina como inmunosupresor ha permitido sobrevidas excelentes en calidad y cantidad lo que abrió no sólo la posibilidad de recurrir a donadores cadavéricos, sino también a expandir la diversidad de órganos, ahora trasplantables como el corazón, hígado, pulmón y páncreas.

Pero no solamente el donador debe ser compatible con el receptor, sino además éste último debe encontrarse en los supuestos que el Reglamento establece al respecto:

Artículo 25. El receptor de un órgano o tejido deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. Tener un padecimiento que pueda tratarse de manera eficaz por medio del trasplante;
- II. No presentar otras enfermedades que predeciblemente 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 donante originario del que se vaya a tomar el órgano o tejido.

Los médicos responsables del trasplante, procurarán que el receptor no tenga la edad de 60 años al momento del trasplante (sic).

- IV. Recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido, por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante.

El hecho que sea un médico distinto al que efectuara el trasplante de órganos es para dar seguridad al paciente, pues este deberá ser imparcial y otorgar con claridad toda la información sobre los beneficios y los riesgos que implica la cirugía en ésta materia. Así como ventilar todas sus interrogantes pero con un lenguaje adecuado al nivel cultural que cada paciente presente, pues de nada serviría si se le informara con el lenguaje técnico que implica el trasplante dentro de la disciplina médica.

- V. Haber otorgado su consentimiento en forma expresa, en términos del artículo 322 de ésta ley, y

Sobre este punto no hay duda pues tratándose de la donación entre vivos debe expresar en forma clara su consentimiento, toda vez que se trata de una donación expresa.

Pero el Reglamento aún vigente establece lo siguiente sobre esta fracción:

Artículo 24. 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 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 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 de 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 documentos privado;
- XIV. Lugar y fecha en que se emite, y
- XV. Firma o huella digital del disponente.

VI. Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea no será necesario este requisito.

Ésta tiene que ver con la fracción III, pues lo que se busca es obtener el mejor de los éxitos en el órgano o tejido implantado y que mejor si se guarda algún vínculo por consanguinidad que permita obtener ese resultado favorable.

Como se puede constatar resulta importante el interés que muestra el legislador al otorgar la seguridad jurídica necesaria tanto al disponente como al receptor de un órgano o tejido por medio del trasplante ya que los riesgos que se manejan dentro de las intervenciones quirúrgicas son muy amplios y los cuales pueden por algún error o descuido causar la muerte de alguno de los sujetos que se involucran en el trasplante o bien de ambos. Es por eso que se debe de informar con un lenguaje común a fin de que pueda ser comprendido plenamente tanto el riesgo como el beneficio que pueda resultar de dicha intervención quirúrgica, así como tomar en cuenta los análisis que determinan la compatibilidad entre ambos individuos.

Para empezar el análisis del artículo 334 de la Ley en cuestión, conviene señalar que con este precepto se van a comentar en forma simultanea el capitulo IV y V, dado que estos comprende los términos de pérdida de la vida y cadáveres así tenemos que:

- I. Comprobar, previamente a la extracción de los órganos y tejidos por un medico distinto a los que intervendrán en el trasplante o en la obtención de los órganos o tejidos, la pérdida de la vida del donante, en los términos que se precisan en est Titulo;

La finalidad de que sea un médico ajeno a los trasplantes de órganos es con intención de emitir una opinión con toda certeza sobre el descenso que presenta el paciente, sin mostrar ningún interés sobre los órganos o tejidos que se puedan obtener para trasplantes de ese cadáver.

- II. Existir consentimiento expreso del disponente o no constar su revocación del tácito para la donación de sus órganos y tejidos, y

Esta fracción se explicó dentro de los artículos 323 a 325 de la ley en cuestión.

III. Asegurarse que no exista riesgo sanitario.

Ésta fracción se refiere a que el Estado tiene la obligación con sus gobernados de establecer instituciones e instrumentos necesarios que permitan llevar un control sobre la salud de la población, y dado que los trasplantes de órganos y tejidos en su mayoría provienen de cadáveres, se tiene que tomar medidas de prevención para no generar un foco de infección dentro de la sociedad misma, pues la finalidad es mejorar la salud y no empeorarla por algún descuido.

El artículo 343. Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando:

I. Se presente la muerte cerebral, o
Debe entenderse por esta según lo previsto por el artículo 344:

La muerte cerebral se presenta cuando existen los siguientes signos:

- I. Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales;
- II. Ausencia de automatismo respiratorio, y
- III. Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos....

- II. Se presenten los siguientes signos de muerte
 - a) La ausencia completa y permanente de conciencia;
 - b) La ausencia permanente de respiración espontánea;
 - c) La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y
 - d) El paro cardíaco irreversible.

Esto se hace con el fin de establecer un criterio unificado para determinar el momento en que se presenta la muerte en un individuo que se encuentra con vida artificial, es decir, que subsiste por medio de mecanismos artificiales que no permiten que se presenten los demás signos cadavéricos. Pero esto no quiere decir que se atente contra la vida del individuo, no sino que en realidad este ya no tiene la capacidad para continuar en forma independiente las funciones esenciales de su organismo, por lo tanto aquí no cabe decir que se está a favor de la eutanasia, pues en esta si hay vida tan es así que el mismo paciente desahuciado pide que se le ayude a morir para evitar su sufrimiento, mientras que una muerte cerebral irreversible no puede hablarse sobre alguna posibilidad de conocimiento porque hay una ausencia completa y permanente de conciencia.

Sobre los cadáveres se preceptúa lo siguiente por el artículo 346. Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración.

Con este artículo nuevamente se establece que tanto los cadáveres como los órganos y tejidos no se encuentran comprendidos dentro del

comercio, por lo tanto no pueden ser susceptibles de apropiación y siempre serán tratados con respeto y consideración, pues son la huella o residuo de la persona humana. Preceptúa la ley una clasificación de cadáveres en su artículo 347:

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

Los cadáveres no reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores a la pérdida de la vida y aquellos de los que se ignore su identidad serán considerados como de personas desconocidas.

Y en relación con la fracción segunda el Reglamento preceptúa lo siguiente:

Artículo 60.- La disposición de cadáveres de personas desconocidas, estará sujeta a lo que señale el Ministerio Público, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, este reglamento y las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría.

El artículo 349 establece:

El depósito y manejo de cadáveres deberán efectuarse en establecimientos que reúnan las condiciones sanitarias que fije la Secretaría de Salud.
La propia Secretaría determinará las técnicas y procedimientos que deberán aplicarse para la conservación de cadáveres.

En la práctica del trasplante de órganos proveniente de cadáveres no se le da a saber al receptor la identidad del cadáver por cuestiones de discrecionalidad profesional, buscando proteger de cierta manera al beneficiario, esto es para evitar que se presente algún familiar o conocido y trate de comerciar con los órganos o tejidos provenientes del cadáver y obtener un beneficio en forma ilícita, de lo expuesto la única obligación que se tiene por aquel beneficiario es de naturaleza moral, es decir que en el fondo de su conciencia le guarde respeto y gratitud por el otorgamiento del órgano o tejido y si es posible dentro de su moral religiosa se lo agradezca a través de este medio. Por otra parte indica el artículo 336:

Para la asignación de órganos y tejidos de donador no vivo, se tomará en cuenta la gravedad del receptor, la oportunidad del trasplante, los beneficios esperados, la compatibilidad con el receptor y los demás criterios médicos aceptados.
Cuando no exista urgencia o razón médica para asignar preferentemente un órgano o tejido, ésta se sujetará estrictamente a listas que se integrarán con los datos de los mexicanos en espera, y que estarán a cargo del Centro Nacional de Trasplantes.

En cuanto al primer párrafo se destaca que sólo por el caso de urgencia podrá no respetarse el orden establecido por la lista de pacientes en espera y como se ha señalado deben ser necesariamente de mexicanos los que comprenda ésta.

Actualmente cada establecimiento de salud lleva su propia lista de pacientes en espera de un órgano o tejido que provenga de cadáver.

Lista de espera (córnea)

4

Edad	Porcentaje
0 -10 años	12.6%
11-20	16.0
21-30	23.2

Registro Nacional de Trasplantes (2000).

En córnea que es el mejor trasplante en cuanto a su relación costo-beneficio pues resulta exitoso en más del 98% de los casos y su costo no excede los \$ 10 000.00 pesos, además no requiere Inmunosupresión posterior, se calcula una necesidad anual de 7000 trasplantes.

Lista en espera (renal)

4

Edad	Porcentaje
21-30 años	29.47%
31-40	28.47

Registro Nacional de Trasplantes (2000).

En riñones se requieren entre 5000 y 6000 órganos anualmente, el éxito está entre el 84 y el 92% dependiendo si es a partir de donador cadavérico o de donador vivo.

Como se puede apreciar en ambos cuadros los pacientes son jóvenes, además se trata de elementos muy importantes en los núcleos familiares, así que no sólo hay que considerar a los pacientes, sino a toda la familia como afectada ante la insuficiencia respectiva.

Debido a que en ambos padecimientos los enfermos no fallecen, algunos duran tiempos increíblemente largos en espera de órgano o tejido, inclusive muchos de ellos después de una larga agonía fallecen. En córnea un 6.5% tiene hasta 5 años esperando, en riñón el 0.66% tiene hasta 10 años en espera.

Las listas de Corazón, pulmón, hígado y páncreas, no son muy largas, desafortunadamente los pacientes con este tipo de insuficiencias fallecen en unos cuantos meses.

Cabe señalar en este punto en cuestión que sólo dos hospitales que están en el Distrito federal son los que abastecen la mayor parte de órganos y tejidos a las diversas instituciones de salud, según comenta el Director del Registro Nacional de Trasplantes, los cuales son el Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía y la Cruz Roja Mexicana. Es por ello que se pretende elaborar una lista de espera en el ámbito nacional dividida en entidades y regiones de tal forma que permitan realizar una correcta y equitativa distribución de órganos y tejidos para evitar así cualquier tipo de preferencias que se presentaran entre el médico y el paciente necesitado.

El artículo 337 indica los beneficios que se les van a otorgar a aquellos medios de transporte que se dediquen al traslado de órganos y tejidos destinados a trasplantes conforme a las normas oficiales mexicanas que emitan conjuntamente las Secretarías de Salud y Comunicaciones y Transportes.

Por lo que respecta al trasplante de tejido hemático la ley establece en sus artículos lo siguiente:

Artículo 340. El control sanitario de la disposición de sangre lo ejercerá la Secretaría de Salud a través del Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea.

Con relación al Centro Nacional de la Transfusión sanguínea quedo ampliamente desarrollado dentro del capítulo primero relativo a los antecedentes del trasplante en México.

Artículo 341. La disposición de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos estará a cargo de bancos de sangre y servicios de transfusión que se instalarán y funcionarán de acuerdo con las disposiciones aplicables. La sangre será considerada como tejido.

La intención primordial de que se establezca quienes pueden tener bancos de órganos y tejidos es para garantizar que se cumplan con las medidas de sanidad que el Estado establece para la protección de la salud de los mexicanos y además para tener un control que permita determinar que tan exitoso es el resultado que se ha obtenido de los trasplantes o bien para establecer un rango que determine que trasplante de órgano a sido inviable para suspenderlo.

Como es de observarse al igual que en la disposición de órganos el legislador sigue estableciendo la prohibición de comerciar con los tejidos y derivados de este; para tal efecto el Reglamento establece:

Artículo 38. "En el caso de disposición de sangre, no es necesario que el disponente exprese su voluntad por escrito".

Artículo 39. "La sangre en ningún caso podrá ser objeto de actos de comercio".

Artículo 43. Los bancos de sangre deberán contar con reactivos para la realización de los análisis siguientes:

- I. Dosificación de hemoglobina o hematocrito, o ambas;
- II. Identificación de grupos sanguíneos;
- III. Compatibilidad sanguínea;
- IV. Detección de sífilis;
- V. Detección de hepatitis, transmisible por transfusión sanguínea;
- VI. Detección de virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o de sus anticuerpos, y
- VII. Otros reactivos que determine la Secretaría en las normas técnicas que expida.

Los servicios de transfusión deberán contar con los reactivos a que se refiere las fracciones I, II, III y VII de este artículo.

Conviene recordar que éste es el trasplante de mayor éxito al no tener ninguna reacción de rechazo consecuentemente no requiere de ningún inmunosupresor posterior.

Como es más común que se dé la transfusión sanguínea dentro de las instituciones hospitalarias del sector salud, y atendiendo al dinamismo de su utilidad, se ha optado por dar mayor accesibilidad se otorgan las facilidades necesarias y simples a modo de que el familiar del paciente llegue con tranquilidad a otorgar su sangre de manera altruista previo análisis de la muestra de sangre para determinar si se encuentra en condiciones de ser donada, esta práctica en la actualidad se da para aquellos pacientes que hayan sido internados dentro de las instituciones hospitalarias pero además que éstos sean intervenidos quirúrgicamente, de esta forma se garantiza que el banco de sangre no se encuentre con materia prima agotada. Se establece en el artículo 338:

El Centro Nacional de Trasplantes tendrá a su cargo el Registro Nacional de Trasplantes, el cual integrará y mantendrá actualizada la siguiente información:

- I. Los datos de los receptores, de los donadores y fecha de trasplante;
- II. Los establecimientos autorizados conforme al artículo 315 de esta Ley;
- III. Los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes;
- IV. Los pacientes en espera de algún órgano o tejido, integrados en listas estatales y nacional, y
- V. Los casos de muerte cerebral.

En los términos que precisen las disposiciones reglamentarias, los establecimientos a que se refiere el artículo 315 de esta Ley y los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes deberán proporcionar la información relativa a las fracciones I, II, IV, y V de este artículo.

En el artículo 339 por vez primera se otorga a las entidades federativas la competencia para disponer de los órganos y tejidos de su localidad, creándose para ello los Centros Estatales de Trasplante (CET), mismos que enviarán la información al Registro Nacional de Trasplantes relativa sobre la asignación de órganos, tejidos y células dentro de sus respectivos ámbitos.

El Dr. Carlos Salazar Lozano, de la subdelegación médica del ISSSTE delegación Estado de México, quien sostuvo que para que un hospital se considere de alto nivel debe realizar por lo menos 50 trasplantes al año. En nuestro país existen sólo tres o cuatro hospitales que superan ese número.

En lo que corresponde al ISSSTE a nivel nacional, durante 1999 se realizaron 101 trasplantes, 70 de riñón, 26 de córnea, tres de médula ósea y uno de corazón.

Otro aspecto que comentó el médico es que de cada 100 pacientes trasplantados aproximadamente el 10 por ciento rechaza el órgano, pero existe la posibilidad del retrasplante, por eso el actual reto es que los pacientes no presenten rechazo.⁽¹⁴²⁾

Esta competencia se otorga en razón de la autonomía que tienen las entidades federativas para gobernarse por sí mismas.

Comenta sobre este punto el especialista Vicente Cardona Infante al pronunciar que debe haber una Ley de trasplantes de órganos para el Estado de México, la cual no debe de centralizar los órganos donados como pretende el Registro Nacional de Trasplantes, para cubrir la demanda de estos a nivel nacional además señaló esta ley debe prever el beneficio para la ciudadanía de la localidad donde se efectuó la donación del órgano.⁽¹⁴³⁾

Conviene señalar sobre el comentario del Dr. Cardona que el Registro Nacional de Trasplante busca una coordinación entre los hospitales autorizados para tal efecto, con la finalidad de distribuir equitativamente y conforme a la necesidad que tenga cada institución sobre los órganos y tejidos que requieran y el hecho de que se pretenda dividir por regiones no implica la centralización de los mismos como tampoco beneficiar a determinada entidad federativa, lo cual viene a ser una alternativa para dar

⁽¹⁴²⁾ Yeseas Bernal Gustavo *El Sol de México*, México, 15 de mayo del 2000, 7B

⁽¹⁴³⁾ López Veneces, Patricia. *El Sol de México*, México, 14 de abril del 2000, 2B.

una mayor respuesta a la gran demanda que se está presentado dentro de la población enferma.

En el cuadro siguiente los datos ilustran la centralización que existe en la distribución de órganos en nuestro país, correspondiendo como puede apreciarse al Distrito Federal un 59.95% de estos. Por este motivo a partir de la reciente reforma se le ha otorgado a los Estados la facultad de disponer, distribuir y suministrar los órganos donados en su propia entidad, para que beneficie las listas de espera de la misma.

