

308409



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
FACULTAD DE DERECHO
CAMPUS CENTRO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

"LOS DERECHOS HUMANOS Y LA NUEVA CULTURA DE
LA DONACION Y EL TRASPLANTE DE ORGANOS Y
TEJIDOS HUMANOS"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARCO ANTONIO MANJARREZ TELLEZ

DIRECTOR DE TESIS: LIC. DAVID HERNANDEZ LOPEZ



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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

**LIC. GUILLERMINA OLGUÍN VARGAS
DIRECTORA TÉCNICA DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD LATINA S. C.
CAMPUS CENTRO
P R E S E N T E**

El alumno MARCO ANTONIO MANJARREZ TÉLLEZ, con número de cuenta 97860224-0, ha concluido satisfactoriamente con la asesoría que el suscrito ha proporcionado para la elaboración de la investigación de la Tesis Profesional intitulada "**LOS DERECHOS HUMANOS Y LA NUEVA CULTURA DE LA DONACIÓN Y EL TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS**", la cual ha realizado para ser admitida al examen profesional de la Licenciatura en derecho.

Dichas investigación, versa sobre el respeto a los derechos fundamentales que nuestra legislación debe contener en materia de trasplante de órganos y tejidos humanos, toda vez que si bien es cierto dicha materia se encuentra regulada, verdad también es, que la misma contiene diversos preceptos que violan flagrantemente aquellos derechos inherentes al hombre, de ahí la necesidad de un ordenamiento que realmente garantice aquellos.

Del presente trabajo de investigación, se observa que la propuesta es tendiente a una revisión total del Capítulo Décimo Cuarto de la Ley General de Salud, que regula la Donación, Trasplante y Pérdida de la vida, ello, con el propósito de lograr que los derechos fundamentales del hombre se respete específicamente el derecho de la personalidad, que todo individuo tiene desde que nace hasta que muere, así como crear en la sociedad Mexicana la cultura de la donación de órganos, células y tejidos humanos.

En tal virtud, el presente documento recepcional reúne los requisitos técnicos-metodológicos, por lo cual no tengo inconveniente en otorgar mi voto aprobatorio.

Quedo a sus órdenes para cualquier aclaración o comentarios al respecto, protestando a usted la seguridad de mi más atenta y distinguida consideración.

**A T E N T A M E N T E
"LUZ VIA SAPIENTIAS"**

LIC. DAVID HERNÁNDEZ LÓPEZ
México, D. F., A 25 de Mayo de 2004

AGRADECIMIENTOS

A mi Universidad

Por ser mi alma mater y la casa que me permitió adquirir el conocimiento del derecho.

A la Directora Técnica

Lic. Guillermina Olgún Vargas,
por compartir sus conocimientos y experiencias durante mi estancia en la Universidad.

A mi Asesor

Lic. David Hernández López,
por los sabios y oportunos consejos que me brindó para plasmar con claridad las ideas, durante el proceso de elaboración hasta la conclusión del presente trabajo.

A todos mi maestros

Que con su férrea vocación profesional transmitieron en cada una de sus sesiones dentro de las aulas escolares su mejor esfuerzo, que me permitió adentrarme al campo del derecho.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Marco Antonio

Mayanac Heller

FECHA: 24 Septiembre - 07

FIRMA: 

A mi madre

Por ser la gota de vida que
nutre mi existencia, luz que guía
mi destino, llenando mi vida
de felicidad e ilusión, por el extenso
amor maternal que en mí derrama,
te quiero mucho mamá.

A mi Padre

Quien representa la fortaleza
y la templanza de nuestra familia,
la sombra que alumbra y
protege nuestra existencia, de quien me
siento verdaderamente
orgullosa.

A mis hermanos

Bulmaro, Miguel Ángel, Alan, Javier, Raquel,
Mercedes, Lucía, Eloisa, Armando, Clara, Alejandra,
Félix, quienes con su fidelidad y lealtad hacen una gran
fraternidad familiar inquebrantable, proyectado en mí la seguridad
y confianza de enfrentarme a los problemas que se presentan día con día, y por
todos los buenos momentos que hemos pasado juntos, con mucho amor y respeto

A mis sobrinos

Vanessa, Nadxiely, Victoria,
Yenifer Lucía, Edison, Brando y José Alan,
que con sus risas y sus travesuras
llenan de alegría nuestro hogar.

Con especial afecto a mi hermano

Maestro Miguel Ángel Manjarrez Téllez,
que gracias a sus consejos y experiencias
transmitidas día con día, han impulsado
en mí la férrea vocación de superación,
convirtiéndose en un digno ejemplo a seguir

A todos mis cuñados

Por el apoyo y respeto que siempre
han mostrado a mi familia.

Al Magistrado

Dr. Francisco Chávez Hochstrasser,
por haberme brindado la oportunidad y la
confianza de poder desenvolverme
en el ámbito laboral.

A la Magistrada

Dr. Maria Margarita Guerra y Tejada,
a quien le agradezco por todo el apoyo
que me ha procurado en estos últimos años
de mi vida laboral, pues gracias a ello he
adquirido mayor experiencia y madurez.

A mi querida Amiga

Lic. Irene Herrerias Guerra,
por las muestras de cariño y afecto
que siempre he recibido de forma incondicional,
y por ser una excelente persona, de quien he
aprendido infinidad de virtudes, sobre todo
lo que es posible alcanzar cuando existe
la amistad. Gracias por todo esto

A mi amigo y compañero

Lic. José Antonio Pérez Bravo,
por los ideales de justicia y lealtad
que representa, los cuales me han ayudado
de forma considerable a mantenerme
firme en mis convicciones de superación.

Con respeto y agradecimiento

Licenciada Josefina y Licenciado Francisco Valdez
por todo el afecto
y respeto mostrado a mi persona.

Con especial afecto a mis amigos

Katia, Vanessa y Julio,
por demostrarme en todo momento
su lealtad, y sobre todo por su amistad
incondicional y apoyo constante
durante todo este aduo camino que
hemos pasado juntos, siendo que he
aprendido a valorar y considerar
ciertos aspectos de mi vida.

A mi buen amigo

Lic. Martín Mora Valdespino,
Por toda la ayuda profesional y la confianza que
me ha brindado durante el tiempo que
he colaborado a su lado, lo cual
me han ayudado ha reforzar los conocimientos
adquiridos durante todo este tiempo.

Con especial afecto

Benjamin Javier Morales, Erika Castil,
Mari Cruz Hernández, quienes con su compañía
Diaría y apoyo cotidiano reafirman mi convicción
de lealtad y amistad.

A mis compañeros

Cesar, Octavio, Arturo, Juan Carlos,
Juan Vázquez, Jorge y Felipe, por todas los momentos
Compartidos en diferentes etapas de mi vida.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de nuestros tiempos, se han venido presentando grandes problemas referente a como conservar la salud y por ende, la vida del ser humano, lo que evidentemente constituye de las preocupaciones mayores del Estado, a raíz de ello, la ciencia médica ha presentado notables desarrollos científicos y tecnológicos que han permitido un avance importante en cuanto al tema de los trasplantes de órganos, tejidos y células humanas. Sin embargo, de acuerdo al devenir histórico es loable intentar mejorar la calidad de vida propia y ajena, es lícito y justo compartir la dote vital con quienes la precisan.

Es así como el ser humano ha desplegado todos sus esfuerzos por prolongar su existencia, a través de la continua investigación en las ciencias médicas y biológica, lo que le ha permitido llegar al desarrollo de lo que en materia científica se ha determinado la transplantología de órganos.

De ahí, que el ser humano con el afán de extender su ciclo de vida propiciara un despegue extraordinario de la carrera de la ciencia médica en materia de trasplante de órganos y tejidos humanos, logrando trasplantes simultaneos de dos órganos a un mismo individuo, hasta llegar a los trasplantes de órganos impares y no generables, incluso se ha experimentado en trasplantes de partes cerebrales; implantación en el útero materno de embriones provenientes de otras mujeres o invitro, todo ello como resultado de la deseosa búsqueda del hombre por mejores condiciones de vida o en ocasiones por mantener la vida misma.

A la par de esta carrera, ha crecido un desenfrenado interés y preferencia por la provisión natural de órganos, buscando ante todo, donantes humanos vivos o muertos, lo que ha generado largas listas de requirientes a nivel mundial que aguardan por años algún donante cuyos órganos resulte finalmente compatible con su sistema inmunológico.

La escasa existencia de órganos para ser transplantados, propicia la comercialización de los mismos, originando un mercado negro de partes humanas, situación que la mayoría de las legislaciones de la materia reprueban y prohíben, pero en realidad no han podido erradicar, creando así la permanente necesidad de revisar los aspectos éticos, médicos y jurídicos que concluyan en una legislación de respeto a los Derechos Fundamentales de la persona, sobre todo a la dignidad que le es inherente al hombre.

Los factores que originan la escasez de órganos y tejidos humanos, son innumerables, empero podemos decir, que algunos son de notable importancia, uno de ellos es la escasa o nula información, provocada por el avance de la ignorancia y mitos, en la mayoría de la población siguen hasta después de su muerte, provocando en la donación de material anatómico provenientes de cadáveres, que sea mínima, peor aún, la donación de órganos y tejidos humanos entre vivos es todavía mucho menor, sin contar que a dichos transplantes sólo tienen acceso las clases económicamente altas, implicando en gran medida la ampliación del mercado negro de partes humanas.

Esta desproporción entre demanda y oferta en el mercado de órganos provoca una desvaloración de la calidad de vida humana; ante esta disyuntiva, y el estado de un largo cúmulo de problemas éticos, morales, políticos, sociales y jurídicos en torno a los transplantes, donantes y receptores versan únicamente, ante la urgencia de cubrir de manera rápida estas necesidades con sistemas de salud y sistemas legislativos vagos y obsoletos, sobre todo en cuanto a los segundos, violatorios de los Derechos Fundamentales de las personas.

De ahí, la necesidad de que el Estado garantice las condiciones de vida de los individuos, así como la provisión de vida, a través de un sistema legal que no vulnere los derechos fundamentales de los gobernados, pero que a la vez no obstaculice el progreso de la ciencia al servicio del género humano.

De la misma forma, el Estado debe desplegar políticas de prevención de enfermedades que debe ir a la par con una política informativa en los medios masivos de difusión, que generen en la sociedad el sentimiento de altruismo carente del ánimo de lucro, para que a su vez, conlleven a la obtención y distribución de órganos y tejidos humanos a título gratuito, pero sobre todo, que dicha donación se de con el consentimiento expreso del donante respetando la libre determinación del individuo. Si se cumple con dichas políticas, tanto de prevención como de información, el Estado no se vería en la necesidad de emitir leyes emergentes que suplan el consentimiento y que permitan la donación con el consentimiento tácito de quienes en vida no manifestaron su oposición a donar partes de su cuerpo.

El legislador obviamente no debe olvidar la idiosincrasia de la sociedad ni a los sectores débiles y vulnerables de la población como lo son la infancia, los incapaces y las clases económicamente desprotegidas, que en muchas de las ocasiones se convierten en víctimas de delitos para quienes pretenden obtener algún órgano de su cuerpo.

Asimismo, el Estado debe ingresar en la idiosincrasia de los mexicanos la cultura de la donación, que creemos debe hacerse a través de la introducción en los programas de estudio de los tópicos de la materia desde los primeros años de educación. Agregar la cultura de la donación, significa una plena coordinación nacional (Secretaría de Salud, Secretaría de Educación Pública y Secretaría de Gobernación), para que en los diversos niveles de estudio, es decir, desde preescolar a profesional, se agreguen a los programas de estudio las directrices de la donación, siempre con vinculación directa y respeto a sus derechos fundamentales.

Los casos concretos de donación de órganos que se han suscitado en todo el mundo, evidencia una problemática ético-jurídica que en ocasiones se diluye,

expresando falsos sentimientos humanitarios, que se alejan de los genuinos propósitos. Toda legislación que regule el transplante de órganos y tejidos humanos debe pretender el mejoramiento de las condiciones de vida del género humano sin menoscabo de aquellos individuos que no tienen determinada calidad de vida para mejorar el nivel de vida de otros, por ello debe evitar basarse en el sacrificio de los derechos humanos de unos para proteger los de otros al crear un sistema legal emergente.

Estas condiciones son de suma importancia para poder entender las lagunas, contradicciones y violaciones del sistema legal que regula la materia. Es por ellos, que el presente trabajo realizará el análisis de éste, partiendo del estudio de la Teoría de los Derechos Humanos, a efecto de que nos permita llegar a establecer una propuesta de reforma a la Ley General de Salud y las noemas respectivas, que respete los tópicos de los Derechos Humanos y que tome en consideración la dignidad de la persona, sus atributos y el respeto a la libre determinación del individuo.