Trasplantes renales por Entidad Federativa

5

Estado	Porcentaje
Distrito Federal	59.95
Jalisco	9.81
Nuevo León	7.66
Coahuila	3.65
Sonora	3.20
Puebla	2.68
Sinaloa	2.26
Aguascalientes	1.94
Guanajuato	1.87
Chihuahua	1.72
Veracruz	1.33
San Luis Potosí	1.09
Yucatán	0.93
Estado de México	0.78
Querétaro	0.52
Baja California	0.35
Tamaulipas	0.13
Michoacán	0.04
Oaxaca	0.01

Registro Nacional de Trasplantes (2000).

Por otro lado cabe destacar que el artículo que se transcribe a continuación viene a ser el fundamento legal del Consejo Nacional de Trasplantes (CONATRA), cuya estructura y funcionamiento se rige por su Reglamento Interno en el que se establece:

Artículo 1°. El Consejo Nacional de Trasplantes tiene por objeto promover, apoyar y coordinar las acciones en materia de trasplantes que realizan las instituciones de salud de los sectores público, social y privado, con el propósito de reducir la morbilidad y mortalidad por

padecimientos susceptibles de ser corregidos mediante este procedimiento.

Este Consejo tiene en el artículo 5° las siguientes funciones de las cuales destacan:

- I. Sugerir a las autoridades competentes la realización de actividades educativas, de investigación y de difusión para el fomento de la cultura de la donación de órganos, tejidos y células.

Esta función es importante pues a través de esta se va a canalizar la información que sea necesaria para generar una cultura de trasplantes en nuestra sociedad, porque como sea expuesto este es un factor esencial que no permite que la solidaridad humana se concrete en su máximo nivel de aceptación.

- II. Establecer mecanismo para la sistematización y difusión entre los sectores involucrados, de la normatividad y de la información científica, técnica y sanitaria en materia de trasplantes.

Esta coordinación entre los sectores involucrados se refiere a que desafortunadamente el nivel social más marginado, es al que le cuesta más trabajo de entender el beneficio que representa la donación de órganos y tejidos para trasplante, pero otro factor que influye en forma más lamentable, consiste según el director del Registro Nacional de Trasplantes que dentro de los médicos en general existe un desconocimiento pleno en materia de trasplante y tal parece que los "colegas" son el primer obstáculo a convencer sobre la finalidad tan importante que juega hoy en día el trasplante de órganos y tejidos como una terapéutica de vanguardia.

- III. Coordinar sus acciones con el Registro Nacional de Trasplantes.

Esto es con el objeto de mantener un estricto control en materia de trasplantes de órganos y a su vez sirve para determinar las necesidades de órganos y tejidos que se requieren para la población enferma. Para adoptar las medidas necesarias de acuerdo a la situación que se vaya dando

- IV. Proponer mecanismo de coordinación y evaluación de los programas de capacitación y atención médica relacionados con los trasplantes.

La razón de esta fracción es para contar con personal altamente capacitado en materia de trasplantes, esto es, que estén a la vanguardia del avance científico y tecnológico que implica esta nueva forma de terapéutica.

- V. Coadyuvar con las autoridades competentes en la prevención del tráfico ilícito de órganos, tejidos y células.

Aunque en la realidad sea difícil que sé de esta práctica ilícita por la complejidad que representa la extracción de los órganos y tejidos, en cuanto a estructura, y personal especializado; el legislador regula esta situación en forma preventiva para evitar que se presente algún abuso de funciones que les permita obtener beneficios particulares al personal de la disciplina médica.

- VI. Proponer la constitución de los Consejos Estatales de Trasplantes (COETRAS).

Con esto se complementa lo que se ha mencionado respecto de la competencia que se les otorgo en materia de trasplantes de órganos y tejidos en razón de su autonomía, que tienen para gobernarse las entidades federativas. Pero sobre este comentario conviene agregar que no sólo es suficiente ésta sino que además se tiene que dotar de mayores recursos de presupuestación a las entidades federativas para que puedan equipar sus instalaciones quirúrgicas de acuerdo con la tecnología que el propio trasplante implica, pues de lo contrario de nada serviría que se designará la autonomía en comento, si los recursos económicos son deficitarios. El artículo 11 establece lo siguiente:

- I. Un comité de Trasplantes;
- II. Un comité académico, y
- III. Aquellos que se integren posteriormente con aprobación del Consejo.

Respecto de los comités estos contarán con un grupo de trabajo que apoyará en todo momento las acciones para promover la donación, recolección, almacenamiento, transporte y suministro de órganos, tejidos y células en la cantidad y calidad necesarias, así como también formular programas académicos, de investigación, educación y difusión en la materia, con la intención de promover la participación comunitaria a fin de estimular la solidaridad de la población en materia de trasplantes.

Como se ha venido señalando que sin bien es cierto que con esta reforma se favorece administrativamente a las entidades federativas al designárseles la competencia en materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos, también lo es que no se debe olvidar que existen factores que se vinculan necesariamente con este desarrollo como viene a ser el político, en donde dicha autonomía guarda un papel importante que obstaculiza significativamente al trasplante de órganos como es el caso del Distrito Federal, el cual es gobernado por un gobierno de oposición y cuya trayectoria ha sido de rechazo y de poca aceptación; aunando el interés de los demás partidos políticos que no pierden la atención sobre el manejo de la administración pública que se lleva a cabo en dicha entidad. Razón por la

cual dicho gobierno no permite que sus centros hospitalarios que están a cargo de los Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal abastezcan a los bancos creados y autorizados para el almacenamiento, conservación y distribución de los órganos y tejidos humanos. A pesar de existir convenio celebrado por la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Otro ejemplo sobre este factor de especial interés vienen a ser las asociaciones civiles que se dicen estar a favor de vida como es el caso de Provida, la cual no permite que en la ley se establezca en forma obligatoria a la donación de órganos sin la necesidad de requerir el consentimiento.

A pesar de la pluralidad de situaciones adversas que se presentan en el trasplante de órganos y tejidos humanos, con esta reforma sé esta dando un paso significativo en materia de trasplantes de órganos, dice el especialista Dr. Bernal del Hospital Regional ISSSTE Zaragoza, pues sin duda cada vez nos estamos acercando más a la sociedad para que no vea tanto a la donación como al trasplante de órganos y tejidos como algo ajeno a su condición de seres humanos, y por el contrario que se concientizen en este gesto tan noble de generosidad humana.

C) Código Civil:

En este punto a tratar estableceré algunos aspectos que tienen que ver con la persona humana, así como la relación que puede darse entre el donante original (donante) y el receptor de los órganos o tejidos y la naturaleza jurídica que puede revestir la disposición del propio cuerpo.

Para principiar señalare la definición jurídica de persona física entendida como "el ser humano, hombre o mujer."⁽¹⁴⁴⁾ Indudablemente la connotación de persona es igual al término hombre, por lo tanto son los seres humanos sujetos sociales considerados individualmente y éstos seres en derecho reciben el nombre de personas físicas; mismos que son susceptibles de tener derechos y obligaciones. "La persona humana es un valor metajurídico, en el sentido de que es el fundamento de múltiples reglas de derecho, al punto que el derecho no puede negar su existencia, sin negarse a sí mismo; pero tampoco puede ni debe pretender definir a la persona."⁽¹⁴⁵⁾

Esto es en cuanto se refiere a la persona; ahora bien, por personalidad debe de entenderse "que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse,"⁽¹⁴⁶⁾ es decir, es la facultad reconocida por la ley para ser sujetos de derechos y

⁽¹⁴⁴⁾ Pina. Rafael de. Vol. 1. Op. cit. 207.

⁽¹⁴⁵⁾ Galindo Garfias, Ignacio, Op. Cit. 301.

⁽¹⁴⁶⁾ Ibidem. 307.

obligaciones y se aplica tanto a las personas físicas como a las morales.

En relación con la personalidad es necesario mencionar el momento en que se adquiere ésta y el momento en que se pierde, para lo cual se tiene que recurrir a lo previsto en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 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".

Se puede observar detalladamente que el hecho que pone fin a la personalidad es la muerte, por lo tanto no puede decirse, que el cadáver, sea una prolongación de la personalidad, puesto que esta ya está extinguida, quizás se pueda decir que es la huella, o manifestación de alguno de quien en vida era una persona, y que ante todo merece respeto.

Dentro de la personalidad, se llevan implícitas ciertas cualidades que le son propias por su misma naturaleza, es decir, aquéllas que el derecho toma en cuenta para regular la conducta de los hombres y a éstas se les denominan atributos de la personalidad como pueden ser: a) La Capacidad, b) El Nombre, c) El Domicilio, d) El Estado civil, e) El Patrimonio y f) La Nacionalidad.

- a) Capacidad. Es el atributo más importante que el derecho toma en cuenta para determinar si una persona es susceptible de tener derechos y obligaciones; esta a su vez se divide en capacidad de goce y capacidad jurídica. La primera es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, y la segunda es la posibilidad jurídica del sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio sus actos jurídicos, de contraer y cumplir con sus obligaciones.
- b) Nombre. Es el signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales. Las dos funciones esenciales del nombre son, en primer lugar, el identificar a la persona y de esta manera el permitir atribuirle derechos y obligaciones y, en segundo lugar el ser un índice del estado de familia, es decir, nos permite conocer a qué conjunto de parientes pertenece.
- c) Domicilio. Este ubica a la persona en un lugar determinado tal como lo preceptúa el artículo 29 del Código Civil y siguientes.

Artículo 29. El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residan habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

- d) Estado civil. Entendemos la situación jurídica concreta que una persona guarda en relación con los miembros de su familia, el cual puede presentarse como estado de hijo, de padre, de esposo o de pariente por

consanguinidad, por afinidad o por adopción. Para tal efecto vasta citar lo establecido por el Código Civil.

Artículo 39. El estado civil sólo 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.

e) Patrimonio. Es el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que constituyen una universalidad de derecho y que son susceptibles de valorización en dinero.

Éste se compone por dos elementos que son un activo y un pasivo, el primero se integra por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de valorización pecuniaria y el segundo se integra por el conjunto de obligaciones y cargas también susceptibles de valorización en dinero.

Con respecto a los derechos de la personalidad se dice que son "aquéllos que tienen por objeto la protección de los bienes esenciales de la persona o mejor, de la personalidad misma, para el respeto debido a su categoría de ser humano y a su dignidad de persona",⁽¹⁴⁷⁾ por el sólo hecho de serlo tiene derechos innatos que le son necesarios para realizar sus fines y desarrollarse como ser humano.

Estos derechos de la personalidad no son creados sino reconocidos por el Estado.

El maestro Galindo Garfias divide en dos especies esencialmente a estos derechos a saber:

Los derechos que se refieren a la protección de la vida y del cuerpo de la persona en toda su integridad considerando en ellos el derecho a la disposición de las partes separadas del cuerpo humano.

Y por otro lado los que se refieren a ciertos bienes morales o espirituales como son: el honor y la libertad indispensables para el respeto y desarrollo de la persona; el derecho a la propia identidad, el derecho a la propia imagen; el derecho al secreto epistolar; el respeto a la intimidad de la vida privada; y el respeto a la memoria y a los restos mortales de nuestros seres queridos.⁽¹⁴⁸⁾

Las características que estos tienen son las siguientes:

- a) son originarios o innatos, en cuanto no requieren medios legales de adquisición; nacen con la persona misma,
- b) son derechos subjetivos privados;
- c) son absolutos;
- d) extrapatrimoniales y

⁽¹⁴⁷⁾ Galindo Garfias, Ignacio, Op. Cit. 318.

⁽¹⁴⁸⁾ Ibidem.

- e) son irrenunciables e imprescriptibles, por razón de su misma nota de esencialidad.⁽¹⁴⁹⁾

Como es de observarse tanto la persona como el derecho nacen juntos de la manera que este binomio hace que el uno subsista por el otro, porque aquélla viene a ser el centro del derecho, misma que es su razón de existir de aquel.

Una vez que se ha establecido a la persona dentro de los supuestos jurídicos previstos por el Código en mención cabe resaltar con relación a la clasificación que la doctrina civilista establece sobre los bienes; respecto a la persona humana parece claro que tanto ésta como los órganos que la constituyen no pueden encontrar un debido y ajustado tratamiento en la disciplina, dentro de los derechos patrimoniales; porque siguiendo lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos que se transcriben a continuación:

Artículo 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 749. "Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular". Y relacionando estos artículos con lo que establece el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. "Sé prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito". Y la ley antes señalada establece en su artículo 346. "Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración".

Atendiendo las ideas anteriores queda mucho más claro que el cuerpo humano se encuentra dentro de la clasificación de los bienes extra commercium (fuera del comercio), porque se le niega la consideración de cosa, además para que adquiera el rango de un bien, el cuerpo humano debe cumplir con las características necesarias para tal efecto, esto es que sea susceptible de apropiación, actual o virtual; lo cual no puede ser por disposición legal. Porque la propiedad pertenece al campo de los derechos patrimoniales; y en el se concibe y para el se configura en cambio el cuerpo humano es integrante de la personalidad, por lo cual no se puede llevar a éste al terreno de la propiedad sin patrimonializar, toda vez que el derecho sobre el propio cuerpo es la expresión de la libertad proyectada en el campo de los derechos subjetivos privados.

Ahora bien conforme a lo previsto por el Código Civil en su artículo 22.

(149) Idem. 319.

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte..." no puede pensarse que el cadáver sea una prolongación de la personalidad puesto que esta ya se ha extinguido con la muerte, porque si la persona es sujeto de derechos, el cuerpo viene a ser un integrante indispensable de ésta. Por lo tanto una vez extinguida la personalidad el cuerpo deviene en cadáver, y de elemento personal (sujeto) pasa a ser jurídicamente objeto (cosa extra commercium).

Es de afirmarse que el cuerpo humano sin vida puede considerarse ciertamente como cosa pero como res sui generis (cosa de su género), con un especial tratamiento en consideración de ser huella y residuo de la personalidad.

Lo cierto es que el trasplante de órganos en México ha podido prosperar a pesar de los conflictos que puedan suceder dentro del ámbito jurídico y moral porque viene a ser una nueva manifestación de la solidaridad humana que abre nuevas posibilidades de vida en donde afortunadamente el legislador ha tomado las medidas necesarias para su protección como la de prohibir la comercialización de los órganos y tejidos humanos, pero aun falta avanzar en el campo jurídico, porque lo interesante en el trasplante de órganos es que al cadáver se le está dando otra función, ya no solamente va a destinarse a una sagrada sepultura sino que podrán efectuarse extracciones legales de sus órganos o tejidos viables para beneficiar a otro y constituir nuevamente un derecho de la personalidad; y esto se hará por la razón de que ante cualquier derecho siempre prevalecerá el derecho a la vida.

Entrando ahora en materia de contratos puede encontrarse dentro del trasplante de órganos lo siguiente.

Si bien es cierto que en algunas legislaciones internacionales suelen denominar a la disposición de órganos como una donación, por creerlo quizá más adecuado a la solidaridad humana; lo cierto también es que en nuestro país no era así. Pero a partir de la reforma del 26 de mayo de este año, se habla de donación y de disposición, pero partiendo de la doctrina civilista y atendiendo a la naturaleza del contrato de donación y la forma en que se dan los trasplantes de órganos, resulta ser que no encaja dentro de esta modalidad, es por ello que el legislador establece en la ley la disposición de órganos en dos formas como actos inter vivos y actos mortis causa.

En virtud de que el trasplante de órganos involucra la interacción de dos personas, independientemente de los derechos y obligaciones que se imponen; el respeto a la dignidad del hombre prevalecerá ante cualquier circunstancia jurídica que devenga de esta relación.

Antes de entrar a estudiar con detalle el contrato de donación es pertinente interpretar el sentido de diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, para el efecto de aclarar porque el trasplante de órganos y tejidos del cuerpo humano, no puede ser considerado conforme a nuestra legislación materia de contrato.

Artículo 1793. "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Y el artículo 1825 también del Código Civil establece: "La cosa objeto del contrato debe: 1º. Existir en la naturaleza; 2º. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3º. Estar en el comercio".

Por donación entendemos siguiendo el artículo 2332 del Código Civil. "Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes". De la definición anterior es conveniente mencionar lo siguiente:

1.- Aclara la definición del Código en mención que la donación es un contrato, dicha aclaración es pertinente porque a veces se le ha considerado un acto unilateral, pues aparentemente resulta suficiente para que se transmita el dominio de la cosa, la voluntad del donante.

Pero en realidad es que como en todo contrato, para la integración del consentimiento se requiere de la voluntad de ambas partes. Por ello que el artículo 2332 aclara que, donación es un contrato, y que en el artículo 2340, se agrega que para el perfeccionamiento de la donación se requiere que el donatario manifieste su aceptación.

Trasladando tales disposiciones a la materia de los trasplantes de órganos o tejidos y tomando en cuenta que en ocasiones no es posible que se conozca el disponente originario toda vez que se guarda a través del anonimato su identidad con la intención de que no se provoque algún conflicto de interés económico, salvo excepción en el trasplante inter vivos y para que tenga mejor éxito quirúrgico deberá provenir de un familiar con un grado de parentesco más próximo con el paciente, siempre que no se trate de un órgano único. En síntesis no se da a saber bajo ninguna circunstancia a ninguna de las partes la identidad de cada cual.

Como es de observarse en este primer punto la donación no encuadra en este supuesto en primer lugar porque no se identifica plenamente la personalidad entre las partes para integrar el consentimiento de estas y perfeccionar el contrato, salvo que se trate de una disposición inter vivos (entre vivos), por ejemplo el trasplante de riñón de un familiar a otro, en esta situación, y en segundo término porque por regla general los contratos versan sobre cosas que están dentro del comercio y no sobre derechos de la personalidad como es la disposición del propio cuerpo, tal como se puede ver en lo preceptuado por el artículo 24 del Código en cuestión. "El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley".

2.- De acuerdo con el artículo 2332 del Código en mención la donación es un contrato traslativo de dominio y no es posible adecuarla a la materia de trasplantes de órganos, toda vez que nuestro cuerpo no es parte de los derechos patrimoniales, es decir, de los derechos de propiedad, sino de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos privados.

3.- La donación es un contrato por naturaleza gratuito y aunque el Código Civil alude a las donaciones onerosas, éste calificativo tiene que ver con

algo diferente; quizás por esta razón es que los especialistas en trasplantes de órganos y tejidos atendiendo a la gratuidad del contrato le encuentren alguna semejanza pero, quienes conocen de los contratos saben de inmediato que esta característica no es un elemento ni esencial ni formal, para la integración del contrato de donación, tan es así que la propia ley permite que haya donaciones onerosas, cosa que no ocurriría en el trasplante de órganos de seres humanos por razones obvias.

4.- La donación puede recaer sobre una parte o la totalidad del patrimonio del donante. Aunque en realidad el donante debe reservarse lo necesario para subsistir.

En este punto se fija nuevamente sobre que tipo de bienes puede recaer la donación y en relación con el cuerpo humano, específicamente con sus órganos y tejidos se establece la imposibilidad de que sea materia de contrato ya que como se ha mencionado reiteradamente no forman parte de los derechos patrimoniales, sino que vienen a ser la expresión del derecho de la personalidad.

5.- La donación se refiere a bienes en sentido jurídico, es decir, a cosas susceptibles de apropiación y por lo tanto apreciables en dinero. Dado que el cuerpo humano, como sus partes integrantes, no son susceptibles de apropiación y tampoco es posible valorarlas en dinero, no pueden considerárseles bienes en sentido jurídico.

Una vez analizado el contrato de donación en materia de trasplantes de órganos humanos por lo que respecta a la disposición se va a considerar lo siguiente:

Disposición (lat. Dispositio) f. Acción y efecto de disponer o disponerse. Aptitud, proporción para algún fin. Estado de salud. Gentileza y gallardía en la persona. Soltura, desembarazo en preparar y despachar lo que uno tiene a su cargo. Precepto de una ley o reglamento, deliberación, orden y mandato del superior cualquiera de los medios que se utilizan para ejecutar un propósito, o para atenuar o evitar un mal. Colocación o situación de las cosas. Orden o mandato. Resolución, fallo de enajenar o gravar los bienes. Acción de distribuir los bienes propios y de tomar otras determinaciones mediante testamento. Der. En derecho procesal, acto de las partes al cual la ley reconoce influencia en la resolución de algún punto del juicio. De última Voluntad. Testamento. Última disposición. Testamento, declaración que hace una persona de su última voluntad, a la disposición de expr. Cortesía con que una persona se ofrece a otra. Estar o hallarse, en disposición de una persona o cosa. Frs. Encontrarse apto y pronto para algún fin. Cfr. Actos de disposición, caducidad de disposiciones testamentarias, parte de libre disposición.⁽¹⁵⁰⁾

⁽¹⁵⁰⁾ Palomar de Miguel, Juan. Op. Cit. 468.

De la definición antes citada deriva que pueda entenderse a la disposición como la manifiesta aptitud permitida por la ley, para lograr un propósito o un fin determinado, y de cuya ejecución van a derivar consecuencias jurídicas o de derecho. Los siguientes artículos del Código Civil, fijan los límites que debe tener el ejercicio de tales actos de disposición:

Artículo 16. Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas.

Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Sobre este último artículo se puede observar que el legislador establece claramente por separado que el mayor de edad puede disponer bien de su persona (cuerpo), como es en el caso de los trasplantes de órganos y tejidos; y por otro lado de sus bienes que forman parte de su patrimonio pero, efectivamente lo llevará acabo siempre que no contravenga lo previsto por la ley para cada uno de los actos que quiera ejecutar.

Como puede apreciarse, que el mayor de edad tiene una limitada libertad para decidir sobre su cuerpo; toda vez que siempre prevalecerá el derecho que tiene a la vida; y por lo tanto no podrá disponer sobre esta, pero bien puede disponer sobre las partes que integran su cuerpo siempre y cuando no ponga en peligro a aquélla, o bien que no se cause alguna disminución física o mental que afecte gravemente su existencia.

Cabe recordar que en materia de trasplantes de órganos y tejidos se ha dicho que no se puede hablar de donación, por lo que se hará referencia a la disposición como el acto por el cual se manifiesta la voluntad con la intención de producir consecuencias de derecho.

Ahora bien la naturaleza jurídica de esta disposición como forma unilateral de la voluntad encuentra su fundamento jurídico no propiamente dentro del Código Civil, sino en el artículo 320 de la Ley General de Salud que expresa: Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título.

La disposición, como creadora de una obligación se instituye por una declaración unilateral de la voluntad; ya que como fuente general de obligaciones que es, resulta que viene a ser una figura innominada para el Código Civil, pues este sólo reglamenta las formas determinadas para obligarse por la declaración unilateral de la voluntad (el hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio; el compromiso mediante anuncios u ofrecimientos hechos al público de realizar alguna prestación a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio; la apertura de concursos en que haya promesa de recompensa para quienes llenaren

ciertas condiciones, con fijación de un plazo; y la estipulación contractual a favor de tercero), y sobre este particular punto de vista, el maestro Rojina Villegas sostiene que "existe la posibilidad legal de formular manifestaciones unilaterales de la voluntad innominadas, considerando como tales, el acto dispositivo unilateral gratuito, la oferta libre a persona indeterminada y la promesa abstracta de deuda."⁽¹⁵¹⁾ Por lo que bien puede deducirse que la disposición es un acto jurídico formal, unilateral, revocable y libre; por medio del cual una persona manifiesta o declara en vida la disposición gratuita de sus órganos, tejidos, productos (siempre que no se trate de órganos únicos, o bien esenciales para la conservación de la vida), o para después de su muerte también puede dejar disposición expresa sobre el destino de su cadáver.

En ese contexto la disposición es un acto jurídico que se erige como una declaración unilateral de voluntad, y como tal viene a ser una fuente general de obligaciones. Debe tenerse presente que en el caso concreto se trata de actos de disposición del cuerpo humano y que por su propia y especial naturaleza son revocables; por lo tanto la obligación que pudiera surgir sería en el momento en que el disponente originario manifieste de manera libre su consentimiento para la toma de órganos o tejidos ya sea en vida o para después de su muerte; y en el caso de que el disponente originario revocara su consentimiento este estará libre de cualquier tipo de responsabilidad. (artículo 322 de la Ley General de Salud).

La disposición en comento se puede ver desde dos puntos de vista a saber:

- a) Actos inter vivos. En ellos se incluyen la disposición de sangre, de células germinales, de productos fisiológicos, de órganos y tejidos anatomopatológicos, y de órganos pares con fines de trasplante.
- b) Actos mortis causae. Comprende todos aquellos en que el órgano, tejido, producto fisiológico o células provienen de fuente cadavérica; frecuentemente se realizan a título testamentario e incluyen la disposición de órganos únicos esenciales para la conservación de la vida.⁽¹⁵²⁾

Sobre este aspecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

El derecho a disposición del cadáver es de carácter familiar, que se desplaza del orden común de las relaciones jurídicas para constituir un derecho sui generis, cuyo contenido es de carácter moral y afectivo, y que compete a los parientes que por lazos de estimación, afecto, respeto y piedad, estén más vinculados con el difunto y tales vínculos no pueden ser otros más fuertes, que los establecidos,

(151) Pina, Rafael de, Vol. III, Op. Cit 69.

(152) Gaceta Médica, México, Vol. 134 No.2, 1998, 264.

naturalmente, entre madre e hijo, a más de que en justa correspondencia a las obligaciones y deberes que a los padres impone la patria potestad (como es el derecho de guarda que implica el deber de velar sobre el cuerpo y la memoria del hijo (artículo 411 del Código Civil) de honrar y respetar a sus padres, cualquiera que sea la edad y condición de aquél, y esa obligación de honrar y respetar a los padres debe entenderse que se prolonga aun después de que éstos mueran; obligación que sólo se puede cumplir cabalmente reconociendo al hijo el derecho (a falta de disposición expresa del difunto) de escoger el lugar en que ha de ser sepultado su progenitor, pues sólo así puede cumplir con esa obligación y, correlativamente, ejercitar el derecho, cuya exteriorización es una suerte de tutela sobre el destino de los restos de la persona fallecida, orientada a la mejor conservación de los mismos, y especialmente destinada a perpetuar su memoria y a mantenerla viva en el seno de la familia y de la sociedad.⁽¹⁵³⁾

Invariablemente lo que se ha venido confirmando es la utilidad esencial que se le está dando al cadáver para efectos de trasplante aunque no exista dentro de la legislación común una disposición típica o nominada, pero afortunadamente sí dentro de otra ley; que es la que le otorga validez al acto de disposición y donación que no es otra cosa que la manifestación de la solidaridad humana, con la intención de desafiar el destino final del ser humano, ya no solamente para tener derecho a una vida digna, sino para disfrutar a ésta dignamente.

Lo que realmente importa también es que después de acaecida la muerte, ésta de una nueva esperanza de vida para aquel que padece de una enfermedad terminal, independientemente de los problemas jurídicos o morales que puedan surgir, lo cierto es que el derecho no puede dar la espalda a las nuevas exigencias sociales (proporcionar la materia prima para trasplante, así como recursos económicos que faciliten la aplicación de nuevas técnicas), que se le demandan, sino por el contrario tendrá que afrentarlas para otorgar una mejor calidad de vida, estableciendo nuevas instituciones que garanticen la eficacia de los avances científicos en materia de salud así como establecer instrumentos jurídicos que simplifiquen su tramitación para obtener mejores resultados dentro del menor plazo posible.

D) Código Penal:

De la misma manera como se han venido analizando los puntos anteriores relacionados con las leyes establecidas iniciaré también el estudio de algunos conceptos que ayudaran a entender parte de lo que se analizará con relación al tráfico de órganos y plasma humano.

Antes de iniciar el desarrollo del presente tema proporcionaré la defini-

⁽¹⁵³⁾ Jurisprudencia 2435/70, 29 de octubre de 1970.

ción de delito conforme a lo que establece el Código en cuestión.

Artículo 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato de su propio actuar precedente.

El delito es:

- I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se ha realizado todos sus elementos constitutivos;
- II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y
- III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Artículo 8. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Artículo 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

Sobre este último párrafo, es preciso mencionar que estos delitos no intencionales o culposos se dan cuando el agente no desea el resultado delictivo pero éste se presenta por imprudencia, negligencia, descuido o torpeza, tal es el caso de la responsabilidad médica, así como el de la responsabilidad de otros profesionistas.

Ahora bien por cuerpo del delito se entiende "la materialidad del ilícito. Es en sí la comprobación física del delito, cuando se ha confirmado la existencia de la figura delictiva, mediante la seguridad de que se encuentran presentes todos los elementos básicos y substanciales del ilícito."⁽¹⁵⁴⁾ Mientras que por tipo penal entendemos que se integra por la

⁽¹⁵⁴⁾ López Betancour, Eduardo, Derecho Positivo Mexicano, Trillas, México, 1992, 275.

breve descripción de la conducta y el resultado material de la misma, porque atrás de cada tipo penal se encuentra un bien jurídico tutelado.

Por sujeto activo debe entenderse; aquella persona física que realiza la conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Es de señalar que algunos autores suelen clasificar al sujeto activo con relación a su calidad y así tenemos que:

Sujeto activo puede ser cualquiera y entonces estamos frente a un delito común o indiferente; pero en ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos. Esto quiere decir, que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el tipo, con relación a aquel que no tiene dicha calidad exigida.⁽¹⁵⁵⁾

En atención a esta clasificación de delitos propios o especiales resulta oportuno citar a modo de ejemplo lo previsto por la Ley Reglamentaria del artículo 5º. Constitucional, que en su artículo 61 establece: "Los delitos que cometan los profesionistas en el ejercicio de la profesión, serán castigados por las autoridades competentes con arreglo al Código Penal". Esto es, que para que se integre el cuerpo del delito se requiere necesariamente tener la calidad de profesionista y encontrarse en alguno de los supuestos jurídicos tipificados por la ley penal; cabe la aclaración efectuada con anterioridad toda vez que en materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos el Código Penal no establece al respecto disposición alguna sobre su tráfico; aunque a este término lo enuncia sobre otro particular punto de vista como es dentro del Título Séptimo Capítulo I, relativo a los delitos contra la salud y específicamente en la fracción primera del artículo 194. "Se impondrá prisión de diez a veinte años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I. Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud..."

Como es de observarse la palabra tráfico independientemente de la connotación que se le quiera dar, se refiere evidentemente a actos ilícitos sancionados por la ley penal, aunque este no es materia de análisis dentro de esta investigación, sirve para el efecto de ilustrar el término tráfico.

Dentro del Título Noveno Capítulo IX, Se establece el tráfico de influencia. Artículo 221. Comete el delito de tráfico de influencia:

I. El servidor público que por si o por interpósita persona promueva o gestione la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos ajenos a las responsabilidades inherentes a su empleo, cargo o comisión...

⁽¹⁵⁵⁾ Porte Petit Candaudap, Celestino, Op. Cit, Porrúa, México, 1962, 438.

En este artículo al igual que el anterior la palabra tráfico tiene otro sentido y sólo lo establezco para efecto de ilustrar la acepción que se le puede dar a dicha palabra.

Como es sabido hay ciertos delitos que no se establecen dentro del Código Penal, sino que están previstos dentro de otras leyes y este hecho les da el carácter de delitos especiales. Dentro del Código en cuestión no hay disposición relativa al tráfico de órganos y tejidos, sino que los encontramos previstos dentro de la Ley General de Salud en su Título Decimoctavo, Capítulo VI Delitos:

Artículo 459. Al que por cualquier medio pretenda sacar o saque del territorio nacional sangre humana, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa por el equivalente de cien a quinientos días de salario mínimo vigente en la zona económica de que se trate.

Si el responsable es un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, a la pena anterior se añadirá suspensión en el ejercicio de la profesión u oficios hasta por cuatro años.

Esta prohibición se hace con el fin de proteger la salud en general de toda la población mexicana, por el riesgo que ha implicado en la última década la transfusión sanguínea en el ámbito mundial por ser la fuente principal de transmisión del V.I.H.

Artículo 461. Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a ocho años y multa por el equivalente de diez a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si el responsable fuere un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, a la pena anterior se añadirá suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por cuatro años.