INDICE

ÍNDICE
INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

1. Concepto y fundamento de los Derechos Humanos.....	1
2. Diferencia entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales.....	15
3. Modelos iniciales de evolución de los Derechos Humanos y Fundamentales.....	22
3.1. Modelo Inglés.....	22
3.2. Modelo Americano.....	26
3.3. Modelo Francés.....	31
3.4. Modelo Mexicano.....	37
4. Proceso de Positivización, Generalización e Internacionalización de los Derechos Humanos.....	43
A) Positivización.....	43
B) Generalización.....	45
C) Proceso de Internacionalización.....	47

CAPÍTULO II

EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO Y LA DONACIÓN Y TRANSPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

1. Análisis sucinto de los Derechos Fundamentales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	53
2. El Código Civil para el Distrito Federal.....	60
3. Ley General de Salud.....	65
4. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos.....	75
5. Norma Técnica 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos para fines de trasplantes.....	77
6. Control Nacional de Transplante y Consejo Nacional de Transplante.(CONATRA).....	79

CAPÍTULO III
CARACTERÍSTICAS DE LA PERSONA JURÍDICA

1. Antecedentes y Concepto.....	83
1.1. Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.....	91
1.2. Código Civil para el Distrito Federal.....	93
2. Derechos inherentes a la personalidad.....	98
A) Naturaleza Jurídica.....	98
B) Titularidad.....	100
C) Surgimiento.....	101
D) Extinción.....	102
E) Características.....	103
F) Objeto.....	104
G) Clasificación.....	105
3. Consentimiento como condición sine qua non de la disposición de órganos y tejidos humanos.....	107
A) Validez.....	108
B) Formalidad.....	111
C) En caso de menores e incapaces.....	112
D) Omisión y suplencia del consentimiento.....	114
E) Presunción del consentimiento.....	118
4. Terminología básica en materia de donación y trasplante de órganos.....	119

CAPÍTULO IV
DONACIÓN Y TRANSPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS EN MÉXICO

1. Legislación Mexicana.....	122
2. Dador y receptor de órganos y tejidos humanos.....	129
3. Características del trasplante.....	131
4. Medios y requisitos para el trasplante de órganos y tejidos humanos.....	133

5. Partes disponibles de donación del cuerpo humano.....	137
6. Disponibilidad del cuerpo humano Inter Vivos y post mortem.....	140
a) Inter Vivos.....	140
b) Post mortem.....	146
Reflexión final.....	151
CONCLUSIONES.....	161
BIBLIOGRAFÍA	

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

I. Concepto y fundamento de los Derechos Humanos

El análisis y definición de los Derechos Humanos, necesariamente conjuga una serie de elementos que se circunscriben a las exigencias propias de la dignidad humana.

Es por ello, que los Derechos Humanos, en cuanto a su concepción y sentido terminológico han venido cambiando según el devenir histórico en el que nos ubiquemos.

Sin embargo, considerando la postura de la actual Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual establece en su artículo 6º de su Reglamento Interno, define a los Derechos Humanos de la siguiente forma: "se entiende que los Derechos Humanos, son los inherentes a la naturaleza humana sin los cuales no se puede vivir como ser humano".

En este mismo sentido terminológico, Jorge Carpizo sostiene: "los Derechos Humanos son aquellos que tenemos en nuestra calidad de persona humana"¹.

Al respecto, resulta más completa la concepción de Jesús Rodríguez y Rodríguez quien refiere: "los Derechos Humanos, son un conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de todas ellas que se reconocen al ser humano considerando individual y colectivamente"².

¹ Carpizo Macgregor Jorge. Comisión Nacional Derechos Humanos. Gaceta No. 3, Septiembre 15 de 1990. pagina 9

² Rodríguez y Rodríguez Jesús. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídico. UNAM-Porrúa, 1989. Página 1063.

De la misma forma, es importante destacar lo referido por Mario I. Álvarez Ledesma, quien señaló que los Derechos Humanos son: "aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de Derecho Nacional e Internacional en cuanto parámetros de justicia y legitimidad política"³.

En este sentido, visualizar una óptica personal en cuanto a la definición de los Derechos Humanos, implicaría necesariamente el constreñir ideas filosóficas históricas y sociológicas, donde se tome en consideración la naturaleza humana, las necesidades de los individuos y las pretensiones propias de la sociedad considerando la diversidad de sus componentes cuyo imperativo siempre será, la propia dignidad humana que fortalezca un verdadero Estado de Derecho Democrático.

Por eso, es necesario analizar los diversos principios, funciones y principales fundamentos que giran en torno al surgimiento de los Derechos Humanos para justificar su origen y existencia. Las fundamentaciones son las siguientes:

PRIMERO. La fundamentación iusnaturalista.

SEGUNDO. La fundamentación ética, y,

TERCERO. La fundamentación histórica.

La fundamentación iusnaturalista, es la que proviene de los derechos del hombre, la cual justifica la existencia de derechos pertenecientes al hombre, como tal independientemente del Estado. Norberto Bobbio, "parte de la hipótesis dentro de esta doctrina, en el sentido de que un estado de naturaleza donde los

³ Mario I. Álvarez Ledesma. Acerca del Concepto de Derechos Humanos. Primera Edición. Editorial McGraw-hill, México 2003. Página 21.

derechos del hombre eran pocos y esenciales, justifica un contenido de derechos del hombre con fundamentación iusnaturalista".⁴

Bobbio, explica la doctrina iusnaturalista siguiendo las ideas de Locke y de Kant, en el sentido de que el hombre natural, es titular del derecho a la libertad, y ésta la entiende como la independencia de toda constricción impuesta por la voluntad del otro. Por ello, el gozar de la libertad, implica dentro de la doctrina iusnaturalista, una concepción de igualdad de todos los hombres, en consecuencia ninguno de los hombres que conforman el pacto social deberán gozar más libertad de la que poseen los otros.

Así la filosofía, es la que inspira las primeras declaraciones de Derechos Humanos, donde se destaca al inicio de sus fórmulas, la proclamación de la igualdad de todos los hombres. Siguiendo la idea planteada por Norberto Bobbio, señala que: "la fundamentación de los Derechos Humanos no es un problema inexistente sino un problema que ha sido resuelto satisfactoriamente a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (del 10 de diciembre de 1948)"⁵.

De tal manera, que la búsqueda de la fundamentación absoluta de los Derechos Humanos que parte de un sistema de valores de carácter natural presenta determinadas críticas, a las que haremos referencia.

En este sentido Iñaki Rivera Beiras, señala primeramente: "el estado de naturaleza", de entrada supone una fricción doctrinal con la autoridad científica. Ya que en sí misma la naturaleza no pudo ser unívoca. En segundo término, la verificación de aumento "de la lista de Derechos Humanos", explica tal situación concreta, por un lado que no solamente la explicación iusnaturalista ha perdido credibilidad, sino que por el otro lado, permite observar que el mundo es más complejo en sus relaciones sociales, y ello motiva, la demanda y reconocimiento de nuevos derechos fundamentales. En consecuencia, los tradicionales derechos naturales de libertad o de la propiedad, no son los únicos derechos absolutos así

⁴ Bobbio, Norberto. El Tercero Ausente. 1ª. Edición. Teorema Editorial. España 1997. páginas.154 a 158.

⁵ Bobbio, Norberto. El Tiempo de los Derechos. 1ª. Edición. Sistema Editorial. Madrid, España. 1991. Página. 64.

el sistema de principios o valores a transformado los argumentos contra el derecho natural como lo afirma el propio Bobbio.

Norberto Bobbio, hace referencia que: “la búsqueda del fundamento absoluto de los Derechos Humanos resulta ser infundada, y esta la sustenta en cuatro dificultades específicas como son:

1. Los Derechos Humanos resultan ser una expresión vaga, y tiene definiciones que son tautológicas, o en otros casos destacan alguna característica específica del derecho, o en su caso introducen valores a los sujetos. Por lo tanto, se debe buscar una noción precisa para la fundamentación absoluta de los Derechos Humanos.

2. Los Derechos Humanos constituyen una clase de variable que continuamente se modifica, si antes eran absolutos determinados derechos ahora son relativos y limitados históricamente hablando.

3. las diversas clases de Derechos Humanos son heterogéneas, donde se observan en una misma declaración diversas pretensiones de derechos, e incluso resultan incompatibles entre sí, y,

4. Existen derechos dentro de las declaraciones mismas, que son antinominados, ya que al realizarse la pretensión de uno impide la realización del otro”⁶

Siguiendo las ideas de Norberto Bobbio, enfatiza que existen “tres argumentos que dejan en claro que la fundamentación absoluta de los Derechos Humanos no es una garantía para su plena realización, como son:

PRIMERO. Los Derechos Humanos, única y exclusivamente se han respetado en la época en que los pensadores, habían encontrado conforme a su

⁶ Norberto Bobbio El tiempo de los Derechos. Ob.Cit. páginas. 53 a 60.

creencia que el fundamento y argumento irresistible para defender los mismos, lo era: la naturaleza humana.

SEGUNDO. Sin embargo, en las épocas actuales existe un reconocimiento de los Derechos Humanos (a pesar de su estado de crisis en el que se encuentra), ya que a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos los gobiernos han proclamado su aceptación, por ello, dice Bobbio, que no es necesario buscar "la razón de las razones" para explicarlos sino las soluciones para protegerlos, y

TERCERO. La realización de los Derechos Humanos no depende sólo de buenas razones (de buena voluntad y bondad de los gobernantes) sino que es necesario que se realice una transformación de ciertas condiciones históricas y sociales para lograr su objetivo de aplicación plena".⁷

Por ello, Bobbio, sustenta los siguientes argumentos contra el derecho natural:

1. Si el derecho es un conjunto de reglas de la conducta humana, que se hace valer con la fuerza, entonces el derecho natural sino cuenta con esta fuerza coercitiva, no puede llamarse derecho.

2. Si el derecho tienen como fin la conservación de la sociedad humana, entonces el derecho natural sino tiene fuerza coercitiva, tampoco puede garantizar la seguridad y existencia de los hombres, por lo tanto tampoco el derecho natural, es un verdadero derecho.

3. El derecho natural no funciona para dirimir controversias entre las naciones, gobiernos o pueblos, ni tampoco resulta ser una fuente idónea, para subsanar las lagunas del derecho positivo.

4. Si la palabra naturaleza en si misma, resulta equívoca. Luego entonces el estado de naturaleza dentro de la idea de la filosofía de algunos pensadores, se

⁷ Norberto Bobbio. Ob. Cit. páginas. 60 a 62.

toma en un concepto de "paz" y en otros, en un término "de guerra", en consecuencia esta idea difusa de la ley o del derecho natural confunde los alcances y contenidos de esta fundamentación iusnaturalista de los Derechos Humanos.

5. Si se parte de la idea, que exista un concepto absoluto y universal del concepto natural, también los es, que el mismo, tendría una fricción con el concepto de justicia. En este orden de ideas, si existiera algo justo tal vez puede oponerse a lo natural, así a la inversa, y,

6. A pesar de que existiera una idea absoluta de naturaleza y de justicia, donde ambos concepto no se contravinieran, también se verificaría la no-existencia de un acuerdo válido para el mundo actual de los Derechos Humanos. Donde la historia establecería la necesidad de creación de derecho concretos por la diversidad de actividades que desarrollan los sujetos, y no por los sujetos mismos, que sería en este último caso la sustentación de una fundamentación iusnaturalista.

Por lo tanto, en estas argumentaciones observamos, que existe una inclinación del pensamiento de Norberto Bobbio, en fundamentar como punto de partida de los Derechos Humanos, con base en una argumentación de carácter histórico. Aún así -afirma dicho autor- que: "esta fundamentación histórica, deberá estar justificada y sustentada en una doble vía: por un lado, tomando como punto de partida histórica de los Derecho Humanos, y por otro lado, tomando en cuenta la barrera que ponga límites al poder del Estado, con la debida protección y respeto de los Derecho Humanos"⁸.

En consecuencia, no se requiere o no es imprescindible una revolución radical, que formalice la protección de los Derechos Humanos, sino que esta labor debe ser gradual. Bajo esta temática Norberto Bobbio, plantea -siguiendo las ideas de Kant- y establece que el término "progreso humano", significa: "algo que era solo posible", por lo tanto, si la historia ha venido planteando que la actitud de

⁸ Norberto Bobbio. Ob. Cit. páginas. 169 a 173.

los hombres, ha venido retardando los medios que podrían asegurar el progreso hacia lo mejor, entonces dicho retraso respecto a las grandes aspiraciones de los hombres de buena voluntad no se debe aumentar con la desconfianza, o con el escepticismo, por ello Bobbio dice: "No hay tiempo que perder", esta alusión va en referencia precisamente para establecer una protección más efectiva de los Derechos Humanos. Debe partirse de esos mismos argumentos novedosos, extendidos y persuasivos de creación de los Derechos Humanos, para justificar un verdadero Estado de Derecho.

Con ello, se permite interpretar que la amplitud actual del debate sobre Derechos Humanos, tiene un signo de progreso moral de la humanidad, y que este progreso no se mide por palabras sino por hechos; por ende, no cabe solamente la buena voluntad de los hombres para enunciar los Derechos Humanos, sino que es necesario que esos deseos y esperanzas de buena voluntad, no se pierdan en la monótona repetición de la historia. En consecuencia, si existen los Derechos Humanos, entonces es posible su real aplicación en la virtud y la fuerza del impulso moral que de ellos se realice.

Por lo tanto, siguiendo estas líneas planteadas por Norberto Bobbio, se concluye que los Derechos Humanos nacen como derechos naturales universales, posteriormente se desarrollan como derechos positivos particulares y culminan su camino actualmente como derechos positivos universales, de ahí entonces, que su pensamiento se centre en la doble vía supracitada, en cuanto a la calidad y fundamentación de los Derechos Humanos con un contenido histórico y por ende, su severa crítica a la fundamentación iusnaturalística.

La fundamentación ética, parte de la tesis, de que el origen y fundamento de estos derechos nunca es jurídico, sino previo a lo jurídico. Eusebio Fernández señala: "El derecho positivo no crea los Derechos Humanos, su labor está en

reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente.”⁹

La naturaleza humana aparece dentro de esta doctrina como fundamento último de los Derechos Humanos como lo afirma Truyol y Serra, quien concretamente señalan: “(...) decir que hay Derechos Humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por estar consagrados y garantizados.”¹⁰

El problema entonces de la fundamentación de los Derechos Humanos, se cierne a una compleja actividad intelectual donde la filosofía y el derecho positivo, se integran para la formación de los Derechos Humanos, siendo precisamente un punto de encuentro entre derecho y moral. Donde el derecho presenta un nivel superior en cuanto al ordenamiento y la moral plantea los derechos centrales.