Sobre este artículo se debe recordar lo que establece el artículo 317 al respecto, pues dada la escasez de órganos que se tiene, esta no permite que se puedan sacar los órganos y tejidos del territorio nacional por ninguna vía, salvo en aquellos casos en que sea autorizado por la Secretaría de Salud.

Artículo 462. Se impondrá de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

- I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, y

Esto se hace para aquellos profesionales que no se encuentren debidamente autorizados por el Registro Nacional de Trasplantes, para realizar este tipo de actos en materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos, pues el fin es tener un control sobre aquellas instituciones que realizan tanto la extracción como la implantación de los órganos o tejidos. Y de esta manera evitar el tráfico ilegal de órganos y tejidos para trasplante.

- II. Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos, y

Sobre el desconocimiento del contenido de esta fracción algunos especialistas han opinado:

Aunque el tráfico de órganos de cadáveres resulta muy difícil de realizar ante la infraestructura y cirujanos especializados requeridos para efectuar un trasplante de este tipo, el comercio de éstos sí puede presentarse con donadores vivos y mientras la donación sé voluntaria, no hay delito que perseguir, acentuó el especialista Vicente Cardona Infante.⁽¹⁵⁶⁾

En la realidad se encuentra previsto por la norma jurídica este tipo de simulación, y por lo tanto si hay delito que perseguir, porque en este tema lo importante es donar pero sin pretender lucrar con el órgano o tejido, sino que apearse a los principios que rigen al trasplante, más no de transgredir la norma jurídica dolosamente. Además de que el comercio implica en trasplantes ir en contra del orden público, de las buenas costumbres y de la moral.(art. 327 L.G.S.)

Al respecto conviene recordar que el carácter extra comercial del cuerpo, se fundamenta en que sobre el mismo no se puede ejercer derechos privados de tipo patrimonial puesto que el cadáver es objeto de derecho privado, y cuyo contenido radica en la potestad de decidir la manera y forma de su destino último. En tal orden de ideas, los órganos, tejidos, partes y componentes del cuerpo humano nacen con él y con ellos le es posible al ser la realización de la vida; porque la persona y sus partes no son bienes, sino la persona misma. En el entendido de que el cuerpo es la expresión material de la persona, y no un mero bien de la misma.

- III. Al que trasplante un órgano o tejido sin atender las preferencias y el orden establecido en las listas de espera a que se refiere el artículo 336 de esta ley.

Esto es con la finalidad de que el especialista en materia de trasplantes sea imparcial y no tenga interés particular en determinados pacientes para

⁽¹⁵⁶⁾ López Veneces Patricia, El Sol de México, México, 14 de abril del 2000, 2B.

implantarles el órgano o tejido que necesitan en el menor tiempo posible, pues su máxima deberá ser siempre el dar un trato igual a todos los enfermos, y una forma de garantizar ese trato es a través de las listas de espera. Por razones de justicia, las personas deben ser igualadas en los recursos vitales a fin de que puedan realizar sus planes de vida. Los órganos y tejidos humanos deben ser considerados como recursos vitales al igual que los alimentos.

Como se puede observar de los preceptos antes citados en la gran mayoría de los casos, los agentes del delito son comunes o indiferentes, es decir, pueden ser autores cualesquiera individuos, inclusive ajenos a las profesiones de la salud, aunque por la naturaleza de los hechos resulta probable que intervengan personas relacionadas con aquéllas. Porque en realidad para realizar una sustracción de algún órgano o tejido necesariamente se requiere tener conocimientos previos, esto es conocer una técnica, por virtud de la cual se precisen diversos aspectos técnicos como son: hasta donde es viable un órgano, el tiempo en que se puede mantener en conservación, entre otros. Por este motivo resultaría imposible poder ejecutar dicha ablación, a un sujeto activo sin la calidad de médico o de auxiliar.

Cabe añadir al respecto que también en los preceptos antes citados suelen señalar el término responsabilidad, mismo que ha sido analizado en el segundo capítulo, pero en realidad se hace hincapié en relación con los profesionales porque es a estos a quienes la ley les atribuye deberes específicos en virtud de los conocimientos que poseen y de las delicadas actividades que realizan en el desempeño de sus funciones.

Por otro lado resulta importante destacar dentro del ámbito penal la importancia que reviste la llamada necropsia de ley en relación con la materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos, pues con ésta se suple el consentimiento tanto del donante como de sus familiares rompiéndose de esta forma con la regla general que rige a todo tipo de trasplante; porque la Ley General de Salud señala la competencia del Ministerio Público y de la autoridad judicial al establecer en su artículo 328 in fine; "Sólo en caso de que la pérdida de la vida del donante esté relacionado con la averiguación de un delito, se dará intervención al Ministerio Público y a la autoridad judicial, para la extracción de órganos y tejidos."

Con relación a la necropsia propiamente dicha, establece el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo siguiente:

Artículo 104. Cuando la muerte no se deba a un delito, y esto se comprobare en las primeras diligencias, no se practicará la autopsia y se entregará el cadáver a la persona que lo reclame. En todos los demás casos será indispensable este requisito, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 105. Cuando se trate de homicidio, además de la descripción que hará el que practique las diligencia, la harán también dos peritos que practicarán la autopsia del cadáver, expresando con

minuciosidad el estado que guarda y las causas que originaron la muerte. Sólo podrán dejarse de hacer la autopsia cuando el juez to acuerde, previo dictamen de los peritos médicos.

El Código Federal de Procedimientos Penales dispone al respecto:

Artículo 130. El Ministerio Público expedirá las órdenes para la autopsia e inhumación del cadáver y el levantamiento de las actas de defunción respectivas, cuando apareciere que la muerte fue posiblemente originada por algún delito y las diligencias de policía judicial no estuvieren en estado de consignarse desde luego, a los tribunales.

Si de las mismas diligencias apareciere claramente que la muerte no tuvo por origen un delito y, por lo mismo, no procediere ejercitar la acción penal, las ordenes para el levantamiento del acta de defunción y para la inhumación del cadáver, se darán por el Ministerio Público.

Artículo 171. Si se tratará de homicidio, además de otras diligencias que sean procedentes, se practicará la inspección del cadáver, describiéndose minuciosamente y se recabará el dictamen de los peritos médicos, quienes practicarán la autopsia y expresarán con minuciosidad el estado que guarde el cadáver y las causas que originaron la muerte. Si hubiere sido sepultado, se procederá a exhumarlo.

Solamente podrá dejarse de practicar la autopsia cuando tanto Ministerio Público, o el tribunal en su caso, estimen que no es necesaria.

Resulta evidente que la práctica de la necropsia no depende de la voluntad del donante en la mayor parte de los casos, pues ésta se realiza para determinar si la muerte ha sido provocada por acciones delictuosas; y no como lo da a entender el artículo 350 bis 2 de la Ley general de Salud y correlativamente su reglamento en materia de Control sanitario para la disposición de órganos y tejidos en su artículo 70. Pero invariablemente la importancia que reviste la necropsia es que a través de ella se puede obtener la materia prima, para efectuar los trasplantes de órganos y tejidos humanos, por la razón de que se suple totalmente el consentimiento de cualquiera que quisiera oponerse a la toma de órganos y tejidos humanos. Este paso, en otros términos traduce un significativo avance en la practica de los trasplantes pero aún falta mucho para obtener un mejor y mayor resultado.

Al respecto el artículo 19 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y cadáveres de seres humano, establece:

Artículo 19. El ministerio público podrá autorizar la disposición de órganos tejidos o productos de los cadáveres de 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 a que se refieren las fracciones I y V del artículo 31 de este reglamento...

Parece ser que con esta disposición queda más claro la función que tiene el Ministerio Público en relación con la obtención de órganos y tejidos provenientes de los cadáveres; pero cabe señalar que existe una limitante (Base sexta) para la obtención de los órganos tal como se puede observar en las Bases de Coordinación celebrado entre la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y la Secretaría de Salud de fecha 21/III/1989, y publicada el día 23/III/1989, y que a continuación se reproducen.

PRIMERA.- El presente documento tiene por objeto establecer la coordinación de las firmantes para los efectos del artículo 325 de la Ley General de Salud, relativa al ejercicio de las facultades legales y demás actividades correspondientes a la disposición de órganos y tejidos de los cadáveres.

SEGUNDA.- Las participantes reconocen que esta coordinación se aplicará únicamente en los casos de cadáveres que estén a disposición del Ministerio Público y respecto de los cuales esté legalmente indicada la necropsia.

TERCERA.- Las intervinientes reconocen para los efectos del artículo 462 de la Ley General de Salud, que la ilicitud en el obrar existe cuando el sujeto activo se conduce fuera de los términos y condiciones que establecen la citada ley; su reglamento en materia y la norma técnica 323, en cuanto a la disposición de órganos y tejidos de cadáveres de seres humanos, incluidos los de embriones y fetos.

CUARTA.- Sólo los establecimientos que prestan servicios de salud y autorizados por la SSA, podrán disponer de órganos y tejidos de cadáveres que estén a disposición del Ministerio Público, para lo cual presentarán a éste una solicitud que reúna los siguientes requisitos:

- I. La denominación y domicilio del establecimiento solicitante;
- II. El número y fecha de la licencia sanitaria del establecimiento;
- III. El lugar donde se encuentra el cadáver;
- IV. Nombre, en su caso, sexo y edad cierta o aproximada del sujeto en el momento del fallecimiento;
- V. La causa de muerte;
- VI. Los órganos y tejidos de los que se va a disponer;

- VII. El nombre del personal autorizado por el establecimiento para la toma de órganos y tejidos, y
- VIII. El nombre y firma del representante del establecimiento.

QUINTA.- La Procuraduría, a través de sus agentes del Ministerio Público verificará que la solicitud a que se refiere la base anterior esté debidamente requisita y de ser así, la autorizará agregándola a los autos de la averiguación previa de que se trate.

SEXTA.- No podrá realizarse la toma de órganos y tejidos que estén implicados en la causa del fallecimiento, o aquellos que sean indispensables para que la Procuraduría emita los dictámenes periciales que estime pertinentes, en cumplimiento de sus funciones.

SÉPTIMA.- La SSA, de ser necesario y a solicitud de la Procuraduría, proporcionará la asesoría que se requiera en materia.

OCTAVA.- La SSA denunciará todos aquellos hechos que violen la normativa en las disposiciones de órganos, tejidos y cadáveres, que puedan constituir delitos.

NOVENA.- Las siguientes reconocen que el trámite establecido en estas bases es el señalado por la Ley General de Salud, su reglamento en materia y la norma técnica 323.

DÉCIMA.- Las presentes bases tendrán una duración indefinida y podrán ser modificadas en cualquier tiempo.

DECIMAPRIMERA.- Los casos de interpretación y cumplimiento de este instrumento serán resueltos por una comisión paritaria integrada por los representantes que al efecto se designen las celebrantes.

Como se ha señalado el Código especificado no establece disposición alguna en materia de tráfico de órganos, sino que es la Ley General de Salud la que prevé cierta penalidad en el caso de que se efectúe alguna disposición de órganos contraria a lo que establece la ley o bien contra el orden público (art. 319).

Ahora bien el Código Penal dentro de sus tipos penales tiene protegido el derecho a la vida como un bien jurídico tutelado. Dicha protección se traduce en el hecho de que si bien es cierto que el hombre posee cierta libertad para con su cuerpo (integridad), como para con su vida, también lo es que tiene un derecho a la vida, más no sobre ella.

E) Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos:

En un Estado de derecho como el nuestro los titulares de los órganos del Estado o los sujetos que en un momento dado los personifican y realizan funciones enmarcadas dentro del ámbito de su competencia, no pueden, ni deben actuar en forma arbitraria o bien contraria a derecho; razón por la cual el legislador como una forma adicional para garantizar al gobernado la

seguridad jurídica de la cual goza crea los instrumentos idóneos y necesarios para que ningún funcionario público actúe en beneficio personal, esto es, anteponiendo sus intereses particulares al interés público social o nacional.

Evidentemente que dentro de la Ley Reglamentaria del Título Cuarto constitucional no se encuentra disposición alguna sobre la materia de trasplantes de órganos; pero lo cierto es que aquí me voy a referir a los profesionales que se ha mencionado en párrafos anteriores (médicos y abogados), y que pueden desempeñar cargos dentro de la administración pública tal como lo enuncia el artículo 108 constitucional:

Se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y, en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones...

Para ponderar el alcance de este precepto, es necesario considerar que dentro de la administración pública centralizada figuran los servicios médicos a cargo de la Secretaría de Salud; así como los que tiene atribuidos el Distrito Federal.

Por lo tanto es importante señalar que un funcionario puede incurrir en responsabilidad administrativa cuando contravenga alguno de los principios establecidos dentro del artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos y que regulan dichos servicios el cual establece:

Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, y cuyo incumplimiento dará lugar al procedimiento y a las sanciones que correspondan, sin perjuicio de sus derechos laborales, así como de las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas.

I. Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

El requisito de cumplir con la máxima diligencia, tiene una fundamentación axiológica, ya establecida en la Constitución y reiterada dentro de esta fracción, pues no se puede alcanzar eficiencia plena si no se cumplen las actividades con diligencia; ya que de lo contrario se ejecutarían actos u omisiones que impliquen abuso o ejercicio indebido del empleo,

cargo o comisión lo cual originaria caer en supuestos jurídicos previstos por otros ordenamientos que no necesariamente son de carácter administrativo. Como es el caso de las listas de espera en donde el médico tiene la responsabilidad de respetar el orden en que se van prescribiendo a los pacientes destinados al trasplante como única solución para corregir su padecimiento. Así como el efectuar exhaustivamente los estudios clínicos previos para determinar la histocompatibilidad de los pacientes.

II. Formar y ejecutar legalmente, en su caso, los planes o programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y otras normas que determinen el manejo de recursos económicos públicos;

De esta función deriva el ejercicio presupuestal. Toda actividad no sólo en el sector público, sino en el privado se desarrolla previa planeación, programación y presupuestación porque contrario sensu se originaría un mal manejo de los recursos económicos llámense fondos o valores. Sobre esta fracción y en relación con la materia del trasplante es conveniente citar lo siguiente:

Además de ser en algunos casos la única esperanza de vida, en todos ellos el trasplante es una alternativa menos costosa, y ofrece una muy superior calidad de vida que los tratamientos alternativos. Se sabe también que por cada millón de habitantes, 100 caerán en insuficiencia renal al año, actualmente las instituciones de salud, uno de los principales rubros presupuestales en insumos son para los procedimientos dialíticos, un ejemplo lo da el ISSSTE, cuyo costo total de atención en 1998 fue de 115.5 millones de pesos y en 1999 fue de 158.3 millones de pesos y se estima que para el año 2000 sea de 267.0 millones de pesos.

Como se puede ver en dos años se incrementó 231.17%, de seguir está dinámica, en muy poco tiempo se tendrá un déficit presupuestario demasiado peligroso, que va impedir cualquier tipo de atención médica a estos pacientes. Afirmó el director del Registro Nacional de Trasplantes.⁽¹⁵⁷⁾

III. Utilizar los recursos que tengan asignados para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, las facultades que le sean atribuidas o la información reservada a que tenga acceso por su función exclusivamente para los fines a que están afectos;

Dentro de esta tercera fracción, como en la totalidad de las labores del servidor público, juegan un papel importante los manuales de procedimientos elaborados por las dependencias del sector público. Dichos documentos detallan clara y acuciosamente las funciones de cada

⁽¹⁵⁷⁾ Terán Ortiz, Luis Angel "Entrevista", México, Distrito Federal, 11 de julio del 2000.

departamento, oficina etc. Por lo tanto para verificar si se cumple o no con el empleo, cargo o comisión conferido, basta con revisar los manuales y demás documentos complementarios requeridos para el ejercicio de las funciones encomendadas.

IV. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, se conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, impidiendo o evitando el uso, la sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidas de aquéllas;

Cabe destacar la importancia que reviste la documentación oficial y la información en ella contenida, tanto más cuanto que forma parte del patrimonio nacional y constituye una fuente a la que se puede recurrir para efectos estadísticos, jurídicos o pedagógicos entre otros. Y dentro del tema de los trasplantes de órganos reviste especial importancia, toda vez que debe ser protegido en anonimato tanto el origen del trasplante como el fin que tuvo dicho órgano para evitar que se provoque algún acto que sea contrario al orden público o a las buenas costumbres.

V. Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de éste;

Con relación a lo antes transcrito se puede apreciar que esta obligación se encuentra prevista en otros ordenamientos jurídicos como: (Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado y en el Código Penal), porque de no cumplirse se tipificaría en el delito de abuso de autoridad.

VIII. Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que presten sus servicios, las dudas fundadas que le suscita la procedencia de las ordenes que reciba;

Está fracción supone la honradez del trabajador y la posibilidad, de que enterado del incumplimiento a las disposiciones legales él mismo lo haga del conocimiento del titular; o bien comunique las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las órdenes que recibe.

IX. Abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión después de concluido el periodo para el cual se le designó o de haber cesado, por cualquier otra causa, en el ejercicio de sus funciones;

Hacer lo contrario a lo que preceptúa esta fracción configuraría un ilícito que esta plenamente tipificado por el Código Penal para el Distrito Federal como el ejercicio indebido del servicio público.

XIII. Excusarse de intervenir en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, por afinidad o civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte;

La presente disposición pretende impedir la parcialidad del servidor público o bien que con su intervención se pudiera derivar beneficios de tipo económico para él, es decir, siempre que obre alguna de las circunstancias asentadas en el precepto deberá excusarse.

XVI. Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XIII;

En este supuesto se sanciona el hecho de desempeñar el empleo, cargo o comisión, pretendiendo obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones que el Estado le otorgue. (Que obtenga ilícitamente órganos o tejidos para comerciar con ellos, o bien permitir que se ejecuten actos de donación simulada, o que no respete el orden prelativo de las listas de espera por tener especial interés en beneficiar a algún paciente) Es por ello que el legislador también establece en materia de trasplante de órganos y tejidos la gratuidad como uno de los principios rectores que rigen a los trasplantes para no fomentar la corrupción o la comercialización de los órganos y tejidos humanos; actos que de antemano son contrarios al espíritu de la propia ley de la materia. Y de la solidaridad humana.

XXII. Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público;

Aparentemente esta prevención sobra, pues es obvio que la infracción a otras disposiciones también será sancionable por éstas; sin embargo la enumeración que hace el artículo en cuestión, pudiera considerarse limitativa y en un caso concreto se alegraría, que una sanción aunque la prevea otra disposición, no es aplicable por el hecho de no aparecer en el artículo 47 del citado ordenamiento jurídico.

XXIV. Las demás que le impongan las leyes y reglamentos.

Cuando el planteamiento que formule el servidor público a su superior jerárquico deba ser comunicado a la Secretaría de la Contraloría General,

el superior procederá a hacerlo sin demora, bajo su estricta responsabilidad, poniendo el trámite en conocimiento del subalterno superior jerárquico omite la comunicación a la Secretaría de la Contraloría General, el subalterno podrá practicarla directamente informando a su superior acerca de este acto.

Como se puede apreciar solamente se transcribieron las fracciones que tienen cierta relación tanto con el tema que se investiga como con las funciones que debe realizar los servidores públicos ya sea como funcionarios del sector salud o bien como administradores de la justicia. El artículo 48 de este mismo ordenamiento establece:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por Secretaría a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

Para los mismos efectos se entenderá por superior jerárquico al titular de la dependencia y, en el caso de las entidades, al coordinador del sector correspondiente, el cual aplicará las sanciones cuya imposición se le atribuya a través de la contraloría interna de su dependencia.

De las ideas anteriores cabe destacar que bajo la denominación genérica de servidor público, se engloba absolutamente a todos los trabajadores, empleados y funcionarios de la administración pública y por consecuencia todos son, sin distinción sujetos del presente ordenamiento tal es el caso que en su artículo 53 establece: las sanciones por faltas administrativas:

- I. Apercibimiento privado o público;
- II. Amonestación privada o pública;
- III. Suspensión;
- IV. Destitución del puesto;
- V. Sanción económica, y
- VI. Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

Sobre este precepto interesa resaltar que se debe tomar en cuenta la gravedad de la falta para determinar el tipo de sanción y procedimiento que se va a seguir así como la ley que regulará a éste, tal como se desprende del artículo 4° del ordenamiento en cuestión:

Cuando los actos u omisiones materia de las acusaciones queden comprendidas en más de uno de los casos sujetos a sanción y previstos en el artículo 109 constitucional, los procedimientos respectivos se desarrollarán en forma autónoma e independiente según la naturaleza y por la vía procesal que corresponda, debiendo las autoridades a que alude el artículo anterior turnar las denuncias a quien deba conocer de ellas. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta, sanciones de la misma naturaleza.

Y en su artículo 54 establece las sanciones administrativas tomando en cuenta los siguientes elementos:

- I. La gravedad de la responsabilidad en que se incurra y la conveniencia de suprimir prácticas que infrinjan, en cualquier forma, las disposiciones de esta Ley o las que se dicte con base en ella;
- II. Las circunstancias socioeconómicas del servidor público;
- III. El nivel jerárquico, los antecedentes y las condiciones del infractor;
- IV. Las condiciones exteriores y los medios de ejecución;
- V. La antigüedad del servicio;
- VI. La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones, y
- VII. El monto del beneficio, daño o perjuicio económico derivado del incumplimiento de obligaciones.

Correlativamente como una forma de ilustrar al profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud como servidor público tenemos lo que preceptúa el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. "El propietario y el médico responsable de los bancos de órganos y tejidos y de los de sangre y plasma, así como de los servicios de transfusión tendrán, mancomunadamente, la responsabilidad civil y administrativa de las actividades que se desarrollen en dichos establecimientos".

Es importante señalar que el objetivo primordial de este ordenamiento jurídico, es buscar que los actos que llegue a aplicar la autoridad al gobernado sean apegados a derecho; por otro lado busca así mismo integrar la administración pública con servidores públicos que cumplan con los principios establecidos por el artículo 47 y demás relativos de la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos de tal forma que denoten una integridad moral plena para poder así alcanzar la eficiencia que requiere el ejercicio del servicio que le ha sido conferido en función de su capacidad y así obtener los logros que se persiguen dentro de una proba administración.

F) Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos:

El apartado "B", de la ley reglamentaria del artículo 102 constitucional tiene como finalidad esencial proteger los derechos humanos de las personas ante cualquier arbitrariedad que sufran, o ante cualquier deterioro de su esfera jurídica ocasionado por algún funcionario arbitrario, prepotente e infalible, que no haya respetado las garantías del debido proceso legal al que se le esté sujetando.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos o conocida también como el ombudsman mexicano tiene como primordial función la de hacer valer los derechos inherentes, inalienables e imprescriptibles de los

gobernados por el sólo hecho de tener la calidad de seres humanos, independientemente de su raza, religión, sexo, así como de la posición partidista e ideológica que este demuestre.

Este reconocimiento que hace el Estado sobre el ejercicio y protección de los derechos humanos pretende satisfacer una serie de exigencias que se consideran necesarias para el desarrollo de la vida digna; mismos que se encuentran garantizados por la Constitución o la ley, pero la idea de los derechos humanos no implica una interminable tabla de derechos sin control en su reconocimiento, sino que se refiere solamente a los derechos más esenciales e importantes con relación al pleno desarrollo de la dignidad humana. Es por ello que en el presente ordenamiento señalare algunos aspectos que tienen que ver con las funciones conferidas a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos enfocándolos con el tema que es materia de esta investigación.

Al igual que sucedió en la ley anteriormente estudiada, puede afirmarse que dentro de esta ley no se comprende el tema de tráfico de órganos y plasma humano que viene a ser la esencia de la presente investigación no obstante lo anterior se aborda su estudio porque como dentro de las instituciones de la administración pública, se encuentran médicos y abogados entre otros profesionales y estos deben de aspirar primordialmente a los altos principios éticos que conforman la existencia y el buen funcionamiento de cualquier organismo público como prestadores de un servicio público, su conducta es susceptible de adecuarse dentro de los supuestos jurídicos previstos en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Este ordenamiento en su artículo 2° establece entre otras cosas la personalidad jurídica con que cuenta la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; así como su objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los Derechos Humanos previstos por el ordenamiento jurídico mexicano; en su artículo 3° establece el ámbito de competencia de dicha Comisión, misma que comprende todo el territorio nacional para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los Derechos Humanos cuando estas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción del Poder Judicial de la Federación. En su artículo 6° se menciona las atribuciones de la mencionada Comisión dentro de las que destacan:

- I. Recibir quejas de presuntas violaciones a Derechos Humanos.
- II. Conocer e investigar a petición de parte o de oficio, presuntas violaciones de los Derechos Humanos.
- III. Formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.
- IV. Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita.

- V. Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los Derechos Humanos en el ámbito nacional e internacional.
- VI. Supervisar el respeto a los Derechos Humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país.

En su artículo 7° se pueden observar los casos de incompetencia que tiene la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como son:

- I. Actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales.
- II. Resoluciones de carácter jurisdiccional.
- III. Conflictos de carácter laboral, y
- IV. Consultas formuladas por autoridades, particulares u otras entidades.

Dentro de su artículo 25 se preceptúa que cualquier persona podrá denunciar presuntas violaciones a los Derechos Humanos y acudir ante las oficinas de la Comisión Nacional, así como también los parientes de aquellos que se encuentre privados de su libertad; o bien aquellas organizaciones no gubernamentales legalmente constituidas.

Con el fin de otorgar el servicio de una forma eficiente veraz y oportuna la Comisión Nacional conforme al artículo 27 de su propio ordenamiento permite que las quejas se pueden efectuar por cualquier medio de comunicación electrónica, previa ratificación de la misma dentro de los tres días siguientes a su formulación. En su artículo 32 indica que la formulación de quejas y denuncias, así como las resoluciones y recomendaciones que emita la Comisión Nacional, no afectarán el ejercicio de otros derechos y medio de defensa que puedan tener legítimamente los afectados conforme a las leyes; como tampoco suspenderán los plazos de preclusión, prescripción o caducidad.

Dentro de su artículo 44 se señala el tipo de resoluciones que puede emitir la Comisión Nacional, previa elaboración del proyecto o de recomendación o bien un acuerdo de no responsabilidad, dentro de los cuales se analizarán todos y cada uno de los hechos, los argumentos de pruebas, así como los elementos de convicción y de las diligencias efectuadas para determinar si efectivamente las autoridades o servidores han violado o no los Derechos Humanos de los afectados. En su artículo 46 indica el carácter que revisten las recomendaciones que emita la Comisión Nacional como es pública y autónoma, no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público. Una vez que haya sido recibida la recomendación por la autoridad de que se trate, ésta informará dentro de quince días hábiles a su notificación la aceptación de dicha recomendación y dentro de un término igual ésta deberá presentar las pruebas correspondientes a la Comisión Nacional de que ha cumplido con la recomendación que le fue emitida.

En contra de las recomendaciones, acuerdos o resoluciones definitivas que emita la Comisión Nacional, no procederá ningún recurso (artículo 47 del ordenamiento en cuestión). Y en su artículo 70 preceptúa que las

autoridades y los servidores públicos serán responsables penal y administrativamente por los actos u omisiones en que incurran durante y con motivo de la tramitación de quejas e inconformidades ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

La Ley en comento no prevé alguna definición sobre los derechos humanos, sin embargo el reglamento de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su artículo 6°. Señala se entiende que los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo, son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México.

Puede afirmarse que se trata indiscutiblemente de derechos que tienen un alto contenido social que procura mejores condiciones de vida para la satisfacción de las necesidades y prestación de servicios en beneficio del individuo en comunidad, que se agrupa o se asocia para la defensa de sus derechos más elementales, mismos que se encuentran garantizados por nuestro máximo ordenamiento jurídico, dentro de un marco de legalidad, igualdad, equidad y justicia social plena, con la finalidad de obtener un alto nivel de vida humanamente digna.

G) Ley del Seguro Social y su Reglamento:

Dentro de los presentes ordenamientos en relación al tema de investigación no se señala disposición alguna que verse sobre trasplantes de órganos; por lo que se entiende que se deben aplicar las disposiciones que establecen la Ley General de Salud y su Reglamento en materia de Trasplantes de Órganos Humanos, así como a su vez lo previsto por la norma técnica 323 que viene a aclarar él porque las instituciones de salud tanto públicas, sociales como privadas se supeditan a dichos ordenamientos; y al respecto citare algunos de los artículos de la norma técnica 323 a fin de ilustrar la forma en que deben efectuarse los trasplantes de órganos dentro del seguro social, como también dentro de cualquier otra institución de salud.

Artículo 1°.- Esta norma técnica tiene por objeto uniformar la actitud y los criterios de operación de los integrantes del Sistema Nacional de Salud, en relación con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, con excepción de la sangre y sus componentes.

Es de observarse que lo primordial de este ordenamiento es uniformar los tres niveles de servicios de salud mediante la coordinación de criterios para establecer las condiciones sobre las que ha de regirse la disposición de órganos para trasplante.

Sobre el comentario anterior conviene mencionar que los médicos especialistas mexicanos compiten satisfactoriamente en calidad con los

mejores del mundo. Y la Secretaría de Salud a través del Registro Nacional de Trasplantes elabora la normatividad, con la colaboración de las autoridades judiciales, para crear los instrumentos que faciliten el trasplante.

Artículo 2°.- Esta norma técnica es de observancia obligatoria en todas las unidades de salud y en su caso las administrativas, de los sectores público, social y privado del país.

En la disposición mencionada se indica claramente la obligatoriedad que rige en la aplicación de los principios establecidos en este ordenamiento jurídico. Así como la competencia de los organismos que se crean.

Nuestro país cuenta con 178 centros hospitalarios, tanto del sector público como del privado para realizar trasplantes y los cuales deben supeditarse a lo que establece la Ley General de Salud y al ordenamiento en cuestión. Cabe destacar que el Instituto Mexicano del Seguro Social ocupa el primer lugar en los trasplantes renales 52.12% en el ámbito nacional y en segundo lugar se encuentra la Secretaría de Salud 23.65%, en tercer lugar los hospitales privados con el 10.92% y en cuarto lugar está el ISSSTE con el 7.95%.

También dentro de dicha norma técnica se dispone la constitución y funcionamiento de los bancos de órganos y tejidos. En su artículo 23 señala: Bancos son los establecimientos autorizados por la Secretaría que tengan como finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos, con excepción de la sangre, su preservación y suministro con fines terapéuticos.

En este precepto se sientan las bases para la existencia de los establecimientos autorizados por la Secretaría de Salud denominados Bancos de Órganos los cuales tendrán la función esencial de conservar, distribuir y almacenar los órganos y tejidos, que tengan designada para su funcionamiento y operación. Además estos organismos tendrán que mantener una constante comunicación tanto con el Registro Nacional de Trasplantes como con las demás instituciones de salud legítimamente autorizados.

Artículo 24.- Para obtener la autorización correspondiente, los Bancos deberán presentar solicitud en formato que proporcione la Secretaría y cumplir con los requisitos siguientes:

- I.- Permiso expedido por la Secretaría al médico responsable;
- II.- Presentar, en su caso, convenio con uno o varios establecimientos de salud a los que suministre órganos y tejidos;
- III.- Contar con personal adiestrado en el manejo de órganos y tejidos con fines terapéuticos, y
- IV.- Contar con infraestructura en las áreas siguientes:

- A) Recepción y entrega,
- B) Preparación,

- C) Conservación,
- D) Informática,
- E) Administrativa, y
- F) Instalaciones sanitarias.

En su artículo 26, se establecen los requisitos para obtener el permiso a que se refiere la fracción primera del artículo 24 de esta norma técnica.

Artículo 26.- Para obtener el permiso a que se refiere la fracción I del artículo 24 de esta norma técnica, el interesado deberá presentar solicitud en el formato que proporciona la Secretaría y cumplir los requisitos siguientes:

- I. Título de médico cirujano registrado ante la Autoridad Educativa competente, y
- II. Experiencia en la obtención y conservación de órganos y tejidos de que se trate, de acuerdo con la opinión del Registro.

Los numerales antes citados son de especial importancia ya que como se puede observar señalan los requisitos tanto de fondo como de forma que deben tener las instituciones de salud para ser facultados y poder ejercer las funciones de un Banco de Órganos; requisitos que sin su debido cumplimiento desechan la solicitud hasta su debida integración.