Peces Barba, ilustra aún más el contenido de esta fundamentación ética ya que refiere que: “la fundamentación de los Derechos Humanos, se explica sólo si, dichos derechos se incorporan al derecho positivo aún cuando su origen se encuentra en un plano de la moral, ya que la moral legalizada forma el objeto integral de los Derechos Humanos, que si bien existe una línea de distinción entre uno y otro (derecho y moral) también lo es que existe un punto de encuentro entre ambos, que son precisamente los Derechos Humanos”¹¹.

Norberto Bobbio, al respecto señala que el derecho: “(...) es una figura deóntica y, en consecuencia, es un término de lenguaje normativo, es decir, de un lenguaje en el cual se habla de normas y sobre normas. La existencia de un derecho, ya sea en un sentido fuerte, ya sea en uno débil, implica siempre la

⁹ Citado por Rivera Beiras Iñaki. La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La construcción Jurídica de un Ciudadano de Segunda Categoría. 1ª Edición, Bosch, Editorial Barcelona, España, 1997. Páginas 11 y 12.

¹⁰ Ibidem, Página 12.

¹¹ Ibidem, Página 13.

existencia de un sistema normativo (...). La figura del derecho debe tener la correlativa figura de la obligación (...). La vieja idea en torno a la posible existencia de obligaciones sin derechos correspondientes, como las obligaciones de beneficencia, deriva del hecho de negar que el beneficiario fuera titular de algún derecho."¹²

Por lo tanto, si partimos de esta idea, se dirá entonces que existen diversos sistemas normativos, donde se verifican ya sea obligaciones morales u obligaciones naturales u obligaciones positivas, desde este punto de vista como quedó asentado en líneas precedentes, los derechos morales o los derechos naturales no son verdaderos derechos, sino que son exigencias valorativas, que pueden ser eventualmente transformadas en derechos de un nuevo ordenamiento. Señalándose entonces que el propio concepto de moral resulta ser problemático ya que una cosa pudo ser el progreso científico y técnico y otra el progreso moral. Aunado a ello debe decirse si bien se puede medir el proceso científico y técnico, también lo es que nadie ha medido el progreso moral de una nación mucho menos de la humanidad.

Iñaki Rivera Beiras, señala que no son acertadas las críticas que Bobbio, formula a la teoría ética de los Derechos Humanos. Si se parte entonces –dice Rivera Beiras– que no solamente se ha desarrollado un proceso de positivación e internacionalización de los Derechos Humanos, sino que también se ha verificado un proceso de especificación o de multiplicación de tales derechos, y que se refieren al hombre según su categoría o estatus social que ocupe, entonces, no puede tenerse como fundamento moral tales derechos. Esto se debe no solamente a la existencia anterior o posterior de tales derechos, sino por un reconocimiento y protección que obedece a determinadas condiciones en las que se encuentra una persona, o determinadas categorías o sectores en las que los individuos desarrollan sus actividades.

¹² Ibidem. Páginas 161 y 162.

Por lo tanto, esto nos lleva a visualizar el nacimiento de nuevos derechos con base en una sociología jurídica, que nos permite observar el nacimiento de nuevos derechos con base en los cambios sociales.¹³

La fundamentación histórica, establece que los Derechos Humanos, son derechos variables y relativos a cada contexto histórico que el hombre mantiene conforme al desarrollo de la sociedad. Iñaki Rivera Beiras, sostiene que este tipo de derechos no se fundan en la naturaleza humana sino en las necesidades de los individuos y dichas necesidades dentro de la sociedad y según la evolución de ésta, se irán desarrollando y creciendo.

En este punto de análisis, Eusebio Fernández afirma, que el filósofo italiano B. Croce, difundió esta fundamentación histórica, con la investigación que llevó a cabo en la UNESCO en 1947, respecto a los fundamentos de la Declaración de Derechos del Hombre. Así el citado filósofo Croce, afirmaba que estos derechos son: “ (...) a lo sumo, derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata, por consiguiente, de demandas eternas, sino de hechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época e internos de satisfacer dichas necesidades (...)”¹⁴

Lo importante de esta fundamentación histórica es el haber aportado un reconocimiento de los Derechos Humanos, pero también en el haber justificado que tales derechos, mantienen una evolución, por ende, no pueden ser absolutos y universales, sino que dependen de un contexto histórico circunscrito a lugar, tiempo y espacio.

El propio Eusebio Fernández, señala que la perspectiva historicista es un verdadero modelo realista. Aún así el concepto actual de derechos fundamentales, tienen su antecedente y origen en la fundamentación iusnaturalista, de los siglos XVII y XVIII, relativo al iusnaturalismo racionalista, aún

¹³ Ibidem. Página 14.

¹⁴ Rivera Beiras. ibidem. Páginas 14 y 15.

cuando esta idea planteada se vea inmersa en una doble vía como sería la moral y el derecho, que sería lo contrario a lo argumentado por Norberto Bobbio.

Una vez analizadas estas fundamentaciones, debemos plantear siguiendo las ideas de Iñaki Rivera Beiras, que existe un desarrollo de teorías sociológicas, precisamente relacionada a la sociología del derecho. Lo cual nos llevaría a un cuarto fundamento de los Derechos Humanos, como sería la fundamentación sociológica, postura que apunta a contemplar al hombre en cuanto a su manera de estar y desenvolverse en la sociedad, al hombre según la categoría o sector de la vida social de la cual forma parte.

Analizar los derechos concretos como: los derechos de la mujer, los derechos de los niños, los derechos de los ancianos, los derechos de los incapaces, los derechos de los refugiados o de los extranjeros entre otros, justifica una serie de nuevos derechos, pero también de nuevos sujetos a quienes van dirigidos, esto es lo que fundamenta la noción sociológica de los derechos, también nos permite justificar el denominado "proceso de multiplicación y especificación de los Derechos Humanos"¹⁵.

Concluyéndose con base en lo planteado por Bobbio, que los derechos se han multiplicado en razón de que ha aumentado la cantidad de bienes considerados merecedores de una tutela específica; además de que los derechos se multiplican en razón de la especificación de la titularidad de algunos derechos y que se han extendido a sujetos diversos del hombre, e incluso la multiplicación y especificación de los Derechos Humanos, se debe principalmente a que el hombre ha dejado de ser el eje motor, genérico y abstracto en el que recae la pretensión del derecho. Esto ha generado diversas variables en cuanto a los titulares de los derechos protegidos.

Rivera Beiras, afirma bajo esta temática que los Derechos Humanos se auto constatan con características que tienen sus raíces netamente en el orden social, ahí se encuentra el verdadero origen de los Derechos Humanos.

¹⁵ Ibidem. Página 18 y 19.

De tal manera, que el sin número de variables que motivan la multiplicación y especificación de Derechos Humanos, dentro del fundamento sociológico de los Derechos Humanos y con los planteamientos sustentados por Rivera Beiras, se confirma la existencia de una construcción social de tales derechos, por ende, esto evidencia la necesidad del tratamiento de los derechos con base en la diversidad y no en la igualdad.

Análisis que innecesariamente debe observarse en las personas privadas de libertad, en cumplimiento de una condena que se ejecuta en el interior de la cárcel, por lo que es necesario analizar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que se sustentan dentro de la cárcel para confirmar que existe una violación estructural de Derechos Humanos.

Sin embargo, para concluir diremos que existen posturas como las de Beuchot, que anuncian un retorno del iusnaturalismo, para intentar fundamentar los Derechos Humanos, pero con matices de índole moral. Pretendiendo justificar que el derecho natural no solamente sería anterior al positivo sino también su propio fundamento.

En ese orden de ideas, la postura iusnaturalista sirve de base, para el análisis subsiguiente en cuanto a los derechos del hombre, sobre todo si tomamos en cuenta, que se pretende con la eficacia de la aplicación del derecho, el de proteger la dignidad humana.

Donde no cabe, la discusión si la fundamentación debe ser natural, ética, histórica o sociológica, ya que se parte entonces que la fundamentación de los Derechos Humanos es con el fin de enarbolar la propia dignidad humana.

Por último diremos que la clasificación moderna de los Derechos Humanos, se conocen como son derechos de primera, segunda y tercera generación. "Tales derechos son:

PRIMERA GENERACIÓN

- Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.
- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.
- Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.
- Nadie estará sometido a la esclavitud o servidumbre.
- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.
- Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.
- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- En caso de persecución política, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.
- Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.
- Todo individuo tienen derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

SEGUNDA GENERACIÓN

- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.
- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses.
- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- Toda persona tienen derecho a la salud física y mental.
- Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.
- La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.

TERCERA GENERACIÓN

- La autodeterminación
- La independencia económica y política.
- La identidad nacional y cultural.
- La coexistencia pacífica.
- El entendimiento y confianza.
- La cooperación internacional y regional.

-La justicia internacional¹⁶.

2. Diferencias entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales

Para muchos autores se plantean la cuestión de si los derechos fundamentales son exclusivamente derechos públicos subjetivos; es decir, si se refieren únicamente a facultades consistentes en pretensiones de hacer, intervenir o participar, así como recibir prestaciones que se reclamen sólo frente a los poderes públicos.

Bidart Campos sostiene que al erigir al hombre como sujeto activo o titular de cada uno de los Derechos Humanos, aparece indiscutiblemente la subjetivización, la personalización o la individualización de la titularidad; por lo que "considera a los Derechos Humanos como derechos subjetivos, pues su subjetivizan en la persona humana"¹⁷.

Esta idea tiene un doble proceso, el primero relativo al lugar, cuando se piense en la protección de otros ámbitos vitales que el de la autonomía o cuando se considere al Estado como amenaza de la libertad, bien, como el garante de ésta o como el suministrador, a través de los servicios que él organiza y proporciona, de determinadas prestaciones u oportunidades vitales; y el segundo a causa de la posición preeminente, desigual, que se desarrolla entre los particulares en la vida social, donde se manifiesta la posibilidad de que se ataque la libertad de los individuos, no solo por parte del Estado, sino por poderes privados.

¹⁶ Fuente: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

¹⁷ No debe entenderse al derecho subjetivo como opuesto al derecho objetivo, ya que el correlativo del derecho subjetivo es la obligación o el deber que tiene el sujeto pasivo frente al titular. El subjetivo y los derechos del hombre, a los que incluimos en su categoría, es algo propio del hombre pero debemos ser cautelosos en cada uno de los derechos, de descubrir su contenido, así como la presentación del sujeto pasivo que debe cumplir y la debida ubicación personalizada de ese sujeto pasivo, para no caer en confusiones.

Es por esto que se comienza a requerir al Estado para que responda por las violaciones a los derechos fundamentales que ocasionen sus órganos, así como por los ataques que procedan de los particulares; por lo que queda como garante de la afirmación de los derechos fundamentales en todo su ordenamiento. Este proceso, es lo que la doctrina alemana denomina eficacia mediata de los derechos fundamentales en el plano horizontal, pero que se encuentra condicionada hasta en tanto donde su afirmación no perjudique la autonomía negociadora de las partes que se considera como el principio rector del mundo de las relaciones privadas.

Empero, esta conclusión no debe constituir una renuncia de los derechos fundamentales, sino que se debe encontrar un equilibrio y adecuación entre la vigencia de ellos y el respeto al principio de autonomía de las partes.

La idea de las libertades públicas tienen su origen en el ámbito filosófico, en virtud de que los dos componentes del concepto, la libertad y lo público, constituyen términos que entrelazan a la filosofía con la política, en este sentido, como principios de acción política que otorgan cierto orden y relación entre gobernantes y gobernados, son de interés para el campo del derecho.

Las libertades públicas plantean aspectos fundamentales de las relación política, entre los que se encuentran la finalidad del Estado y el papel de la ley como límite de la acción gubernativa, empero, en la actualidad y sobre todo en el espacio jurídico mexicano, se les ha disminuido su valor y potencia como elementos complementarios de una categoría básica como lo es el estado de derecho.

En este orden de ideas, las libertades públicas son consecuencias de un Estado donde el derecho es una realidad, en el que el establecimiento y operación de las normas es tal, que estas alcanzan el rango de garantías efectivas para el ejercicio de las libertades públicas, como sucede en México.

En México, al hablar de las libertades públicas, de los derechos y deberes señala Serra Rojas "Siendo tan amplio el campo de la vida social en el cual el hombre tiene libertad de actuar, históricamente se denomina libertades fundamentales del hombre"¹⁸.

Por su parte, Manuel González Oropeza, en el Diccionario Jurídico Mexicano, se refiere al concepto de libertades públicas "partiendo de una semejanza con las libertades constitucionales, las cuales define como el rubro general en el cual se conjuntan todas las libertades incluidas dentro de las garantías individuales de la Constitución"¹⁹.

Por otro lado, Bidart Campos, aclara que la libertad pública "es la denominación predominante francesa, aunada a la de derechos y libertades civiles de la primera generación, etc. Por su lado, las libertades son positivas, o sea, recogidas en el orden constitucional normativo; por otro, deja fuera a los actuales derechos sociales"²⁰.

En este contexto, libertades públicas y Derechos Humanos, son conceptos estrechamente vinculados en una relación tal que en la mayoría de las veces se utilizan indistintamente como derechos fundamentales.

Por su parte, la escuela jurídica francesa, toma como centro de sus reflexiones la libertad humana a través de Jean Morange, quien establece: "las libertades públicas presuponen que el Estado reconoce a los individuos el derecho de ejercer, al abrigo de toda presión, exterior, cierto número de actividades determinadas. Así pues, son libertades públicas por que corresponde a los órganos del Estado, titular de la soberanía jurídica, realizar tales condiciones... (ya

¹⁸ Serra Rojas Andrés. Ciencia Política. Editorial Porrúa, Tomo II. México, 1971. Página. 604.

¹⁹ González Oropeza Manuel. Libertades Constitucionales, Diccionario Jurídico Mexicano, 2º Edición, Editorial UNAM-Porrúa, México, 1988. Página. 2024.