Ahora bien sobre los establecimientos que efectúan actos relativos a la disposición de órganos y tejidos, la propia norma técnica establece lo siguiente en el artículo 28.- Los Establecimientos de Salud que realicen actos de disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, deberán contar con licencia sanitaria expedida para tal efecto por la Secretaría. (apéndice 2).

Del numeral en cuestión se deduce que no solamente se requiere la autorización del Ministerio Público para la disposición de órganos y tejidos de las personas que están sujetos a dicha institución, sino que además se debe contar con licencia sanitaria donde se autorice a determinada institución de salud a ejecutar actos de disposición de órganos y tejidos humanos.

Artículo 29.- Para obtener la licencia sanitaria a la que se refiere el artículo anterior, los Establecimientos de salud deberán presentar solicitud en el formato proporcionado por la Secretaría y cumplir con los requisitos siguientes:

- I. Licencia sanitaria del establecimiento;
- II. Permiso expedido por la secretaría al médico responsable de los trasplantes;
- III. Contar con un Comité;

- IV. Contar con médicos adiestrados en el trasplante de órganos y tejidos;
- V. Contar con enfermeras adiestradas en el manejo de los pacientes con trasplantes de órganos y tejidos;
- VI. Contar con personal de trabajo social, y
- VII. Contar con la infraestructura siguiente:
 - A) Para trasplante de órganos y tejidos con excepción del ojo (córnea y esclerótica):

- Laboratorio de patología clínica,
- Laboratorio de anatomía patológica,
- Acceso a un laboratorio de histocompatibilidad,
- Gabinete de radiología,
- Acceso en su caso, a un gabinete de medicina nuclear,
- Acceso en su caso, a un departamento de hemodinámica,
- Quirófano,
- Equipo, instrumental y material necesarios para el trasplante,
- Banco de sangre, y
- Unidad de terapia intensiva.

- B) Para trasplante de ojo (córnea y esclerótica):

- Servicio de oftalmología,
- Acceso a un laboratorio de anatomía patológica,
- Quirófano, y
- Equipo, instrumental y material necesario para el trasplante.

La estipulación anterior, señala los requisitos que deben de cumplimentarse al momento de entregar la solicitud de licencia sanitaria. Pero otro punto que es muy importante resaltar dentro de este artículo es que se debe de tener una infraestructura muy sofisticada para poder ser autorizado por el Registro Nacional de Trasplantes y realizar funciones ya sea de extracción o de implantación de órganos y tejidos; esta viene a ser una causa esencial por la cual no a cualquier hospital se le autoriza realizar dichos actos aún cuando cuente con el personal médico y sus auxiliares capacitados.

Artículo 30. El Comité es un grupo profesional aprobado por la Secretaría con sede en el Establecimiento de Salud que realiza actos de disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos y está constituido de la manera siguiente:

- I. El director o responsable del establecimiento;

- II. El médico responsable de los trasplantes en el establecimiento;
- III. El responsable del Banco, en su caso;
- IV. Uno o varios cirujanos que realicen trasplantes en el establecimiento;
- V. El jefe de la unidad de cuidados intensivos, en su caso;
- VI. Un inmunólogo, en su caso;
- VII. Un patólogo;
- VIII. Uno o varios médicos de las especialidades en que se llevan a cabo trasplantes en el establecimiento;
- IX. Un psiquiatra o psicólogo, y
- X. Una trabajadora social.

Esta disposición señala la función del Comité, ya que es el único órgano creado y facultado para efectuar los actos de disposición de órganos y tejidos humanos. Este Comité estará dentro de las instituciones de salud que conforme al Sistema Nacional de Salud, se encuentran debidamente autorizados por la Secretaría de Salud para ejecutar dichos actos.

La propia norma en cuestión establece también las funciones que tiene este comité de Trasplantes, en su artículo 31; y que son:

- I. Verificar que los trasplantes se lleven a cabo de acuerdo con los ordenamientos legales y la ética médica;

Esto se refiere a que no se realicen actos que sean contrarios a la moral, al orden público y a las buenas costumbres; como es el caso de que se pretenda lucrar con los órganos y tejidos donados o bien que se tenga la intención de realizar una donación simulada para obtener un beneficio preponderantemente económico. Esta verificación la realizará a través de la hoja de informe que se presenta periódicamente. (apéndice 3)

- II. Seleccionar a los disponentes originarios que otorgan sus órganos y tejidos en vida y emitir el dictamen médico sobre su estado de salud.

En el dictamen se debe analizar que no se trate ni de órganos únicos, imprescindibles, o de material no regenerable; así como el no poner al donante en igual o mayor peligro que el que enfrenta el receptor necesitado, o se le incapacite por causa de remoción.

- III. Sancionar la selección de los receptores;

Cuando el donante sea un sujeto capaz, mayor de edad y esté conscientemente informado de todas las situaciones y riesgos que su disposición implica.

- IV. Informar al disponente originario que otorga sus órganos y tejidos en vida y al receptor, sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano o tejido, así como de las probabilidades de éxito del trasplante;

Además de lo previsto por esta fracción debe señalarse que la información se proporcionara en un lenguaje claro y sencillo adecuándolo al nivel social, económico y cultural de cada persona para poder obtener un consentimiento más razonado.

- V. Elaborar la lista de pacientes en espera de trasplantes;

Estas listas son de especial importancia pues a través de ellas, se garantiza el orden prelativo de los pacientes para que el médico no vaya a preferir a otro paciente por situaciones meramente particulares ya que transgredir esta fracción implica ser acreedor de una sanción (art. 421 L.G.S.).

- VI. Sancionar los proyectos de trabajo que se presenten al establecimiento para llevar a cabo trasplantes;

Esta aprobación de proyectos de trabajo para trasplantes se hace con la finalidad de estandarizar los criterios médicos para alcanzar la calidad necesaria y poder competir internacionalmente con otros destacados de la medicina.

- VII. Conocer la evolución de los receptores;

Se hace con la intención de tener un control para que el paciente continúe con el tratamiento adecuadamente y para realizar sus estadísticas de sobrevivencia por órgano trasplantado.

- VIII. Evaluar periódicamente los resultados de los proyectos de trabajo en relación con los trasplantes, y

La evaluación a que se refiere la fracción anterior es para ver si efectivamente los proyectos están respondiendo a la obtención e implantación de órganos y tejidos, y sobre todo a las probabilidades de éxito de los trasplantes y a la reducción del grado de rechazo del sistema inmunológico.

Otro aspecto que hay que tomar en cuenta es que por la falta de una cultura sobre el trasplante y la donación del mismo y el hermetismo que generan los reportajes que efectúan los medios de comunicación de aquellos ignorantes del beneficio que implica el trasplante y la nueva función social que representa el cadáver en la actualidad, hoy en día los

programas para donación altruista de órganos y tejidos resultan poco eficaces.

IX. Promover la actualización del personal que realiza trasplantes.

La actualización tiene por objeto poner al especialista dentro de la vanguardia de la ciencia médica, así como de las nuevas técnicas de trasplante para alcanzar el éxito deseado en esta materia.

Es de observarse que por razones obvias es la Secretaría de Salud la que se encuentra facultada, para el control, manejo, distribución, conservación de los trasplantes de órganos y tejidos humanos de todo el sector salud nacional, (art. 3°. Ley General de Salud), por conducto del Registro Nacional de Trasplantes y por el Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea, aunándose al primero la previa autorización de Ministerio Público.

Propuestas:

Una vez que se han analizado la totalidad de los puntos que se desglosaron para llevar a cabo la investigación en materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos, cabe reflexionar que existe una interrelación en el quehacer jurídico de las disciplinas, médicas y jurídicas pues mientras el razonamiento médico tiene por objeto la comprensión del paciente, en tanto enfermo, el jurídico se retroalimenta, esencialmente en razón del criterio de justicia y legitimidad del acto biomédico. En otro sentido también la medicina plantea e interpreta diversos valores que a la luz del derecho tienen por objeto establecer reglas de convivencia y éste en última instancia, es el quehacer jurídico. Y ello es así porque hay una incidencia conjunta de las dos profesiones sobre el ser humano; directamente unas veces e indirectamente otras, ya que la persona necesita protección y cuidado ante una misma contingencia tanto por parte del derecho como por parte de la medicina.

Es por ello que propongo un Código Ético, que regule la conducta de todo profesional con base al cumplimiento del deber de servir, de tal manera que dignifique el ejercicio tanto de la profesión que ejerza como de las funciones se le designen; para no honorificar el privilegio de ser un distinguido servidor de la administración pública, por el contrario que fomente la creación de una conciencia plena de servir con vocación y honestidad a los altos fines que les ha conferido la sociedad; para que cuando a ésta le toque juzgar a sus funcionarios no lo sea por los dichos, sino por los hechos, ya que estos predicarán con el ejemplo su incorruptibilidad.

Invariablemente que un Código Ético funciona como una autoridad moral que reglamenta rígidamente las obligaciones de las personas encausadas a la prestación de sus conocimientos en pro del beneficio que se establezca como base del ejercicio profesional. Mientras que el Código Moral

establecerá el conjunto de normas que definen las obligaciones éticas entre la persona que desarrollen determinada profesión.

Lo cierto es que por regla general los Códigos Éticos, se conforman esencialmente por dos partes la primera es la relativa a la deontología, la cual se ocupa de determinar el cumplimiento de las reglas (deber); y la segunda se refiere a la parte teleológica misma que se encargará de determinar las aspiraciones de las personas y los objetivos hacia los cuales debe tender la conducta, es decir, de identificar el grado de bondad o de maldad de las acciones (fines).

En resumen se puede determinar que un Código Ético debe ser dinámico para que no deje de tener vigencia, sino que por el contrario permita su actualización para que vaya a la par con el potencial desarrollo de las personas y de la ciencia; porque la modernidad transforma el Código Moral, al momento de introducir nuevos elementos de racionalidad, como respuesta inmediata al avance social que se está viviendo.

1) La creación de un Código Ético en el ámbito del servidor público:

Esta proposición es en razón de que todo profesional que se involucre en la materia de trasplantes de órganos y tejidos humanos tenga en su conciencia que su deber está proyectado a servir de una forma íntegra, eficaz y desinteresada. Sin la intención de vulnerar la ley para obtener beneficios particulares de cualquier índole.

Con este código se busca la homogeneidad de criterios médicos, como también la unificación de las funciones de las autoridades como administradores de la justicia, pues en la realidad el Ministerio Público en la mayoría de las ocasiones no autoriza la toma de órganos y tejidos para trasplante por la razón de evitarse problemas legales, bien con la Contraloría Interna o con los familiares del fallecido si los hubiera. Cuando la ley es la que faculta a esta institución para que autorice la toma de dichos órganos y tejidos al personal médico autorizado, tan es así que en el Distrito Federal hay un acuerdo celebrado entre la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Por otro lado el problema que se enfrenta es que los médicos ajenos al trasplante son los primeros en oponerse a la donación por el desconocimiento del beneficio que implica o bien conociéndolo no lo aceptan.

A continuación enunciaré algunos de los términos que se deben tomar en cuenta dentro del Código Ético:

I. Disposiciones Generales:

1°.- Las disposiciones del presente ordenamiento son de observancia obligatoria para todo aquel servidor que preste sus servicios dentro de la administración pública.

2°.- Tiene por objeto regular la actitud y los criterios de conducta del servidor público para el cumplimiento de sus funciones:

- a) Cumplir con máxima diligencia el servicio que se le ha conferido, absteniéndose de ejecutar u omitir cualquier acto que sea moralmente reprochable.

Este inciso en la materia de trasplantes de órganos y tejidos es importante, pues tanto el médico debe actuar con la máxima diligencia al momento de realizar los estudios clínicos al paciente enfermo como al donador, en cambio por parte de la autoridad del Ministerio Público este deberá realizar sus actuaciones también con diligencia, pero además con celeridad para girar el oficio donde autoriza la toma de órganos y tejidos pues en ésta materia la vida juega un papel muy importante por lo tanto no es recomendable, la demora ya que el éxito cada vez será menor en trasplante. Por el deterioro natural que implica un cuerpo cadavérico.

- b) Fomentar la protección y el acrecentamiento de los valores en beneficio de la sociedad.

Fomentar la protección implica estar comprometido en la defensa de los derechos humanos, los cuales son imprescriptibles e inalienables.

El acrecentamiento de los valores implica una correlación entre todos los individuos que conforman una sociedad determinada y que sólo a través de los lazos de solidaridad social se pueden emprender grandes acciones a favor de la vida, de la salud y de la dignidad. Porque la donación de órganos para trasplante viene a ser la expresión material de la generosidad humana.

En una sociedad tan cambiante es necesario la conservación de los valores, para que esta no se deteriore y se desarrolle en una cultura de dar y recibir.

- c) Actuar siempre con buena conducta y mantener el respeto dentro de las relaciones que con motivo de su servicio se presenten.

La conducta como forma de exteriorizar nuestro sentir o nuestro querer, conviene siempre mantener un autocontrol para no vulnerar preceptos jurídicos que sancionan nuestras acciones u omisiones.

- d) Delimitar con entera imparcialidad, honradez y rectitud todos los planes y proyectos de trabajo, y

La descripción que hace este inciso implica que todo servidor público realice sus funciones con apego a los principios ético-jurídicos para el buen desempeño de éstas, pues en él sea conferido una actividad que la sociedad dignifica cuando se es honesto o bien se conduce cuando este es un funcionario corrupto.

e) Establecer en todo momento la prudencia, más aun dentro de cualquier situación por insignificante que parezca.

Todo funcionario debe de emitir sus juicios en forma razonada sin llegar a la arbitrariedad pues la moderación viene a ser la virtud que todo servidor debe de poseer.

II. Deberes del servidor para con el usuario del servicio público:

1.- El servidor siempre debe tener en mente la importancia de actuar con benevolencia, en razón de la confianza que la misma sociedad le ha depositado.

El deber de servir implica estar satisfecho con el servicio que se desempeña pues este debe tener calidad, eficiencia y eficacia.

2.- El servidor siempre debe actuar con lealtad y apegado a sus conocimientos se comprometerá cabalmente a prestar el servicio que los usuarios le demanden.

Este principio es la base esencial dentro de las relaciones laborales que se desempeñen dentro de las instituciones públicas y privadas pues quien es leal con su prójimo, se dice que es leal consigo mismo. Dentro del tema en estudio deben los médicos y los abogados llevar este principio en su conciencia y aplicarlo con las personas que guarden cierta relación con sus actividades, como es el caso de las listas de espera o bien entre los colegas para mejorar tanto las técnicas como las investigaciones que se involucran en el bienestar social.

3.- El servidor considerará en todo momento la función pública a su cargo y en consecuencia debe aplicar en justicia y equidad, un trato igual al público en general.

Como también desempeñara su empleo sin la intención de obtener beneficios adicionales a las prestaciones pactadas.

Sobre este en particular se ha señalado que por razones de justicia, las personas deben ser igualadas en los recursos vitales a fin de que puedan realizar sus planes de vida. Los órganos y tejidos humanos deben ser considerados como recursos vitales, el nivel social, cultural, económico no influyen para hacer distinción alguna.

4.- En función del servicio prestado deberá guardar en todo momento y sobre cualquier situación secreto absoluto de las confidencias que se la hagan en el ejercicio del servicio que presta.

La confidencialidad es la característica que debe distinguir a todo servidor público, pues la sociedad confió en él ejercicio de una determinada función; por lo tanto no sería leal que quien maneje documentación e información confidencial la divulgue, sino por el contrario deberá cumplir con el cuidado debido para no defraudar la confianza que se le ha depositado. En materia de donación de órganos para trasplante el Registro Nacional de Trasplantes maneja una gran cantidad de información confidencial en donde el director de dicho organismo tiene que prestar especial cuidado en la custodia de la información con la finalidad de no ausentar o bien desalentar la donación propiamente dicha.

5.- Aplicar también los principios que aseguren un máximo respeto y gratitud a la dignidad humana.

Con relación a este punto se debe tomar en cuenta todos aquellos principios tanto éticos como jurídicos que se involucran con la actividad desempeñada. En el caso del trasplante tendrán que considerarse los principios que se han desarrollado en la investigación de este tema como son: (Legalidad, Legitimidad, Responsabilidad, Discrecionalidad, Probidad, Dignidad y deber), que conjuntamente vienen a garantizar el respeto al derecho a la integridad de la persona.

6.- Todo servidor tendrá él deber de informar con claridad, sencillez y veracidad tanto a sus superiores como a sus subordinados y al público requeriente, siempre y cuando no contravenga lo previsto por el punto número 4° y,

El deber de informar se traduce en establecer un diálogo entre el funcionario y el público requirente de los servicios, toda vez que la información es indispensable para la manifestación del consentimiento razonado en la aceptación de la donación de órganos para trasplante como también asumir las consecuencias que implica la intervención quirúrgica por la disposición.

7.- Todos los mecanismos e instrumentos que sirvan de base y sobre los cuales el servidor público tiene sus programas de trabajo tengan como finalidad prestar con calidad, profesionalidad y rapidez debida que el propio servicio amérite.

El servicio que se proporcionen dentro de las instituciones creadas por la administración pública siempre cuidarán que se cumplan los programas establecidos, para tener un mejor control sobre los actos que celebren los funcionarios con los gobernados que requieran de los servicios que se presten en determinada dependencia.

III. Deberes de los servidores entre sí:

1.- Tratar con honestidad a todos los servidores, independientemente del área en que se desenvuelvan su función, pues en general están encausados con los requerimientos justos del Estado.

Este deber tiene la finalidad de relacionar las actividades conforme a la profesión que se ejerza para crear una homogeneidad de funciones, porque de esta forma el trabajo coordinado tendrá mayor calidad y se evitaría cometer errores que comprometan a las dependencias infructuosamente. Como es el caso de la disciplina médica con la disciplina jurídica donde ambos tienen el mismo objeto de estudio, pero enfocado en diversos campos de la investigación, pero en cualquier momento ponderará el bienestar de la persona.

2.- Trabajar en forma constructiva en las investigaciones científicas, tecnológicas, administrativas o jurídicas, estableciendo directrices para la formación tanto de nuevos servidores como de mejor calidad de servicio.

Esto significa que se trabaje a favor del bienestar común y no en beneficio de intereses particulares, porque solamente de esta manera se podrá formar al nuevo personal que aspire a ocupar un cargo público.

3.- Coordinarse en relación con el conocimiento y ejercicio de su profesión para ayudarse mutuamente a resolver los problemas que de cualquier índole se presenten y,

En realidad este punto se refiere a que un trabajo efectuado de manera conjunta redituará en el mejoramiento de las nuevas técnicas como en la calidad del servicio que se presta para poder competir con otros profesionales afines, ya sean nacionales o bien extranjeros. Porque la intención es la unificación de criterios científicos y académicos, que en el caso de la donación de órganos y tejidos ayuden a mejorar al trasplante.

4.- Colegiarse de una forma en la que se vea enriquecido cada vez más nuestros conocimientos que mezclados con nuestra experiencia se constituya una barrera sólida para desvirtuar los obstáculos que se presenten; lo cual viene a construir una defensa en contra de nuestros adversarios.

Este punto tiene cierta relación con el que le antecedió pues el fin de la colegiación es obligar a todo profesional a que se incline al estudio de nuevas técnicas, a través de la capacitación continua, que unifica la diversidad de criterios que puedan presentarse ante la realidad del trasplante.

IV. Deberes para consigo mismo:

- 1.- Actuar con plena conciencia para que cuando juzguemos y ejecutemos, nuestro actuar esté encaminado al bienestar común.

Como se ha analizado en la materia de estudio, la donación de órganos y tejidos como terapéutica que es, resulta que facilita tener una mejor calidad de vida digna que permite la realización de los propósitos de los individuos que padezcan de alguna enfermedad terminal.

- 2.- Adquirir nuevos conocimientos y aplicarlos en beneficio del fin social que se ejerce y no en su perjuicio.

La función social que implica el servicio público necesariamente tiende al bienestar común, por lo tanto el funcionario tendrá la obligación de actualizarse mediante la capacitación para adquirir nuevos conocimientos que invariablemente redundarán en la prestación de un servicio de vanguardia acorde a las necesidades sociales que se estén viviendo.

- 3.- Crear un sentido de responsabilidad íntegro, que facilite la ejecución plena de la función encomendada al servidor.

Este principio debe estar en todas las actividades que realicen los servidores públicos y en especial en aquellas que se vean relacionadas con el tema en estudio; ya que constituye la estructura fundamental para que se cumplan y ejecuten los programas y proyectos creados para el desarrollo de la función social con base a lo planeado.

- 4.- Ser incorruptibles, lo cual significa tener una integridad moral, que será sustentada con la rectitud y la honradez.

Este punto en particular indica la gran necesidad que existe para la creación de un Código Ético en materia del servidor público, porque no solamente con sanciones y multas se puede evitar la arbitrariedad y la corrupción sino que es necesario combatir el problema desde lo más profundo del ser, esto es en la conciencia del funcionario. Pues sólo este garantiza la formación de un nuevo perfil de funcionarios porque estos se apegarán a los preceptos que regularan su conducta sobre la base del servicio que prestan.

- 5.- Ser poseedor de un alto sentido humano que les permita encausarse por las situaciones ajenas, con la intención de proporcionar una solución favorable dentro del ámbito de sus funciones y,

Cuando un servidor público tiene plena integridad moral significa que tiene un alto sentido humano que facilita que se sensibilice por brindar un mejor trato con calidez humana a los subordinados y al público requirente; porque este encausamiento denota la manifestación de la dignidad que posee el funcionario en razón de la fusión espiritual y material que implica el servicio de la institución.

6.- Crear en su interior un ánimo de que son seres humanos, sujetos sociales que necesitan de la interrelación de los demás, para satisfacer sus fines comunes y esenciales y no para intereses particulares.

Invariablemente toda institución se compone de dos elementos indispensables para el desarrollo de sus objetivos y de sus propósitos, y estos son: el elemento material que se integra con la infraestructura de la que ha sido dotado y el otro es el elemento humano, lo cual implica que todos sean tratados con igualdad de circunstancias basándose en su dignidad, respeto y consideración por la razón de poseer la misma condición humana.

Resulta evidente la necesidad de un Código Ético en el ámbito del servidor público para sensibilizar a todo aquél que aspire a ocupar una función social, porque teniendo una base donde se estructure la regulación de la conducta, facilitará que se cumpla con todas las responsabilidades, deberes y obligaciones que implica el servicio conferido.

Dada la realidad tal parece que los servidores al momento de obtener cierto poder de dominio sobre determinadas funciones se convierten en un ser despótico, arbitrario y prepotente que no permite que en su interior se fomente un sentido más humano para crear lazos de solidaridad que hagan más satisfactoria la estancia dentro de dichas instituciones públicas.

En la materia de donación de órganos y tejidos para trasplante, dada la imperiosa necesidad que se vive por la obtención de un mayor número de donadores ante la notable escasez que representan como se ha observado en el desarrollo de este tema, esto resulta evidente que se requiere de un sentido más humano para que permita mayor participación de la sociedad en tan noble gesto de generosidad. No hay nada más conveniente que esta forma de terapéutica, pues a través de esta se combate el sufrimiento que padecen las personas que se encuentran con alguna desventaja en su organismo. Por lo tanto los médicos y abogados como servidores públicos debe predicar la protección de los derechos más elementales de las personas como sujetos sociales individuales para que alcancen éstos la realización de sus propósitos. Y que mejor sería esto si fuera por medio de un ordenamiento ético-jurídico que obligue a cumplir cabalmente el desarrollo de las funciones conferidas por el cargo que se ha delegado, dignificándose así tanto el servicio como la función misma del servidor público.

Por otro lado el tema de los trasplantes de órganos y tejidos como sea señalado sugieren una convergencia de inquietudes entre dos ciencias

aparentemente dispares: derecho y medicina. Sin embargo son múltiples las facetas medicas que encontramos en los casos jurídicos, como así también las facetas jurídicas en los actos médicos. Por ello resulta imprescindible que las leyes especiales precisen que actos se adecua a aquél marco general de validez para la disposición corporal; estas leyes especiales a nuestro entender deben fijar en forma clara y sencilla cuales son las partes renovables y cuales las no renovables del cuerpo y en beneficio de quien podrán ser sustraídas y con que fines.

La norma jurídica es la que debe delimitar la justa medida de ese sacrificio, legitimando al trasplante como un acto de disposición del propio cuerpo, que una persona pueda realizar en su propio beneficio con miras a la recuperación o mejoramiento de su salud y equilibrio psicofísico o bien, en beneficio de terceras personas determinadas, o en su defecto en beneficio de terceras personas indeterminadas.

Es por ello que mi segunda propuesta tiene que ver con la creación de una Ley Especial en materia de Trasplantes de Órganos y Tejidos de Seres Humanos:

2) Una iniciativa de Ley sobre Trasplantes de Órganos y Tejidos Humanos:

El análisis de la legislación sobre trasplantes de órganos ha evidenciado la insuficiencia de su normativa para facilitar la aplicación de esta modalidad terapéutica en un buen número de casos, como se ha ilustrado dentro de las gráficas de las Listas de Espera de los pacientes que requieren de un trasplante de órganos y tejidos.

Desafortunadamente la ley en materia de donación de órganos y tejidos para trasplante no es plenamente eficaz, debido a los siguientes aspectos: *económicos*, en donde el Estado gasta más presupuesto en tratamientos convencionales para las insuficiencias (diálisis y hemodiálisis) como también en el mantenimiento de los sistemas artificiales de vida, que en una implantación de órgano o tejido respectivo; *sociales* en este resulta más factible sensibilizar a la población más preparada que aquella que se encuentra en situaciones menos favorables. Ante esta situación el Estado tiene que destinar mayores recursos económicos y humanos para realizar diversas campañas que tengan por objeto informar a la sociedad sobre el beneficio que implica la donación de órganos y la nueva utilidad social que reviste en la actualidad el cadáver; *políticos* cuya importancia radica tanto en el partido que tenga el poder sobre determinada entidad así como las asociaciones civiles que se dicen pronunciar a favor de la vida y *cultural* este viene a ser el factor de mayor peso porque mientras a la población no se le eduque sobre el beneficio que implica la donación de órganos y tejidos para trasplante, como también el destinar nuestro cadáver para alguno de los fines del trasplante (terapéutico o científico) no se podrá alcanzar la eficacia jurídica que reviste la ley en su totalidad. Porque el Estado bien puede otorgar instituciones con avanzada infraestructura, medicamentos de punta, técnicas de vanguardia, especialista altamente capacitados, pero

jamás podrá otorgar recursos vitales, es decir, órganos y tejidos, esto le corresponde a la sociedad misma y no propiamente al Estado. Por esta razón urge la creación de una verdadera cultura de donación para encauzar al trasplante como el bienestar común de la población enferma en general.

Todo esto exige grandes esfuerzos educativos para cumplir con las normas mínimas tanto éticas como jurídicas. También ha repercutido el incremento en las enfermedades crónico-degenerativas cuya consecuencia entre otras son: la insuficiencia cardíaca, la insuficiencia hepática, la insuficiencia renal, insuficiencia respiratoria; enfermedades malignas como: La leucemia, todos estos padecimientos en los que actualmente no tienen tratamiento, excepto el trasplante de órganos o tejido respectivo.

En realidad sobre ésta propuesta, es que al Título decimocuarto de la Ley General de Salud, se le dé rango de una Ley Especial sobre Trasplantes de Órganos y Tejidos Humanos, esto es por la gran trascendencia e importancia que revisten los trasplantes, y a su vez con una autonomía que permita la agilización de los trámites, y requisitos que se tengan que cumplir para llevar a cabo actos de esta naturaleza, por otro lado supongo que se debería de agregar a esta nueva ley lo siguiente:

- Que la ley establezca en forma clara: "Toda persona se considera donante y dispondrá libremente de su cuerpo total o parcialmente, para los fines del trasplante, salvo que expresamente manifieste por sí su oposición o por terceros legítimamente autorizados." Con esto se evitaría interpretaciones vagas o imprecisas sobre el sentido que el propio precepto establece.
- Que se establezcan los deberes que tiene el médico para con el paciente de informar clara y oportunamente sobre el beneficio o riesgo que se pueda presentar en el trasplante, al igual que al donante. Así como señalar un plazo específico entre la firma del documento de donación y la extracción del órgano. El propósito de este es haya un período de reflexión que garantice la absoluta libertad del donante.
- Que establezca los mismos requisitos a todos los trasplantes y que las formalidades sean más simples y sencillas, es decir, un trato igual y no diferenciado fin de otorgar mayor seguridad jurídica al disponente como al receptor.

Porque aún cumplidos los requisitos formales que exige la ley resulta que la forma no constituye una razón fuerte para la eficacia de acto de disposición de órganos y tejidos para trasplante por la revocabilidad que implica el acto y sin responsabilidad alguna por parte del donante.

- Que sea la que determine el procedimiento a seguir en caso de la toma de órganos.
- Que la misma determine el tiempo de viabilidad del órgano proveniente de cadáver a efecto de trasplante.
Dadas las circunstancias en que se puede obtener un órgano y tejido para trasplante, así como la complejidad que reviste la técnica para la extracción del mismo, es conveniente establecer los períodos de viabilidad de los mismos para su implantación, los criterios para la conservación de la vida por medio de sistemas artificiales.
- Que sea el Estado el único facultado de suplir el consentimiento para disponer de los órganos y tejidos humanos para trasplante. (Sobre todo en el caso de los incapaces en donde la ley establece inadecuadamente cierta preferencia para estos cuando en realidad ellos pueden por virtud de su legítimo representante disponer de órganos o tejidos renovables).
- Que la autopsia sea obligatoria para todos los cadáveres independientemente de las causas que dieron origen a la muerte. (Pues la preferencia de éstos como fuente de órganos es la tónica general que informa prácticamente a todas las legislaciones sin excepción. Esto se justifica para evitar riesgos innecesarios a las personas vivas cuando existe la posibilidad de obtención de órganos de cadáveres, como pretende facilitar esta iniciativa de ley).

En síntesis puede decirse que la legislación no es conforme a sus presupuestos jurídicos con la realidad terapéutica de los trasplantes y, por lo tanto, debe ser revisada con detenimiento, teniendo en cuenta para ello, si así se estima, los criterios que se ponen en esta obra.

Conclusiones.

Es conveniente mencionar que la investigación efectuada, me ha permitido analizar con especial interés los beneficios que ofrece el trasplante de órganos y tejidos, a los seres humanos, como a su vez los que puede otorgar paralelamente una legislación que este acorde con ese avance científico y social. Por ello me permito enumerar, ese cúmulo de ideas, que considero pueden aportar grandes beneficios tanto médicos como jurídicos:

Primera. Ante la problemática que implica el desinterés total que manifiesta la sociedad en general sobre la donación de órganos y tejidos humanos el Estado ahora no sólo deberá garantizar las condiciones de vida de los individuos, sino que incluso posibilitar la sumministrazione de ésta, mediante campañas y programas de donación altruista que permitan obtener posibles donadores a manera que los individuos puedan obtener de otros, la materia vital. Y esto sólo se podrá lograr haciendo a un lado los obstáculos económicos, sociales políticos y culturales.

Porque el Estado con relación a sus gobernados debe vigilar, detectar y proveer todas las necesidades colectivas sustituyendo aún los deseos y acciones individuales, porque el interés general priva sobre el particular, además es el único que puede coordinar y desarrollar el avance social; dada la importancia que revisten la donación de órganos y tejidos humanos y su notable escasez con la adopción del sistema de consentimiento presunto, con esta tendencia se justifica por su carácter más solidario y realista ante la ausencia de voluntad que existe para ceder un órgano o tejido. Es por ello que se deben crear ordenamientos que faculten al Estado para la disposición total de los órganos y tejidos de los cadáveres.

Esto no implica que el difunto no este siendo digno de respeto, gratitud y consideración, sino al contrario como se ha mencionado es la huella o residuo de la personalidad de un ser humano; y además la finalidad del trasplante es dar la oportunidad vital a seres con desventajas y a quienes se les puede auxiliar con un gesto de generosidad, cediendo lo que nos ha permitido realizar la vida, a quienes pueden perderla. Y que de otra forma esos órganos y tejidos estarían destinados al desperdicio irremediable e inútil.

Segunda. Los avances científicos y tecnológicos en el área de los trasplantes de órganos y tejidos ha venido a dar una nueva dimensión al tratamiento jurídico del cuerpo humano; la técnica de los trasplantes de órganos humanos, no sólo ha puesto un evidente y benefactor triunfo de la cirugía, sino que, al mismo tiempo ha forzado al pensamiento jurídico y moral hasta el reconocimiento de una nueva y heroica forma de manifestar la solidaridad humana.