²⁰ Bridat Campos Germán J. Teoría General de los Derechos Humanos Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1989. Página. 169.

que) las libertades públicas sólo se conciben en el marco de un sistema jurídico determinado. El hecho de estas libertades correspondan a ciertas realidades concretas permiten distinguirlas de los derechos del hombre. Esta última expresión presupone, en efecto desde un punto de vista filosófico, que hay cierto número de derechos inherentes a la naturaleza humana. Esta concepción... hace considerar que la función esencial del estado consiste en asegurar la conservación de los derechos vistos como derechos superiores.²¹

Lo expresado con antelación, es de gran utilidad, ya que ofrece una definición unívoca, aclarando las diferencias entre las libertades públicas y los Derechos Humanos, erigiéndose como la fuente de éstas que encuentran su posterior realización en la operación estatal del marco jurídico que permite su ejercicio, en tal virtud, si se puede hablar de libertades públicas, pero no como sinónimos de los derechos fundamentales, sino como emergentes de ellos.

Por otro lado, no olvidemos que la conquista y defensa de las libertades públicas tienen una mayor relación con la lucha por limitar el poder; así en el liberalismo, las libertades se conciben en oposición al poder, de tal suerte que el crecimiento de uno disminuye la existencia de las otras y viceversa, donde las libertades tienden a defender al individuo de los abusos del poder, son garantías de libertad, por ello se puede afirmar que las libertades públicas, en el Estado liberal, existen frente al poder que ejercen los órganos estatales.

De lo anteriormente narrado, podemos afirmar que los principios que definen y fundamentan a las libertades públicas son, a la vez, los que están contenidos en los Derechos Humanos, por lo que al ejercer los derechos individuales, políticos y sociales, se da lugar a las libertades públicas en esos mismos ámbitos del quehacer humano.

²¹ Citado por Lara Ponte Rodolfo. Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano. 2º edición,

Jack Donnelly, sostiene que: “los Derechos Humanos son derechos morales de orden más alto, que se encuentran estrechamente relacionados con los derechos inferiores; sin embargo sólo se recorre de manera directa a demandarlos, cuando las soluciones legales no han servido para su protección o restablecimiento, por lo que la función especial de ellos, casi requiere que se les demanda precisamente cuando no se los puede hacer cumplir por los medios legales ordinarios, negando la existencia de derechos positivos ejecutables, es decir, todas las demandas de derechos son una especie de último recurso, en virtud de que los derechos sólo se reclaman cuando el disfrute del objeto se ve amenazado o transgredido”²².

Sin embargo, la fuerza y el valor verdadero de los Derechos Humanos consiste en que se pueda disponer de ellos precisamente cuando fracasan las demandas de derechos legales y otras instancias inferiores.

Los Derechos Humanos, desde una perspectiva más amplia, son un criterio de legitimidad política, esto es, en la medida que un gobierno los proteja y respete, ellos y sus prácticas son legítimas, tal y como lo establece la propia declaración Universal de los Derechos Humanos, estos son criterios para medir los logros de todos los pueblos y todas las naciones.

Asimismo, cuando alguien tiene un derecho humano no siempre existe una relación correlativa de deber fundamental, respecto al cual se pueda entender que tiene un deber fundamental que corresponde con ese derecho. Sin embargo, tampoco se trata de conceptos opuestos. La inexistencia de un derecho humano no supone la existencia de un deber fundamental y viceversa. Pero ambos opuestos, derecho y deber, se refieren a dimensiones de la vida del hombre en sociedad para satisfacer las necesidades fundamentales de su condición de hombre, a través de obligaciones que normalmente se establecen por el poder.

editorial UNAM-Porrúa, México, 1988. Página. 202.

²² Donnelly Jack. *Derechos Humanos Universales. En teoría y en la práctica*. Traducción de Ana Isabel Stellino, 2º edición, Editorial Germika, México, 1998. Página. 15.

Alguien posee un derecho fundamental sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece. Son derechos y deberes jurídicos donde el término de "derecho fundamental", se utiliza en su versión restringida; sin embargo, para muchos autores este término incluye a los Derechos Humanos, que no se encuentran incorporados al derecho positivo, otorgándole al término una dimensión moral, es de aquí de donde proviene quizás la característica más importante de los Derechos Humanos. Su concepto abarca a aquellos derechos no recogidos en el derecho positivo.

En fin, muchos criterios que parten de la naturaleza del concepto y fundamento de los derechos del hombre, reducen su razón de ser a dicho carácter, a que son por tanto derechos morales.

Al hablar del concepto de derechos fundamentales, muchos autores consideran idéntico este concepto con el de "Derechos Humanos"; sin embargo, existe una diferencia entre ellos. Para Juan Carlos Gavara, los Derechos Humanos son: "aplicables a todo ser humano en cualquier tiempo y territorio, es un concepto de origen iusnaturalista, por lo tanto, son derechos inviolables, intemporales y universales plasmados en documentos de orden internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano (1948), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"²³.

En tanto que, el llamado derecho fundamental, es un derecho humano jurídicamente garantizado, pero limitado a un espacio temporal, se encuentra incluido en los ordenamientos fundamentales.

²³ Gavara Juan Carlos. Ponencia del Master Internacional Derecho Penal, Constitución y Derechos, impartido los días 21, 22 y 23 de octubre 1999. Universidad Autónoma Metropolitana, México, Distrito Federal.

En México, se conocen como garantías individuales, en tanto que en España, la Constitución los establece como derechos fundamentales, tal y como se aprecia en el artículo 10.1 de aquella Ley, que enuncia "De los Derechos y Deberes Fundamentales. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos".²⁴.

Luigi Ferrajoli propone una definición teórica, meramente formal o estructural, al establecer: "son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo, cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas"²⁵.

Esta idea planteada por Ferrajoli permite englobar una teoría general de derecho sin perder la noción ética, formal y jurídica del concepto de derecho fundamental, es decir, los derechos de la persona a vivir conforme a su naturaleza y en comunidad con otras personas; y por lo tanto, son derechos fundamentales, no tanto por corresponder a valores, sino por que son universales e indisponibles, mismos que serían violados, si se impide a las personas desarrollarse según su naturaleza, por parte del Estado u otro individuo.

²⁴ Constitución Española. Edición Segunda, Madrid, 1993. Páginas 15.

²⁵ Ferrajoli Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Debate. Edición de Antonio de Caboy Gerardo Pasarello. Editorial Trotta, Madrid, 2001. Pagina 19..

3. Modelos iniciales de Evolución de los Derechos Fundamentales

Bajo esta temática debemos cuestionarnos entonces ¿cuál es el fundamento de los Derechos Humanos? Los acontecimientos históricos como los son: la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (del 4 de julio de 1776), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Francesa (de 26 de agosto de 1789), son verdaderos antecedentes que supusieron el reconocimiento normativo inmediato de los Derechos Humanos, sin embargo ¿por qué no se aplican? Y ¿por qué no se respetan los Derechos Humanos?.

3.1. El modelo Inglés.

El modelo inglés de los derechos fundamentales se caracterizó por plasmar factores culturales, sociales, políticos y económicos que serán la base y estructura de los derechos de primera generación.

Sin embargo, el modelo inglés no fue el primer escenario donde aparecieron los derechos, pues cabe hacer mención al modelo americano y francés; empero, si podemos afirmar que entre ellos existen relaciones e influencias determinadas, que confluyen en el modelo Mexicano de manera determinante.

Existen tres principales textos que caracterizan al modelo inglés mediante los que se articula el constitucionalismo y por ende forman la base de su estructura tales como: 1. La Carta Magna de 1215; 2. la petición de derechos de 1628 y 3. la Declaración de Derechos de 1689. Desarrollo que se produce en un periodo histórico de quinientos años.

La Carta Magna de 1215, establece en su contenido libertades y privilegios, más no derechos. No se habla del individuo como ente abstracto y como

destinatario de los derechos; se habla de las libertades de los ingleses o de algunos de ellos, a sus libertades como miembros de un grupo social determinado, sus derechos no son a título individual sino en calidad de noble, clérigo, mercader, etc. De tal forma que el instrumento jurídico en el que se manifiestan tales derechos no es la ley general sino la costumbre. Esta Carta es la expresión de una mentalidad medieval, en la que no se dispone de la idea del individuo, en razón de que Inglaterra se encuentra al borde tanto de una guerra civil como de una invasión extranjera, circunstancia que es aprovechada por parte de los nobles quienes condicionan su ayuda a la concesión de Juan sin Tierra de una serie de garantías en el orden político, económico y judicial.

Para Nazario González, el análisis de la Carta Magna de 1215, implica distinguir cinco niveles: "En el primer nivel, se comprenden los artículos en los que el rey recorta sus derechos con respecto a sus súbditos o reconoce sus abusos y muestra disposición a corregirlos. Limita las penas a los que hubieran cometido el delito de felonía, descentraliza la justicia que ya se pueda administrar en cualquier lugar y no solo en la corte; se compromete a reafirmar y devolver las libertades recortadas a la ciudad de Londres; condona multas y castigos que hubiesen sido impuestos como la ley y de manera injusta". Así Nazario González, continua señalando: "El segundo nivel, Juan sin Tierra, reafirma los privilegios de los nobles y de la iglesia, es aquí donde se conforma lo expresado en los primeros párrafos de este tema; son los nobles quienes son más favorecidos, la Carta es un documento netamente feudal o mediaval; verbigracia, el artículo 21 establece: "Los Condes y Barones sólo podrán ser juzgados por sus pares". Respecto al tercer nivel habla de lo que se conoce como pueblo llano, que en Inglaterra se llamará común y que la Carta se alude como hombre libre; refiriéndose, por ejemplo que "en nuestro reino habrá un solo peso de cerveza y de trigos así como una única medida para los paños y se prohíbe a los nobles que distingán de los bienes personales de sus vasallos". Por lo que se refiere, el cuarto nivel, trata de manera especial, lo que hoy en día conocemos como sectores más débiles de la

población, como viudas y menores de edad. En cuanto al quinto nivel, se habla de cierto sentido ecológico, ya que muestra un interés por conservar la naturaleza”²⁶.

Una vez más, afirmamos que dicha Carta trataba de afianzar el sistema feudal, pero que a finales del siglo XIII, se forma lo que se conoce como *Commune Consilium*, por parte de los representantes de los ciudadanos que día a día se va ampliando, para que a partir de mediados del siglo XIV se divida en dos cuerpos que delibera en dos grupos: Los Lores y los Comunes, donde estos últimos adquieren mayor importancia, sobre todo económica, surgiendo así el parlamento inglés.

Ya en el parlamento inglés, se comienza a producir el fenómeno de conservar en su memoria histórica la Carta Magna, que poco a poco, comienza a modificarse olvidándose de sus artículos como sentido feudal, y que preservan aquellos en los que se limita el poder real, para impedir que el monarca abuse de él, y que cuando viole los derechos de los súbditos, estos podrán incluso, levantarse en armas para reivindicarlos. Asimismo, se reconoce que existen derechos que no han sido legislados, por no ser necesarios, pues pertenecen a los que se llamó la “Common Law” (la Ley Común o la Ley del sentido común), surgiendo así el derecho a la propiedad, a la libre circulación, a no ser víctima del abuso del Estado, a gozar de garantías procesales, considerándolos abiertos a otros que se sigan gestando.

La Petición “of Raight” o petición de derechos de 1628, fue emitido por el Parlamento, redactado por Edward Coke, presenta a la “House of Lords” para su aprobación, quienes pretenden suavizar su contenido, exigiendo los Comunes se aprueba tal cual fue redactada. Algunos puntos de importancia del texto de este documento son: “Ningún hombre libre puede ser detenido o encarcelado o privado de sus libertades no declarado fuera de la ley ni desterrado o anulado en su personalidad si no es por un juicio legal de sus pares o por la ley del país”.

²⁶ González Nazario. Los Derechos Humanos en la Historia. Editorial Alfaomega. Universidad

Asimismo, establece al Rey la obligación de no pedir dinero prestado o a imponer impuestos que no estén contemplados en una ley emitida por el Parlamento y a que no declare la ley marcial o pena capital. Obligación a la ley que el rey respondió cerrando el Parlamento, para el año de 1640,. Carlos I lo reabrió obligado por la necesidad de recursos extraordinarios²⁷.

Por último, la declaración de derechos de 1689 o "Bill of Rights", contiene los siguientes puntos: más importantes: a) Las elecciones de los miembros del Parlamento serán libres; los parlamentarios tendrán libertad de expresión dentro y fuera del parlamento; b) el rey no puede suspender una ley que haya sido votada por el Parlamento; c) se prohíbe al rey formar ejércitos propios; d) así como de imponer impuestos por su cuenta; e) en los castigos no se impondrán castigos excesivos.

Como se ha analizado, este modelo inglés de los derechos fundamentales, se tiene que entender en íntima relación con el desarrollo histórico del constitucionalismo, modelo que se caracteriza por un triunfo del parlamento en quien se concentra el poder; que a diferencia de los países del resto de Europa, hay una variación del titular del poder, pero no de la calidad del poder, pues el parlamento tiende a hacerse supremo. La lenta transición del Estado monárquico al Estado democrático-liberal, es decir, se da una transformación paulatina de la ordenación estamental en el Estado parlamentario moderno, adaptando las instituciones existentes y creando, en menor medida nuevas instituciones.

Autónoma de Barcelona, España. 2001. Página 34.

²⁷ Después de una guerra entre el rey y el parlamento, donde Carlos I es ejecutado, se inicia el gobierno del parlamento denominado por los puritanos representado por Oliverio Cromwell, quien asume en su persona los plenos poderes. Tras su muerte, una facción ajena a la puritana restaura la monarquía en persona de Carlos II, hijo de Carlos I. Con el nuevo monarca, se originan crisis con el parlamento, circunstancia que se agudiza al asumir el trono su hermano Jacobo, Duque de York. Para 1687, el parlamento decide llamar al trono al protestante Guillermo de Orange, quien después de resistencias militares, el parlamento ante la llegada de los nuevos monarcas, redacta un documento que estos han de aceptar antes de asumir el trono.

3.2. El modelo americano.

Las Trece Colonias ubicadas en la costa norte atlántica del subcontinente americano, marcaron un hito en la historia contemporánea, pues entre 1585, 1607 y 1732, nace la primera Declaración de Derechos.

Las Trece Colonias, reciben un tipo de colonización diferente a la que realiza España sobre las suyas, se les enseña a trabajar y a organizar el suelo que posee ventajas similares al del suelo europeo, se extrajo la riqueza natural de las parcelas que la Corona brindó: madera, pieles, tabaco, arroz, etc, creando un comercio que se favoreció por la existencia de los numerosos puertos, así como al espíritu burgués de laboriosidad de los colonizadores que llegaron a ellas; intercalado con un espíritu de comunidad democrática. Asimismo, el espíritu de la Petición y la Declaración de Derechos, alcanzó a las colonias, pues tenían igual validez tanto en Inglaterra como en ellas, ya que poseían un sistema equilibrado de libertades, recogidos por un cuerpo de cartas reales, unas asambleas y un gobernador nombrado por la Corona. Se crearon así, colonias, sin necesidad de mestizaje como fenómeno social; con amplio desarrollo de los valores culturales, con una gran alfabetización generalizada, que se orientó en mayor medida a las ciencias experimentales.

La colonia de Virginia, tiene una posición central del mapa colonial que le dio un valor estratégico; aunado a la ventaja geográfica que poseía, una muy cómoda salida al mar; lo anterior, le otorgó la calidad de lazo entre las colonias del Norte y las meridionales.

Virginia logró un rápido e importante desarrollo económico debido al cultivo del tabaco, desconocido en Europa para ese entonces. Políticamente, Virginia, logró la ampliación de los derechos de la Asamblea por parte de los monarcas ingleses, que sentarían las bases de su autonomía en el gobierno interno. Por lo que al término de la Guerra de Siete Años, por medio de la cual Inglaterra obtenía

las posesiones Francesas que se extendían desde el río Ontario a la desembocadura del Mississippi, y de la negativa de ésta a que Virginia se expandiera; convoca al Primer Congreso Internacional en noviembre de 1774, mismo que por vez primera coordinó la política de las Colonias.

Posteriormente, se convoca a un Segundo Congreso Internacional que se llevó a cabo entre 1775 y 1776, que actuó como gobiernos provisionales de las Trece Colonias, acuñó moneda y estableció un servicio postal propio, dio el mando de las tropas al virginiano George Washington, y encargó a las colonias que redactasen una Constitución que definiese su gobierno con independencia de Inglaterra. Es aquí donde emerge Virginia, entre todas las colonias, por su iniciativa de hacer preceder cualquier texto legal de una primera Declaración de Derechos Fundamentales, la que hoy conocemos como la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia.

Veamos como surgió la Declaración de Virginia. A mediados de abril de 1776, esta colonia convocó a elecciones para que de los distintos condados se enviaran representantes, se reúnen 128 el 6 de mayo del mismo año, para el día 15 la Convención proclamó su independencia de Inglaterra, creando una comisión de 28 miembros con el encargo de redactar un doble documento una Declaración de Derechos y una Constitución. El proyecto aprobado por unanimidad fue el presentado por George Mason, sin otros cambios que el de añadir los artículos 10 y 14. El primero de ellos, ampliaba los derechos en materia judicial y el segundo se refería a un problema concreto surgido entre las dos comunidades de la colonia, la costera del este y la montañosa del oeste.

Por cuanto al contenido interno de la Declaración de Virginia, lo analizaremos con base a la interpretación de Nazario González, quien encuentra cuatro puntos clave de interpretación que se derivan de su texto: "a) Existe un blanqueo de artículos que responde al medio social colonial de las trece colonias, y que a partir de aquí adquieren un valor universal; b) Se advierte la influencia y el

peso de la herencia del pensamiento inglés; c) Aparece la notable influencia del pensamiento de Locke; y d) Se encuentra huella de los grandes pensadores del pensamiento ilustrado europeo, en especial del francés”²⁸.

a) Iniciemos con el medio social colonial y virginiano. La instrucción de la Declaración, comienza con expresiones como “El pueblo de Virginia, “reunidos en asamblea plenaria y libre”, no reflejan otra cosa que el medio patriarcal de toda sociedad colonial, con instrucciones elementales de carácter asambleario, sin organización política interna plenamente desarrollada, pero austera y trabajadora; la virtud y la templanza son valores básicos de la sociedad, a tal grado que se redacta un artículo integro en su honor (artículo 15). Asimismo, el artículo 16, añade estas virtudes recomendado que sean religiosos, por supuesto, dentro de una libertad religiosa.

Por su parte el artículo 1º formula “Todos los hombres son por su naturaleza igualmente libres...”, sin embargo persistía un problema desde la formación que consiste en la relación entre las tres comunidades que convivían en el espacio geográfico de las trece colonias. En consecuencia, el principio de igualdad basado en la naturaleza del humana contradecía claramente a la esclavitud y pedía la participación en pie de igualdad de las tres comunidades en el gobierno que surgiera en esa Declaración que se dio a este problema fue puramente formal pues, en el fondo se expresó que ni los negros ni los indios estaban representados en la Asamblea, esta posición reduccionista que surgió de la Declaración de los Derechos a favor de los blancos se reforzaría con lo establecido en el artículo 6 en el que expresamente se ponía como condición para ejercer el derecho al sufragio que “fuesen hombres que hubiesen dado pruebas suficientes de permanente interés por la comunidad y de vinculación a ella”.

Pero esta misma frase, “todos los hombre que den suficientes pruebas” sugería un significado también antireduccionista, para la comunidad blanca. Esto

²⁸ González Nazario Op. Cit. Página 61

es, todos los hombres, todos los colonos, sin restricción de nacimiento o nivel de renta poseerían el derecho al sufragio.

Por su parte, el artículo 12 muestra la personalidad de las colonias al establecer la defensa de la libertad de prensa; pues su ausencia a las lesiones contra este derecho son calificadas de despotismo, término que era aborrecido por el pensamiento de la ilustración por lo que se eleva esa libertad de prensa a la categoría de derecho fundamental, pero que cae en el error por omisión de no ampliar este derecho a una libertad más general de imprenta o de pensamiento. Otro claro reflejo de la vida colonial es el artículo 13 relativo al ejército, pues el texto defendía a la milicia, como modelo de ejército contrapuesto al ejército permanente, que queda proscrito como peligroso para la libertad. Finalmente deja asentado el principio de la subordinación del poder militar al civil.

Por último, el artículo 14 de la Declaración, expresa la idiosincrasia de la colonia de Virginia y su voluntad de expresión hacia el oeste. Los virginianos se sienten distintos, por lo que les sale al paso el artículo 14 que consagra el derecho del pueblo a un gobierno uniforme y como consecuencia la prohibición a los colonos del oeste de Virginia de crear un gobierno separado. Pero la importancia de este artículo consiste en que sienta las bases del derecho a la autodeterminación.

b) La tradición inglesa en los Derechos Humanos de la declaración de Virginia. Los artículos 8, 9 y 10, regulan los derechos en materia penal, mismos que se encuentran extraídos con una clara, e incluso copia textual, de la tradición procesal inglesa. Así, el último enunciado del artículo 8 es copia casi literal del artículo 39 de la Carta Magna Inglesa.

Mayor es aún la semejanza entre la redacción del artículo 28 del Bill of Rights y el artículo 9 de la Declaración.

Además existe otro influjo de la tradición inglesa en la declaración, que consiste en la institución del jurado. Pues de su texto se infiere que el artículo 8 y el artículo 11, este último de manera más explícita, hablan de esta institución. El jurado es un procedimiento judicial en el que el tribunal está formado por doce hombres buenos elegidos democráticamente entre los miembros de la sociedad en la que se ha cometido el delito y decide sobre su capacidad. Su fundamentación en los derechos de la persona radica en cuatro principios: el de que cada uno debe ser juzgado por personas de su mismo orden; el de que es un tribunal que conoce mejor las circunstancias del delito y el acusado; de que supuesta su composición es más difícil sobornar a doce hombres buenos que ya no volverán a ser jueces que de un tribunal profesional, y finalmente el de que utilizan para emitir su veredicto no textos elaborados, sino el sentido común.

C) El influjo de John Locke. Sabemos que las obras de Locke, especialmente las que contiene sus tesis políticas, eran muy conocidas por los habitantes de las Trece colonias. Por lo que en el artículo 16 que consagra la libertad religiosa, en el artículo 1º en relación con el precepto 3 donde establece un modelo de sociedad civil de indudable corte lockiano.

La influencia religiosa se desprende de la obra de Locke, denominada "A letter Concerning Toleración"; en este libro, como clave eminentemente religiosa y cristiana, define la tolerancia como la principal característica de la verdadera iglesia, sólo le pone un límite en clara línea iusnaturalista, las opiniones contrarias a la sociedad humana.

Otra obra que afecta directamente a la declaración es la denominada "The Two Treatises of Government". En esta obra nos propone Locke cómo en el estado de naturaleza, previo a la constitución de una sociedad civil, los hombres gozan de un estado de completa libertad de estado, también de un estado de igualdad, que una vez nacidos tienen el derecho de propiedad y que guiados por la razón viven en la seguridad que brinda el deber de no dañar a otro en su vida

salud, libertad o posesiones. Influencia que se nota en la redacción del artículo 1º de la declaración, que expresa "que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres".

Por lo que respecta al derecho que tienen los miembros de la sociedad civil, una vez constituía, de salirse de ella para regresar a su estado natural si el gobierno que ellos mismos crearon, atenta contra alguna de esas libertades fundamentales; esta influencia queda expresada en el artículo 3 de la Declaración que establece "cuando un gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que juzgue más conveniente".

d) Las huellas de la Ilustración europea. Después de la influencia que ejerció Locke desde Inglaterra, se produce en ellas y en el resto del continente, una eclosión del pensamiento occidental que se conoce con el nombre de Ilustración. Por lo que los habitantes de las colonias conocieron y absolvieron dicha producción. Especialmente eran apreciados por Montesquieu, con su obra el Espíritu de las Leyes en la que dedicaba a la República como régimen político y la relación que establecía entre República y virtud. Esta afinidad con los colonos se debía a la nitidez en la doctrina de la división de poderes.

3.3. El modelo francés

Con la ruptura de la unidad religiosa, se producen tres posibles soluciones para reencontrar dicha unidad, se busca a través de razones puramente religiosas, otras son, quizá las que la mayormente se seguían, las razones políticas y económicas. Estas razones se buscan incluso, a través de la guerra para reconducir a la unidad perdida. En muchos países se establece el principio "cuius regio eius religio", cuyo objetivo era el de unificar la creencia del pueblo según la

creencia de su soberano. Así, los siglos XVI y XVII se vieron plagados de estas alternativas, mismas que fracasan para concluir en un pluralismo

En Francia, la tolerancia se estampa en el Edicto de Nantes, publicado en 1598 por Enrique IV, empero, esta filosofía sufre diversos embates hasta llegar al exilio después de su revocación.

Toda la represión y el intento fallido por encontrar la tolerancia y la libertad de conciencia que promulga el Edicto de Nantes, desembocan, un siglo más tarde en la Revolución Francesa, pues todo el exceso católico y del Estado absoluto provocan la existencia de un anticlericalismo que se da en Francia en 1789 y durante todo el siglo XIX.

Como se ha analizado, la revolución francesa se provoca gracias a la convergencia de tres factores: el pensamiento filosófico político del siglo XVIII, el constitucionalismo norteamericano, (mismo que ya hemos estudiado) y la tiranía prevaleciente en Francia.

La Asamblea Nacional de 1789 hubo de conocer de numerosos proyectos declarativos hasta desembocar en la gran declaración del mismo año. Algunos de ellos es el de Lafayette, de 11 de julio, el de Crenère, de 1º de agosto, y el de Rabaud de Sain Etienne, de 12 de agosto.

Sin embargo, es en el Comité de los Treinta, cuyo objeto era preparar un texto que sirviera de base para la Constitución, donde su porta voz, Joseph Mounier expresa: "el comité ha creído conveniente para recordar el fin de nuestra Constitución, hacerla preceder de una Declaración de Derechos Humanos. Esta Declaración se podría al frente de la Constitución y no aparte"²⁹.

²⁹ Citado por González Nazario. Op. Cit. Página 91.

Es aquí donde los Derechos Humanos emergen por vez primera, en el proceso de la Revolución Francesa, pero sobre todo, ligándolos con la Constitución, pero reconociéndoles diferencias y prioridad sobre ella.

Una vez cometido el objetivo del Comité de los Treinta, la Asamblea Nacional nombra un Comité más reducido, el de los Ocho, al que le fue encargado el anteproyecto de la Declaración. El Comité de los Ocho presentó dos proyectos a la Asamblea, optando esta por el de Mounier, como documento de trabajo para elaborar el texto definitivo.

Después de un largo proceso de creación y aprobación, la Declaración de 1789 cubría la primera etapa de la Revolución, pero al mismo tiempo se había creado la segunda Declaración en el tema de los Derechos Humanos; en su redacción definitiva se cuentan con tres partes, un encabezamiento, un preámbulo y un articulado.

El encabezamiento: Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el que se utiliza por segunda vez el término de "declaración", en segundo lugar, se expresa que son Derechos del Hombre. El término ciudadano, para Rousseau, implicaba un rango o estatuto superior conseguido a través del sacrificio del interés personal y con la evolución del interés de la cosa pública.