Ante esta cuestión los principios ético jurídicos, se refieren a aquellos criterios generales que sirven como una justificación básica para las diferentes reglas éticas y evaluación de las acciones humanas; son estos los que legitiman al trasplante de órganos y tejidos humanos.

Es conveniente recordar también que dichos principios tienen una dualidad de sentidos normativos por una parte el ético cuyo campo de acción radica en el ser, en nuestra conciencia y por otro lugar en forma ulterior tenemos al jurídico cuyo ámbito de acción consiste en responder por actos propios y en ocasiones por los ajenos así como la obligación reparadora ante una transgresión a los derechos fundamentales del hombre.

A través de estos principios el Estado cumple con sus fines, creando los instrumentos y mecanismos necesarios para garantizar el acceso de la población en general a las instituciones de salud con el fin de que gocen de una vida sana y digna a su condición humana.

Tercera. Las actividades relacionadas con trasplantes de órganos y tejidos involucran directamente al hombre en toda su persona, bien sea como: donante, receptor, o personal de salud, por ello, es necesario que sea legítimos moral y jurídicamente, que se subordine a ciertas condiciones para salvaguardar la dignidad y los derechos de la persona.

La vida es el más importante de los derechos de la personalidad y constituye el presupuesto necesario que hace posible la existencia de todos los demás derechos. Por lo que no debe considerarse únicamente como un deber de los demás de respetarlo; como una responsabilidad del Estado para hacerlo valer, sino que se debe considerar también como una obligación que tiene toda persona para conservarla con el propósito de que cumpla con sus fines esencialmente naturales.

Cuarta. Otra alternativa de solución ante la problemática que implican los trasplantes de órganos y tejidos, sería que el legislador declarara en los ordenamientos jurídicos que la necropsia es obligatoria para todos los supuestos de muerte, porque sólo a través de ésta el Estado puede suplir en su totalidad la voluntad tanto del donante, como la de los terceros, sin ningún inconveniente y a su vez podría obtener los órganos y tejidos (materia prima) para los fines del trasplante que la propia ley establece.

Quinta. En relación con criterio adoptado recientemente por México del consentimiento presunto que lleva a cabo el Consejo Nacional de Trasplantes, debiera tener mayor publicidad, no sólo dentro de las instituciones de salud, sino por todos los medios masivos de comunicación, para que el donante potencial entienda y comprenda el significado que tiene el hecho de que el no oponerse se interpretará como consentimiento, como también fomentando en la educación una cultura sobre la importancia que reviste el trasplante de órganos y tejidos, de manera que el éxito sea más alentador, ya que a través de estos se sensibilizaría a toda la sociedad mexicana para que se solidarice a tan noble acto de generosidad humana.

Sexta. Todos estos problemas que implican los trasplantes de órganos y tejidos dejarán de tener especial importancia, en el momento en que se cree una nueva cultura sobre la función que guarda en la actualidad el cadáver y cuando la sociedad entienda que es más útil cederlo para fines científicos o terapéuticos; cuando el hombre se humanice más; cuando sé de cuenta que el culto que hay que rendir no es al cadáver mismo, sino a la memoria del individuo; cuando llegue a un grado de evolución en el que se conduea por desperdiciar esos restos cremándolos, embalsamándolos, inhumándolos en tanto que las exigencias de la sociedad enferma lo están anhelando como una nueva oportunidad de vida.

Por lo tanto en todo momento debe prevalecer el bienestar social sin prescindir del respeto de los derechos póstumos para que pueda servir al bien de otros seres humanos acentuándose la funcionalidad y el destino social en los casos de necesidad de órganos y tejidos por parte de sujetos enfermos, esto no implica ninguna reserva moral. Por lo tanto, más que sobre el destino o función social se debe insistir sobre el deber de solidaridad humana ante la donación de órganos y tejidos humanos.

Bibliografía

1. Achával, Alfredo. Responsabilidad Civil del Médico. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1992.
2. Arroyo Herrera, Juan Francisco. Regimen Jurídico del Servidor Público. Porrúa. México, 1998.
3. Bravo Valdes, Beatriz y Agustín Bravo González. Derecho Romano. Pax. México, 1993.
4. Borja Soriano, Manuel. Teoria General de las Obligaciones. Porrúa. México, 1994.
5. Bueno, Miguel. Principios de Ética. Patria. México. 1973.
6. Campillo Sáinz, José. Introducción a la Ética Profesional del Abogado. Porrúa. México, 1992.
7. Campos, Victoria. Historia de la Ética. Tomo III. Editorial Critica. Barcelona, España, 1989.
8. Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. Porrúa. México, 1982.
9. Castro, Juventino V. El Ministerio Público en México. Porrúa. México, 1996.
10. De Bardete. Ética o Filosofía Moral. 1ª. Edición. Tradición. México, 1974.
11. Diaz, Elías. Sociología y Filosofía del Derecho. Taurus Ediciones. Madrid, España, 1971.
12. Dominguez García Villalobos, Jorge Alfredo. Trasplante de Órganos Aspectos Jurídicos. Porrúa. México, 1996.
13. Fagothey, Austin. Ética Teoria y Aplicación. Mc. Graw-Hill Interamericana de México, 1973.
14. Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. Porrúa. México, 1982.
15. Fuenzalida Pulema, Hernán. Trasplante de Órganos. La Respuesta de América Latina. Organización Panamericana de la Salud. 1990.
16. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Porrúa. México, 1992.

17. Garcia Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa. México, 1992.
18. González de la Vega, Francisco. Código Penal Comentado. Porrúa. México, 1997.
19. González Uribe, Héctor. Teoría Política. Porrúa. México, 1996.
20. Jimenez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. Porrúa. México, 1972.
21. Jimenez Orantes, Monce. Legislación Derecho Sanitario. Edit. Jims. España, 1993.
22. Le Senne, René. Tratado de Moral General. Grijalbo. México, 1996.
23. López Betancourt, Eduardo. Derecho Positivo Mexicano. Trillas. México, 1992.
24. Lozano Romen, Javier. Trasplantes de Órganos. Edit. Contemporánea, México, 1969.
25. Magallon Ibarra, Jorge Mario. Atributos de la Personalidad. Tomo II. Porrúa. México, 1995.
26. Mantilla Pineda, Benigno. Filosofía del Derecho. Temis. Colombia, 1996.
27. Martínez Cervantes, R. Curso de Ética. Editorial Enseñanza. México, 1957.
28. Meján, Luis Manuel C. El Derecho a la Intimidad y a la Informatica. Porrúa. México, 1995.
29. Mendez, Aquiles. Ética Profesional. Herrera Hermanos. México, 1962.
30. Moron Alcain, Eduardo. Filosofía del Deber Moral y Jurídico. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1992.
31. Pavón Vasconcelos, Francisco. Los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal. Porrúa. México, 1993.
32. De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Vols. 1-3. Porrúa. México, 1992.
33. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, Tomo I. Porrúa. México, 1982.
34. Recasens Siches, Luis. Filosofía del Derecho. Porrúa. México, 1998.

35. Recasens Siches, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. Porrúa. México, 1990.
36. Roldan González, Julio. Ética Médica. 1ª. Ed. México 1990.
37. Ruiz Amezcua, L. Enrique. Ética Profesional para la Enfermera. Talleres de Ediciones ECA. México, 1982.
38. Salmerón, Fernando. La Filosofía y las Actividades Morales. 4ª. Ed. SIGLO XXI. México, 1992.
39. Sánchez Vázquez, Adolfo. Ética. Tratados y Manuales Grijalbo. México, 1992.
40. Santiago Delpin, Eduardo A. Trasplantes de Órganos. Salvat Mexicana, 1987.
41. Secrecia, Elio. Manual de Bioética. 1ª. Ed. Diana. México, 1996.
42. Shishkin. A. F. Ética Marxista. Grijalbo. México. 1966.
43. Teran, Juan Manuel. Filosofía del Derecho. Porrúa. México, 1996.
44. Valle Cano, Fernando. Bioética y Derechos Humanos. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1976.
45. Valle Cano, Fernando. Derechos Humanos y Trasplantes de Órganos. 1ª. Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1992.
46. Vargas Montoya, Samuel. Ética o Filosofía Moral. Porrúa. México, 1961.
47. Vazquez Guerrero, Francisco Daniel. Ética. Deontología y Abogados. Ediciones Internacionales Universitarias. Barcelona, España, 1996.
48. Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Porrúa. México, 1992.
49. Yorke Calne, Roy. Injerto de Órganos. 1ª. Ed. El Manual Moderno. México, 1976.
50. Yungano Y otros. Responsabilidad Profesional de los Médicos. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1992.

Legislación

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Porrúa. México, 1999.
2. Ley de Profesiones. Editorial PAC. México, 1999.
3. Ley General de Salud. Tomos I y II. Porrúa. México, 1999 y 2000.
4. Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos. Porrúa. México, 1999.
5. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Ediciones Delma. México, 1999.
6. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Porrúa. México, 1999.
7. Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Editorial Sista. México, 1999.
8. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Sista. México, 1999.
9. Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Sista. México, 1999.

Diccionarios

1. Nuevo Diccionario Médico. Teide. Barcelona, España, 1988.
2. Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina. Vol. 2. Interamericana Mc. Graw-Hill. Madrid, España, 1992.
3. Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. Salvat Editores. España, 1963.
4. Diccionario de Filosofía. Fondo de Cultura Económica. México, 1991.
5. Diccionario de Filosofía. Editorial Ariel. Barcelona, España, 1994.
6. Diccionario General de Ciencias Humanas. Ediciones Catedral. Madrid, España, 1989.
7. Diccionario de las Ciencias de la Conducta. Trillas. México, 1987.
8. Diccionario de la Lengua Española. Espasa. Madrid, España, 1970.
9. Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Tomo II. Reader's Digest. México, 1979.
10. Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A. Tomo VIII. Unión Tipográfica Editorial Americana. México, 1964.
11. Diccionario Enciclopédico Larousse. Vol. 4 y 7. México, 1994.
12. Diccionario Larousse Escolar. Ediciones Larousse México. 1987.
13. Lexipedia Diccionario Enciclopédico. Enciclopedia Británica Publishers, Estados Unidos de Norte América, 1996.
14. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomos III, VI y VIII. Helíasta. Buenos Aires, Argentina, 1986.
15. Diccionario para Juristas. Mayo Ediciones. México, 1981.
16. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XVIII. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1964.
17. Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Francisco Seix. Barcelona, España, 1981.

18. Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo. Porrúa. México, 1992.
19. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomos I - III. UNAM. México, 1997.
20. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I y II. Porrúa. México, 1986.
21. Diccionario Latín-Español. Tomo K-Z. Ed. Ramón Sopena, Barcelona, España, 1996.

Revistas

1. Gaceta Médica. Vol. 131. N°. 2. México, 1995.
2. Gaceta Médica. Vol. 134. N°. 2. México, 1998.
3. Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea. México, 1992-1996.
4. Programa de Reforma del Sector Salud. México, 1995-2000.

Periódicos

1. Ruíz Joel, "Mueren al año 150 mil personas por falta de donadores de órganos", El Sol de México, México, 14 de febrero 2000, 14/A.
2. López Veneces Patricia, El Sol de México, México, 14 de abril del 2000, 2B.
3. Yeseas Bernal, Gustavo, El Sol de México, México, 15 de mayo 2000, 7/B.

Jurisprudencia

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Vol. 22, 4ª. Parte. Octubre, 1970. Pp. 35 y 49.

Apéndices.

Apéndice 1.

DONACIÓN VOLUNTARIA DE ÓRGANOS

Yo _____
Nombre y firma

Dono mis órganos con fines de trasplante al momento de mi muerte, con la esperanza de ayudar a salvar una vida. Dono:

- a) cualquier órgano
b) sólo los siguientes órganos

(Especifique los órganos)
Llévela siempre consigo

Testigo _____
Nombre y firma

Testigo _____
Nombre y firma

Tipo de sangre _____

En caso de accidente avisar al tel.: _____

Lugar y fecha _____



Fundación Mexicana para la Salud
Comité de Diálisis y Trasplante



Apéndice 2.



SECRETARIA DE SALUD SOLICITUD DE LICENCIA SANITARIA

<p style="text-align: center;">DATOS DEL PROPIETARIO PERSONA FISICA O MORAL</p> <p>NOMBRE (APELLIDOS PATERNO, MATERNO Y NOMBRES) _____</p> <p style="text-align: right;">NÚMEROS OMÓNIMO R.F.C. _____</p> <p>DOMICILIO: CALLE, No. Y LETRA _____</p> <p>COLONIA _____ Z.P. _____ CODIGO POSTAL _____</p> <p>DELEGACION POLITICA O MUNICIPIO _____ LOCALIDAD _____</p> <p>ENTIDAD FEDERATIVA _____ TELÉFONO _____</p>	<p style="text-align: center;">PARA USO EXCLUSIVO DE LA S.S.A.</p> <p>TIPO DE MOVIMIENTO <input type="checkbox"/> A <input type="checkbox"/> R <input type="checkbox"/> No. DE ENTRADA _____</p> <p>NO. ANTERIOR _____</p> <p>TRAMITE <input type="checkbox"/> N <input type="checkbox"/> S <input type="checkbox"/> VENCIMIENTO MES _____</p> <p style="text-align: center;">PRESENTARSE A CONOCER EL RESULTADO DE SU TRAMITE EL DIA _____</p> <p style="text-align: right;">DIA MES AÑO _____</p>									
<p style="text-align: center;">DATOS DEL ESTABLECIMIENTO</p> <p>NOMBRE _____</p> <p style="text-align: right;">NÚMEROS R.F.C. _____</p> <p>DOMICILIO CALLE NUMERO Y LETRA EXTERIOR E INTERIOR _____</p> <p>DELEGACION POLITICA O MUNICIPIO _____ COLOMIA _____</p> <p>ENTRE _____ CALLE _____ Y _____ CALLE _____</p> <p>Z.P. _____ CODIGO POSTAL _____ LOCALIDAD _____ TELEFONO _____</p> <p>ENTIDAD FEDERATIVA _____ DE _____ A _____ Y DE _____ A _____ Mes _____</p> <p style="text-align: center;">HORARIO DE FUNCIONAMIENTO _____ FECHA DE INICIO DE OPERACIONES _____</p> <p style="text-align: right;">DIA MES AÑO _____</p>										
<p>SOLICITUD PARA</p> <table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 60%; border-bottom: 1px solid black; height: 20px;"></td> <td style="width: 20%; border-bottom: 1px solid black; height: 20px;"></td> <td style="width: 20%; border-bottom: 1px solid black; height: 20px;"></td> </tr> <tr> <td style="border-bottom: 1px solid black; height: 20px;"></td> <td style="border-bottom: 1px solid black; height: 20px;"></td> <td style="border-bottom: 1px solid black; height: 20px;"></td> </tr> <tr> <td style="border-bottom: 1px solid black; height: 20px;"></td> <td style="border-bottom: 1px solid black; height: 20px;"></td> <td style="border-bottom: 1px solid black; height: 20px;"></td> </tr> </table>										
<p>DOCUMENTOS ANEXOS</p> <p><input type="checkbox"/> ALTA ANTE LA S.H.C.P.</p> <p><input type="checkbox"/> LICENCIA SANITARIA OTROS: _____</p> <p><input type="checkbox"/> COPIA DEL TRAMITE ANTERIOR _____</p> <p><input type="checkbox"/> PROGRAMA MEDICO _____</p> <p><input type="checkbox"/> CEDULA PROFESIONAL _____</p> <p><input type="checkbox"/> PLANO Y MEMORIA DESCRIPTIVA _____</p> <p><input type="checkbox"/> OTROS _____</p>	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; border: 1px solid black; height: 80px; vertical-align: bottom; text-align: center;">SELLO DE RECIBIDO</td> <td style="width: 50%; border: 1px solid black; height: 80px; vertical-align: bottom;">NOMBRE Y FIRMA DEL PROPIETARIO</td> </tr> </table>	SELLO DE RECIBIDO	NOMBRE Y FIRMA DEL PROPIETARIO							
SELLO DE RECIBIDO	NOMBRE Y FIRMA DEL PROPIETARIO									