Por cuanto hace al preámbulo, éste se redactó evocando la idea de universalidad, circunstancia que no se dio en el de la Declaración de Virginia, al hablar de los gobiernos en general; asimismo se encuentra en él, una serie de definiciones de los derechos naturales que algunos autores llaman clásicos.

Ya en el texto, los dos primeros artículos retoman los mismos derechos que establece el artículo 1º de la Declaración de Virginia; esto es, se especifican los derechos de libertad, propiedad, seguridad, resistencia a la opresión; y serán derechos que según la Declaración de Virginia el hombre tiene por naturaleza, y

que es sinónimo de “con los que nace y que pertenecen”. Lo mismo sucede con, los artículos dedicados a los derechos en materia penal (7, 8 y 9) en los que se encuentra una similitud en la tipificación de las tres principales figuras de abuso en materia penal.

La primera de ellas, consiste en la prohibición de que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la Ley del país, o lo que es lo mismo, nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley previamente establecida (artículo 8 de la Declaración de 1789), la segunda, es la necesaria proporción entre la pena y el delito, que en el artículo 8 de la Declaración de 1789, recoge bajo la fórmula “la Ley no debe establecer más que las penas estrictamente necesarias”, la tercera , habla de la presunción de inocencia, que en el artículo 9 establece que toda persona ha de ser presumida inocente hasta que sea declarada culpable.

Ya para el artículo 3, se nota la clara influencia de la doctrina de Rousseau, como alguna influencia de Locke. Dicha influencia se da en dos niveles: Cuando en su obra del Contrato Social, se habla de que “Las leyes son actos de voluntad general”³⁰, en tanto que en el artículo 6 de la Declaración comienza “La ley es la expresión de la voluntad general”. El segundo nivel se da cuando en el Contrato Social se habla de “La soberanía no es otra cosa que el ejercicio de la voluntad general”³¹, “la voluntad general es una autoridad mayor y superior a todas que nace como consecuencia del pacto”, en que “cada uno de nosotros pone en común toda su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general”. Estas ideas se ven claramente plasmadas en el artículo 3º de la Declaración que establece “El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún órgano ni ningún individuo puede ejercer su autoridad que no emanen expresamente de ella”.

³⁰ Iden. Pagina 91.

³¹ Ibidem. Página 91 y 92

Rousseau habla de que el pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas, en tanto que en el artículo VI se dice que: Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de su representante en su formación.

Asimismo, habla de que la legislación debe tener dos objetivos, la libertad y la igualdad. Por su parte en la Declaración, en su artículo 5º, se señala: la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad, mientras que la igualdad queda expresada en el artículo 6º que como debe ser igual para todos, tanto si protege como si castiga.

En la segunda parte del artículo 6º, se aplica la ley como último criterio político, aplicado a los temas de gobierno. De la misma forma, este artículo habla de que los ciudadanos tienen el derecho de participar en la formación de la ley personalmente o por sus representantes.

Los artículos 7, 8 y 9 establece que se aplicará a los temas penales el concepto de ley suprema; "Ningún hombre puede ser acusado, detenido ni encarcelado sino en los casos determinados por la ley"; "la ley no debe establecer más que penas estrictas y equivalentemente necesarias", "La ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario".

En el artículo 10, habla del pensamiento nadie debe ser inquietado por sus opiniones (...) en tanto no altere el orden público establecido por la ley. El artículo 11, por su parte es el dedicado a la libertad de expresión "La libre comunicación de los pensamientos... es uno de los derechos más preciados del hombre... salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los determinados por la ley".

Asimismo, el gran debate de la libertad de pensamiento sobre todo en materia religiosa y la libertad de expresión, sucede en los artículos 10 y 11 de la

Declaración. El artículo 10, señala: "Nadie debe ser inquietado por sus opiniones incluso religiosa". La libertad religiosa se aprueba pero en forma mínima, como una formulación negativa, no tomándola como objeto principal sino de un marco más amplio y por último no se hizo mención expresa de la libertad de cultos.

Por su parte, el artículo 11, que habla de la libertad de expresión, ocasionó el debate, donde la censura se convirtió en el eje del mismo.

Los asuntos pendientes que faltaban por analizar, son el ejercicio (regulado en el artículo 13), los impuestos (artículo 14) y la administración o el poder ejecutivo, (artículo 15). Artículos que por la premura del tiempo se aprobaron precipitadamente, pero que ingresan al lenguaje tres palabras nuevas "fuerza pública", "contribución" y "agente público".

La primera de ellas, se otorga al ejercicio, que ya no estaría a disposición del monarca, sino para salvaguardar la seguridad de todos. La palabra "contribución", sustituyó al de impuesto, ya que la contribución se le daba un significado democrático, es una participación y no una mutilación de la propiedad. Por su parte "agente público" se le llama a todo el complejo organigrama público que ejercería el poder ejecutivo, por que lo público es del pueblo de quien emana su autoridad y ante quien por tanto había de ser responsable.

El artículo 16, que cierra la Declaración, impuso el realismo y la claridad, se fundía a los tres poderes, el legislativo, judicial y ejecutivo, en una institución superior que los regula, la Constitución.

Por último, el artículo 17 habla del derecho de propiedad como inviolable y sagrada, y la privación de la misma, sólo podría hacerse a través de la necesidad pública, refrendada por la ley.

3.4. Modelo Mexicano

Ahora bien, por lo que respecta a éste modelo de evolución de los derechos fundamentales, es importante destacar la influencia que los anteriores han tenido sobre éste, destacándose principalmente la corriente iusnaturalista (tanto clásica como moderna) que sobre este modelo predominó en un inicio, para el reconocimiento de ciertos derechos; sin embargo, se realizara una breve reseña de los aspectos más generales que de alguna manera influyeron en la gesta de derechos fundamentales en el modelo mexicano; siendo el más influyente de ellos el llamado iusnaturalismo.

Así, el iusnaturalismo, el cual puede reducirse a dos principales etapas como son: la clásica y la moderna; la primera de ellas es la de los griegos; el derecho romano y la escolástica, tanto mediaval como postmediaval, destacándose autores como Aristoteles, Santo Tomas, Duns Escoto, Victoria y Suárez; en tanto que la moderna es aquella que parte del siglo XVII y llega a la actualidad. Es sobre todo la de los iusnaturalista como Hobbes, Grocio, Puffendorf, Tomasius, Leibniz, Kant, Hegel y otros posteriores.

Al respecto, Mauricio Beuchot, señala "existen rasgos diferenciales entre una y otra. Por ejemplo, el derecho natural clásico es objetivista, mientras que el moderno es subjetivista, en la medida en que uno se coloca en la naturaleza de las cosas o de las relaciones justas, y el otro pertenece a los sujetos o individuos como una propiedad, garantía o libertad... Asimismo, el clásico hacía énfasis en la Ley; el otro, en el derecho, de manera que para uno era más importante que se cumpliera la ley natural, y para el otro que se tuvieran derechos naturales y se hicieran valer"³²

³² Beuchot Puentes Mauricio. *Los Derechos Humanos Historia y Filosofía*. 2ª Edición, Biblioteca de Ética Jurídica del Derecho y Política, 2001. Páginas 97 a 98

Retomando esas ideas (clásica y moderna), tenemos que el iusnaturalismo en la Nueva España se vio representado por una corriente de pensadores religiosos que en ese tiempo tuvo mayor auge (la liberación religiosa), principalmente en el siglo XVI por Fray Bartolome de las Casas, Alonso de la Vera Cruz y Tomás de Mercado, mientras que en el siglo XVII por Juan de Zapata Sandoval, Juan de Palafox y Mendoza, ya para el siglo XVIII se vio representado por Francisco Xavier Alegre y Juan Benito Díaz de Gamarra y Dávalos

En este sentido, al ser la religión uno de los medios por el cual se logró la conquista Española sobre los pueblos indígenas, y que bajo el imperio de ésta se presentaron una serie de abusos, violaciones y saqueos a nombre de la Corona Española fundando su actuar en la religiosidad de los pueblos sometidos, es a consecuencia de esto que surge la inconformidad de un pequeño sector de religiosos dispuestos a defender los derechos de los naturales de la región, siendo uno de los precursores más reconocidos Fray Bartolome de las Casas quien con ahínco pretendió siempre la dignificación de los derechos indígenas

Siendo evidente la lucha frenética que Fray Bartolome de las Casas realizó a favor de la defensa de los Derechos Humanos principalmente en la corriente iusnaturalista, de esta forma, hereda esta doctrina, y la lleva a una mayor concreción, impulsado por la problemática actual del Nuevo Mundo. El derecho natural, pues considera que este surge de la propia naturaleza humana, dado que pertenece a todos los hombres sin distinción, además de que la naturaleza humana es la racionalidad, de ahí que el derecho natural es la aplicación misma de la razón a las cosas de la vida del hombre. La ley natural prescribe aquellas cosas que son para el bien y la virtud del hombre, pero se trata de la recta razón, no de la razón sin más, así el pecado más nefasto no deroga el derecho natural.

Bajo esta premisa, Fray Bartolome de las Casas aplica el derecho natural al caso concreto de los indios y establece que lo primero que brota de la naturaleza humana es la sociabilidad del hombre, tanto por el instinto como por la

razón, y eso le autoriza a tener sociedades y estados. El hombre solo no puede conseguir las cosas necesarias para su vida, pero en sociedad si puede hacerlo. Por ello, todo lo que es necesario y conveniente para la sociedad humana es la ley natural.

Por su parte, Mauricio Beuchot, con respecto al particular establece: "el hombre por derecho natural, nace libre, y sólo por el derecho de gentes o por derecho positivo puede llegar a ser siervo. La libertad es una de esas cosas que se necesitan para que el hombre realice su naturaleza, los fines de la misma, por lo cual le pertenece por derecho natural. Junto con el derecho a defender la propia vida y la de la prole o de la especie, está el defender la libertad, ya que es tanto o quizá más apreciable que la vida misma. El hombre tiene inteligencia y voluntad, en cuya coordinación consiste el ser libre"³³; de ahí la importancia que se dio al pensamiento de Fray Bartólome de las Casas, pues con ellas expresaba fórmulas que parecen anticiparse a la modernidad y las cuales de alguna forma influyeron en el reconocimiento de Derechos Humanos en los pueblos indígenas.

Tal fue la reflexión de las Casas sobre el iusnaturalismo y sobre todo, su meritoria aplicación al problema del Nuevo Mundo, al utilizar la idea del derecho natural para oponerse a las injusticias que se cometían. Incluso con el derecho natural se opone al derecho de gentes que, como sabemos, en ese entonces legitimaba la esclavitud. Sin embargo, gracias a esas concepciones y aplicación del derecho natural, Bartolome de las Casas trascendió y superó la misma circunstancia de la época y se adelantó a los tiempos futuros.

Otros religiosos que aplicaron el derecho natural para defensa de los indios en el Nuevo Mundo, fue Fray Alonso de la Vera Cruz quien aplicó ese derecho humano, en la cuestión del dominio de los indios, sobre los bienes de los cuales fueron despojados y sobre la guerra injusta de que fueron objeto, donde fueron privados de ese dominio; en ese mismo sentido, Fray Tomas de Mercado aplicó el

³³ Mauricio Beuchot. Op Cit. Página 102.

iusnaturalismo a cuestiones comerciales al señalar que el comerciante tiene como principal objetivo no su enriquecimiento propio, sino el de su sociedad.

Posteriormente, en el siglo XVII, Juan de Zapata y Sandoval, retomando las ideas de Fray Bartolome de Las Casas, aplica de la misma forma el iusnaturalismo pero enfocado a la cuestión de la justicia distributiva; es decir, consideraba que el derecho natural concedía prioridad a los naturales de un lugar (indios) cuando estos eran capaces o dignos para gobernar, y no a favor de los Españoles que venían de la metrópoli con alguna recomendación o de plano con algún beneficio.

En esta línea de ideas, Mauricio Beuchot considera que Juan de Zapata funda su concepción en cuatro puntos esenciales: "El primero, por que los nacidos en un lugar son a los que inmediatamente les pertenece. El segundo, por que el amor a su patria harán que se interesen más por el bien común de la misma. El tercero, por que son los que mejor conocen las circunstancias concretas del lugar, y son los que estas más compenetrados con ella, por lo cual pueden encontrar mayores soluciones y en cuarto lugar por que conocen el idioma de los indígenas"³⁴;

Otra aplicación del derecho natural a los problemas de América se dan con Juan de Palfox y Mendoza con su tratado sobre la naturaleza del indio, y sobre sus virtudes y sus vicios.

Ya en el siglo XVIII, Francisco Xavier Alegre con tendencias renovadoras de la enseñanza filosófica, muestra una cierta apropiación del iusnaturalismo moderno mediante un tratado sobre las leyes, donde comienza con la ley general, y para ello se apoya en la ley positiva, que es el que más nos resulta conocida. Pero siempre tiene como trasfondo y referencia la ley natural. Por ejemplo, discute con Hobbes la idea de que la ley surge principalmente de la voluntad del legislador

¹⁴ Ibidem. Página 105.

y sostiene (siguiendo a Santo Tomás) que depende de su inteligencia, dado que la ley debe ser racional o justa, si no se anula.

Continuando con Francisco Xavier Alegre, la ley natural y la ley positiva se encuentran íntimamente vinculadas, pues considera que la ley natural es la que fundamenta a la ley positiva, y si esta última se opone a la primera se hace injusta y deja de ser ley, además agrega algunos principios básicos para la defensa de ese derecho natural. El primero de ellos era el hacer el bien y evitar el mal. El segundo era el de la conservación propia, que implica al anterior con respecto de sí mismo y es común en toda sustancia. Otro sería la conservación de la especie, en la procreación y la educación.

Por último, es preciso señalar que en este periodo colonial los Derechos Humanos comienzan a tomar mayor fuerza (para lograr su fundamentación y respeto) por la reflexión y defensa del derecho natural, pues, si bien es cierto, en la práctica fueron muy violados por los que estaban en el poder, también es cierto que no faltaron teóricos que los defendieran hasta llegar a nuestros tiempos; es así como esa corriente iusnaturalista de alguna forma trascendió de la época colonial a nuestros tiempos en la evolución de los Derechos Humanos en México, ya que, aún después de la colonia diversos autores como Práxedes Sánchez Padilla, Mariano Otero, Ponciano Arriaga, Ricardo Flores Magón no cesaron su lucha frenética por la defensa de los derechos fundamentales del hombre, retomando la idea de iusnaturalismo, concepciones éstas que apenas en el siglo pasado actual fueron adquiridas por Recasens Siches y Eduardo García Maynez, adoptando dicha postura (iusnaturalismo) en su llamada "axiología jurídica". Siendo de esta forma, como emergieron los Derechos Humanos en nuestro país.

De los modelos analizados, podemos distinguir que entre el modelo americano y el francés, poseen un método de obtención que implica la cuestión de su fundamento, ya que mientras la Declaración Francesa se funda en un iusnaturalismo realista, las declaraciones americanas se fundan en un

iusnaturalismo conectado con una norma moral que viene dada y que en último término no se puede independizar del fenómeno religioso, ésta pretende encontrar la viabilidad de la convivencia entre concepciones muy diferentes, basándose en la tolerancia. Por lo que respecta al modelo mexicano, en este podemos destacar de forma contundente la influencia de los anteriores recalcando que desde su inicio se fundamenta por el iusnaturalismo clásico y moderno.

Por lo que respecta al tema de la división de poderes, la acepción francesa se tradujo en un principio de legalidad, lo que significa que la norma emana del legislador y pretendía independizarla de cualquier injerencia por parte del poder judicial; en el ámbito anglosajón se protege sobre todo la libertad individual, en tanto que en la concepción americana se determina la justicia de una Ley atendiendo a su elaboración democrática pero sobre todo con respeto a los principios constitucionales en contrario sensu, la francesa considera justa cualquier norma democráticamente elaborada, dando un carácter al poder legislativo, no existiendo norma creada por encima de él.

Lo importante de estos modelos, es que comparten un elemento común, que es su carácter negativo de oposición a la forma de poder ilimitado. Pero ya sea en la Declaración Francesa, Americana, Anglosajona o Mexicana, se reconoce que la persona humana, poseedora de su dignidad única, es el punto de partida natural desde donde se construye cualquier concepto de Derechos Humanos y por ende su teoría, es por ello que la mayoría de los autores consideran a los Derechos Humanos como aquellos derechos que son favorables para el ser humano, por el simple hecho de serlo que se derivan de su intrínseca dignidad, necesarios para el desarrollo pleno de su personalidad y que por lo tanto se reclaman como derechos fundamentales frente a todos los demás hombres y de forma especial frente al Estado y el poder, convirtiéndose así en la expresión jurídica y política de la dignidad humana.

4. Proceso de positivación, Generalización e Internacionalización de los Derechos Humanos.

a) Positivización

Peces-Barba, sostiene: "que la evolución de los derechos, que arranca a partir de la revolución liberal en Francia y en los Estados Unidos, se puede analizar desde tres procesos: el de su positivación, el de su generalización y el de internacionalización"³⁵.

Continuando con ese autor, el primero de ellos, es aquél proceso que se inicia a partir del siglo XVIII, por medio del cual se afianza la influencia del concepto de derechos naturales y la necesidad de integrarlos al derecho positivo para la eficacia social de los derechos.

Hemos hablado ya del derecho positivo y de algunas de sus acepciones, mismas que nos ayudarán a entender éste rubro.

Los Derechos Humanos no ingresan a la positividad por el mero hecho de que se hayan formulado normas escritas de reconocimiento; las declaraciones de derecho son sólo una etapa que necesita del reconocimiento final, es decir, hasta que se conviertan en normas integrantes de la dimensión sociológica del mundo jurídico. Los Derechos Humanos ingresan sólo cuando alcanzan vigencia sociológica en la misma dimensión del mundo jurídico. Es aquí donde los hombres tienen acceso a ellos, los ejercen, gozan, disponen y disfrutan.

Lo importante, como ya sabemos, no son las normas escritas en Constituciones o Tratados Internacionales, que carezcan de la fuerza en sí

³⁵ Peces-Barba Martínez Gregorio. Derecho y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1993. Página 333.

mismas, para lograr eficacia, sino que lo fundamental, consiste en que aún a falta de tales normas los Derechos Humanos gocen de vigencia sociológica.

Empero, no resulta del todo ocioso formular los derechos en normas escritas, si ellas cuentan con un rango eminentemente en el sistema normativo, pues de esta forma se vuelve viable su invocación para lograr su aplicación que otorguen vigencia sociológica a los derechos.

Por otro lado, la proliferación, ya sea en Constituciones, Tratados Internacionales o en leyes, cumplen la función docente y difusiva de los Derechos Humanos, cooperando a propagar la convicción de que son importantes de que merecen amparo y promoción y de que es necesario su incorporación a la positividad.

Ahora bien, partiendo de lo establecido en las líneas anteriores, en la evolución de los derechos fundamentales se ha dado un proceso de integración de estos al derecho positivo, que por lo general se da a nivel constitucional, o en su defecto con reserva de Ley.

El proceso de positivación comienza propiamente en los siglos XVII y XVIII y se desarrolla fuertemente en los siglos posteriores hasta el grado de que hoy en día, todos los Estados democráticos consagran los derechos fundamentales en un capítulo normalmente destacado de su Ley Constitucional como también en otras clases de leyes que desarrollan luego los preceptos constitucionales sobre la materia.

En tanto, que la positivación de los Derechos Humanos, debe entenderse como el proceso en virtud del cual ésta clase de derechos al margen del debate filosófico acerca de si son derechos naturales, derechos morales, o derechos meramente históricos, se han ido incorporando al derecho positivo interno de los Estados, especialmente a través de las Constituciones Políticas de éstos, lo cual

ha venido a suministrar a los Derechos Humanos una base jurídica de sustentación objetiva que, junto con hacerlos más ciertos, favorece también su mayor efectividad

Se puede afirmar que, la positivización de los derechos fundamentales será el conjunto de las normas de un ordenamiento jurídico positivo, que encuentra su fundamento en la moralidad de la defensa de la dignidad del hombre, basada en los valores de libertad e igualdad que representan las normas materiales básicas de este ordenamiento.

Anteriores o no al derecho positivo, los Derechos Humanos se han incorporado hoy a una buena parte del derecho de los Estados, lo cual junto al proceso de internacionalización de estos mismos derechos, permite la existencia de un auténtico derecho positivo de los Derechos Humanos.

b) Generalización

Para el siglo XX, se extiende la generalización del sufragio en países como Francia, Gran Bretaña, Alemania, Italia, España y la aparición del Estado Social de Derecho, con el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales; tal fenómeno encontrará su consolidación tras la victoria de la democracia frente a los regímenes nazista y facista, surgido de la promulgación de la Constitución Italiana en 1947 y la Constitución Alemana en 1949 y tras la desaparición posterior de varios regímenes autoritarios.

Tras la segunda guerra mundial, se consolida el proceso de internacionalización de los Derechos Humanos con la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas de 1948 y pactos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales en 1966, en América la Declaración de 1948 y Convención de 1970, y en Europa se da el convenio Europeo y Protocolos adicionales a partir de 1950.

Los Derechos Humanos, en la expresión y garantía objetivas que de ellos se encuentra hoy en el derecho nacional o interno de los estados, y asimismo, en el derecho internacional, son la manera en que la moralidad primero y el mundo contemporáneo después, han encontrado para patentizar la dignidad del hombre y para hacer de alguna manera exigible los valores que esa dignidad supone en forma generalizada.

De la idea de dignidad de la persona humana surgen algunas demandas o exigencias morales que bajo la denominación más comúnmente adoptada de Derechos Humanos, van surgiendo conceptualmente en el tránsito del medioevo a la edad moderna, y lo que tiene una real importancia, incorporándose al ordenamiento jurídico de los Estados, o sea, al derecho interno de estos, y luego, a partir del siglo XX, al derecho internacional.

Es por ello, que el proceso de generalización, tiene como objetivo superar los desajustes, entre unas declaraciones de igualdad natural y una realidad que lo rechazaba. Sin embargo, dicho intento se ve obstruido por dos movimientos contradictorios: por un lado el de liberalismo conservador, que se negaba a sostener la libertad generalizada para todos; y por el otro, el socialismo totalitario, representado por Max, Engels, Lenin, que buscaba la desaparición despectiva del concepto, construyendo la igualdad desde el postulado de la descripción de la libertad y de las instituciones jurídicas y políticas surgidas de la revolución liberal.

Sin embargo, afirma, Peces-Barba, "sectores cada vez más importantes tanto en el seno del liberalismo como del socialismo llevarán adelante la generalización de los derechos fundamentales, partiendo de la tesis de que no existe contradicción, sino complementariedad, entre los ideales de la revolución liberal y del socialismo entre libertad y la igualdad"³⁶.

³⁶ Peces-Barba Martínez Gregorio. Op. Cit. Página 335.

En tal virtud, el paso al sufragio universal y el reconocimiento del derecho de asociación supuso la incorporación de la clase trabajadora al sistema representativo, dicha incorporación produjeron la creación de un nuevo tipo de derechos, los sociales, económicos y culturales, que son la base del cambio del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho.

A partir de este proceso histórico, cabe la posibilidad de construir una teoría de los derechos fundamentales con la base complementaria de esos dos valores de libertad y de igualdad que se pueden integrar en la idea de una libertad igualitaria.

Martínez de Pisón, siguiendo a Peces-Barba, sostiene: "que el proceso de generalización, implica la extensión de los derechos a todos los miembros de la comunidad"³⁷.

El proceso de internacionalización

Sin embargo Agustín Squella, sostiene, tanto la internacionalización, de la cual hablaremos más adelante, como la positivación de los Derechos Humanos "constituyen, ambos, un proceso de positivación de los Derechos Humanos o sea, la incorporación de éstos al derecho positivo, primera de carácter nacional o interno y luego de carácter internacional, entendiéndose por derecho positivo, desde luego, el derecho puesto o formado por actos del hombre, más o menos deliberados y consistentes según los casos"³⁸.

La base que proporciona hoy el derecho positivo o los llamados Derechos Humanos es la de saber cuáles son, permitiendo argumentar a su favor desde una

³⁷ Martínez de Pisón José. Derechos Humanos. Fundamento y Realidad. Editorial Egado, Zaragoza. 1991. Página 26.

³⁸ Squella Agustín. Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos. Biblioteca de Ética Filosofía del derecho y Política, Número 45, Segunda Edición, México, 1998. Páginas 95 a 103

cierta realidad, produciendo resultados en cuanto a la eficacia de las reclamaciones a favor de la garantía y protección de tales derechos.

Es decir, la positivación proporciona una base de sustentación objetiva que permite una mejor identificación de los Derechos Humanos y una mayor eficacia de las reclamaciones a favor de su garantía y protección.

La internacionalización, dice Bridart Campos, debe ser vista "como una manifestación cultural del consenso generalizado en torno de los derechos del hombre"³⁹.

Asimismo, la internacionalización, esto es las declaraciones internacionales de los mismos como los pactos, tratados o convenciones, se pueden valorar como punto de quiebra del positivismo voluntarista. Verbigracia, la Declaración emitida en 1948 por Naciones Unidas, prueba que el fundamento de los derechos no radica en la voluntad estatal ni en las fuentes jurídicas estatales, pero si se le niega el carácter jurídico-normativo carecerían entonces de la vinculatoriedad de las normas jurídicas y exhibirían con mayor fuerza el carácter indicativo y orientador que se encuentra fuera del derecho estatal su fundamento último. Y si se les reconoce carácter jurídico-normativo demuestran en conjunción con la normativa internacional que se encuentra en los tratados sobre Derechos Humanos, que si bien es cierto, tal normativa proviene de fuente internacional, penetra e ingresa en el derecho estatal, para ingresarse a él, desde afuera, con lo que queda demostrado que la voluntad del Estado no es la única ni última fuente de los Derechos Humanos que se reconocen en el orden normativo.

De la misma forma, este concepto nos evoca que la comunidad internacional organizada y el derecho internacional han tomado a los Derechos Humanos como un contenido primordial del bien común internacional a su cargo, con lo que por los mismos derechos titularizados, en virtud del derecho

³⁹ Bridart Campos Germán J. Op. Cit. Página 429.

internacional, el hombre se convirtió en sujeto de derecho internacional, titular que se encontraba ausente en ese escenario. Asimismo, evoca, que la normatividad de los Derechos Humanos ya no es exclusiva ni únicamente reservada a los Estados, sino que a la vez propia del derecho internacional y de sus órganos

Obviamente que estos derechos tienen como destinatarios a los hombres beneficiarios de los derechos que reconocen y regula el derecho internacional dentro de sus propios ordenamientos internos estatales.

Es así como el derecho internacional de los Derechos Humanos opera a través del derecho interno de cada Estado, circunstancia que no vería ni siquiera cuando una jurisdicción internacional da acceso al hombre transgredido o lesionado en sus derechos, pues lo da en base a dos principios, a saber: "que dicha lesión sea imputable al Estado del que forma parte y que esa lesión configure una violación estatal de una obligación internacional por él asumida y que previamente a la instancia internacional se haya agotado el recorrido posible de las vías jurisdiccionales internas"⁴⁰.

Lo que definitivamente no se puede negar, es el hecho de que el derecho internacional de los Derechos Humanos, es un derecho mínimo, esto es, un tratado no reduce ni desconoce derechos no incluidos en él, pues dejan lugar a derechos implícitos y a un mejoramiento de los que esos tratados formulan. La expresión de "derecho mínimo", al hablar del derecho internacional de los Derechos Humanos, consiste en no frenar, impedir o ignorar su maximización, por parte de un Tratado, regla que en la mayoría de ellos se encuentra explícita o implícitamente redactada.

Es por lo cual que Bridart Campos, considera que la fuente internacional de la positivización de derecho de los Derechos Humanos es complementaria del derecho estatal y en el ámbito de este derecho interno o estatal, donde el derecho

⁴⁰ Ibidem. Página 433.

internacional funge como auxiliar en la vigencia sociológica de los derechos del hombre.

Es así que los instrumentos internacionales, representan el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, por lo que citaremos algunos de los más importantes.

La iniciativa presentada por el presidente estadounidense Truman, desembocó luego en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, que vierte más sobre los principios que sobre las normas.

La Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, redactada por el Consejo de Europa y signada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sucesivos protocolos, contienen un catalogo de los derechos y de las libertades fundamentales; además crea dos órganos, la Comisión y la Corte Europea de los Derechos del Hombre, que junto con el Comité de los Ministros del Consejo de Europa, proveen a garantizar el respeto de los derechos mencionados en la Convención; en el mismo plano se hallan la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, la Convención Internacional del Trabajo, concerniente a la abolición del trabajo forzado, la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y en vigencia desde el 18 de julio de 1978, así como la Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes entre otros. Desde 1986 se halla en vigencia también la Convención Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, que ha instituido una comisión destinada a vigilar sobre su aplicación.

Entre la fuente de protección de los Derechos Humanos se encuentra asimismo, la Convención Social Europa y su Protocolo Adicional de 1988, redactados por el Consejo de Europa, la convención Internacional sobre la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, abierta a la firma en Nueva York el 7 de marzo de 1966, el Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre la seguridad y la Cooperación en Europa, la Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Europea para la Protección de la Tortura y de las Penas o Tratamientos Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Las normas internacionales de los Derechos Humanos; son más o menos categóricas, cerca de la mitad de los Estados del mundo son signatarios de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y el resto los ha firmado pero no ratificado, o bien manifiesta de otro modo su aceptación y compromiso hacia estas normas. Se trata de normas generales y coherentes que se apoyan en una antropología filosófica plausible y atractiva, empero su puesta en marcha a nivel internacional no está bien desarrollada ni goza de amplia aceptación.

Sin embargo, uno de los riesgos que afrontan los Derechos Humanos es el lado negativo de la actual crisis histórica, los desórdenes o desequilibrios más aparentes son de naturaleza económica, tal y como lo señala Fabio Konder Comparato "el abismo que separa al mundo rico del mundo pobre, medido en términos de desarrollo humano no cesa de ahondarse mientras más de mil millones de personas en el mundo carecen de acceso a los bienes requeridos por las necesidades básicas del consumo, el veinte por ciento más rico de la población mundial efectúa más de los cuatro quintos de los gastos totales del consumo privado. Este fenómeno de disolución se ha agravado todavía más a finales del segundo milenio con la expansión universal del capitalismo financiero"⁴¹.

⁴¹ Konder Comparato Fabio. *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Vida y Muerte de la Civilización Mundial*. En Alegatos. Número 45. Universidad Autónoma Metropolitana. Página 411.

El sistema jurídico internacional, lejos de ofrecer una estructura capaz de corregir estos desvíos, manifiesta evidentes señales de desorganización, por el contrario, al margen del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se creó el grupo de los ocho países más industrializados del mundo, que persiguen una regularización de los asuntos económicos y financieros del mundo salvaguardando sus intereses oligárquicos y nunca de acuerdo con el derecho de la humanidad a un desarrollo armónico y sustentable donde la justicia social se pierde frente a la justicia formal.

Si bien, cada uno de los tratados y pactos que han venido estableciendo sistemas de protección para la dignidad humana frente a los embates de un poder ilimitado esta cultura de derechos tiende a reducir su esquema a una simple declaración programática por que dichas normas internacionales carecen de fuerza obligatoria; lo que implica organizaciones que se diluyen en conceptos amorfos y como señala Nolberto Bobbio no se trata de buscar el fundamento absoluto de los Derechos Humanos, sino que es necesario instrumentar los mecanismos necesarios para su aplicación plena.

CAPÍTULO II

EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO DE LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS

1. Análisis sucinto de los Derechos Fundamentales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en 1917, consagra las garantías individuales, tomadas sobre la base de los Derechos Humanos de la primera generación, representados por una limitación del poder del Estado en el ámbito del individuo. Se reconocen los Derechos Humanos como garantías llevándolos además a un plano más concreto que el de su mera enunciación como catálogo. Los Derechos Humanos fueron fuentes axiológicas de las garantías individuales de la Constitución, del propio texto de esta surgieron positivizados nuevos derechos, que habían de ser recogidos después de la primera posguerra por la comunidad internacional como nuevos valores axiológicos, dando lugar así al reconocimiento, por parte de la doctrina, de una segunda generación de Derechos Humanos, que quedó analizado en el tema de la clasificación de los Derechos Humanos, generación que cuando menos a partir de la Constitución Mexicana cobró relevancia universal.

Esta parte se conoce como parte dogmática de la Constitución, que junto con la parte orgánica del cuerpo principal dan vida a la norma suprema.

Es necesario aclarar que en todas las Constituciones que rigieron a partir de la consumación de la independencia, tuvieron consagrados los Derechos Humanos, sin embargo también cabe aclarar que antes de esta época existieron antecedentes muy valiosos. Por un lado la Constitución de Cadiz, que rigió en México de 1821 hasta la consolidación de la independencia; siendo en 1821, la cual tuvo grandes aciertos, al suprimir desigualdades existentes por motivos de

raza. Por otro lado, tenemos los antecedentes propiamente mexicanos "Los sentimientos de la Nación de José María Morelos y Pavón, y la Constitución de Apatzingan de 1814, ya en el México constituyente encontramos la Constitución de 1824, Las Siete Leyes Constitucionales de 1836, Las Bases Orgánicas de 1843, El acta de Reformas de 1847 y como último antecedente histórico, La Constitución de 1857.

Actualmente rige las Constitución de 1917, la cual fue la primera constitución en el ámbito mundial en incluir los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tales como el derecho al trabajo y a la seguridad social, el derecho que asiste a los campesinos y el derecho a la educación entre otros.

Ignacio Burgoa, en su obra "Las Garantías Individuales", hace un específico estudio de estas etapas señalando: "tres etapas fundamentales en que suele dividirse su historia, a saber la prehispánica, colonia y la independencia"⁴².

Sin embargo los constituyentes de 1917, se abstuvieron de plasmar expresamente un reconocimiento a los Derechos Humanos, señalando en cambio, que el Estado otorga o confiere, mediante la norma suprema, un conjunto de derechos públicos subjetivos a favor de los gobernados. No obstante, cabe hacer notar que en su parte dogmática recogió muchos de los principios de la constitución de 1857, contenidos en los primeros 29 artículos del capítulo inicial, relativos a los derechos del hombre.

La fundamentación de la Constitución de 1917 se basa en una postura mixta, pero otorga preeminencia a la tutela social y a la participación estatal, dando un nuevo sentido a las relaciones jurídicas.

Asimismo, la Carta Magna de 1917, incluyó una declaración muy amplia de Derechos Humanos, mediante dos tipos de garantías individuales y sociales;

⁴² Burgoa, Ignacio Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa. 31ª Edición, México, 1999. Páginas 113 y 114.

utilizando el concepto de garantías, para referirse al concepto de Derechos Humanos.

Dentro del capítulo de garantías individuales que representan su parte dogmática, incluyó más de ochenta principios que pueden clasificarse de la siguiente manera:

Garantías de Igualdad: 1. Todo individuo goza de las garantías que otorga la constitución (artículo 1º); 2. Prohibición de la Esclavitud (artículo 2º); 3. Igualdad de derechos sin distinción de raza, sectas, grupos o sexos (artículo 3º); 4. El varón y la mujer son iguales ante la ley (artículo 4º); 5. Prohibición de títulos de nobleza, prerrogativas y honores hereditarios (artículo 12); 6. Prohibición de fueros (artículo 13) y 7. Prohibición de procesar por leyes privativas o tribunales especiales (artículo 13).

En este mismo sentido, las garantías de libertad se dividen en tres grupos: a) las libertades de la persona humana, b) las libertades de las personas cívicas, y c) las libertades de las personas sociales.

Las libertades de la persona humana, a su vez se subdividen en libertades físicas y libertades de espíritu. Las libertades, en el aspecto físico son: 1. libertad de trabajo (artículo 5º); 2. nadie puede ser privado del producto de su trabajo, si no es por resolución judicial (artículo 5º); 3. nulidad de los pactos contra la dignidad humana (artículo 5º); 4. posesión de armas en el domicilio y su portación, en los términos que fije la ley (artículo 10); 5. libertad de locomoción dentro y fuera del país (artículo 11); 6. abolición de la pena de muerte salvo en los casos expresamente consignados en la constitución (artículo 22).

Por otro lado, las libertades de la persona humana en el aspecto espiritual, son: 1. libertad de pensamiento (artículo 6º); 2. libertad de imprenta (artículo 7º); 3. libertad de conciencia (artículo 24); 4. libertad de culto (artículo 24); 5. libertad

de intimidación, que a su vez comprende dos aspectos inviolabilidad de la correspondencia (artículo 16) e inviolabilidad del domicilio (artículo 16).

En otro orden de ideas, las garantías de la persona cívica pueden ser clasificadas como: 1. libertad de reunión con fines políticos (artículo 9º); 2. libertad de manifestación pública para presentar a la autoridad una protesta (artículo 9º); 3. prohibición de extradición de reos políticos (artículo 15).

De la misma forma las garantías de la persona social pueden considerarse como: 1. la libertad de asociación y reunión (artículo 9º).

Por lo que hace a las garantías de seguridad jurídica son: 1. derecho de petición a toda petición de autoridad contestará por acuerdo escrito (artículo 8º), 2. la irretroactividad de la ley (artículo 14); 3. la privación de derechos sólo mediante juicio seguido con las formalidades del proceso (artículo 14); 4. principio de legalidad (artículo 14); 5. prohibición de aplicar la analogía y mayoría de razón en los juicios penales (artículo 14); 6. principio de autoridad competente (artículo 16); 7. mandamiento judicial escrito, fundado y motivado, para poder ser molestado en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones (artículo 16); 8. disolución de la prisión (artículo 17); 9. expedita y eficaz administración de justicia (artículo 17); 10. prisión preventiva sólo por delitos que tengan pena corporal (artículo 18); 11. garantías del auto de formal prisión (artículo 20); 12. sólo el Ministerio Público y la policía judicial pueden perseguir e investigar los delitos (artículo 22); 13. nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito (artículo 23).

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que de este catálogo de garantías individuales consagradas en nuestra Ley Suprema, derivándose al juicio de amparo, institución que tutela violaciones realizadas por cualquier autoridad que afecte los derechos individuales.

Partiendo del principio de supremacía Constitucional, ratificado por el artículo 133 de la Constitución, los Derechos Humanos en nuestro ámbito legislativo, al estar comprendidos en forma de garantías dentro del texto de la constitución, tiene directamente el rango de Ley Suprema; sin embargo, el catálogo mexicano de Derechos Humanos no se agota en las garantías del texto constitucional, en virtud de que el artículo en cita, también confiere carácter de la Ley Suprema a todos aquellos derechos que, contenidos tanto en las leyes emanadas de la propia Constitución como en los tratados internacionales aprobados por el senado, serán acorde con la Carta Magna, observado por las autoridades.

A lo largo del presente trabajo, se ha hecho mención a la clasificación de los diversos Derechos Humanos, además de que se ha establecido que la segunda generación pertenece a los derechos económicos, sociales y culturales, por tanto el derecho que toda persona tiene de gozar de salud física y mental, pertenecen a ésta generación.

En esta tesitura, el derecho a la vida y su corolario, el derecho a la preservación de la salud, tiene una directa relación con el principio fundamentalmente de legalidad humana, soporte y fin de los demás derechos denominados humanos.

Por tanto, el desarrollo progresivo de los Derechos Humanos, en el caso del derecho a la atención de la salud, requiere la existencia de medios instrumentales, rápidos y eficaces, para garantizar su efectiva vigencia, aplicando el principio de los dos ordenamiento jurídicos con una penetración creciente del derecho internacional con el derecho interno.

La salud es uno de los valores fundamentales y consustanciales al individuo, pero también lo es la colectividad, pues sin una comunidad, sana es difícil programar el desarrollo social. por ello de suma importancia que se le ha

considerado, junto con la educación uno de los indicadores que gradúan el desarrollo de una nación.

Así tenemos que desde la óptica de la filosofía de los Derechos Humanos, es particularmente importante el reconocimiento de la salud como una precondition o valor instrumental necesario para la posible realización de otros valores y el ejercicio de otros derechos de raigambre constitucional, que por ser una norma constitucional, en el orden jurídico de los estados; son derechos de la constitución con fuerza normativa y por tanto el derecho a la atención de la salud es un Derechos Humano fundamental.

En este orden de ideas, se puede afirmar que el derecho de la salud se encuentra ubicado como apartado del derecho social o de los llamados Derechos Humanos de la segunda generación; que al elevarse; éste derecho a la protección de la salud en el ámbito constitucional, se origina la necesidad de reglamentar esta garantía social, a través de leyes, de reglamentos y demás disposiciones jurídicas que busquen la definición de las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, así como establecer la concurrencia de las autoridades y entidades que en materia de salubridad general tengan competencia lo que constituyen en su conjunto el llamado derecho de la salud.

La salud en la Constitución Mexicana. Es conveniente recordar que el artículo 118 de la constitución de Apatzingan de 1814, facultaba al congreso para aprobar los reglamentos que permitan salvaguardar la salud de los ciudadanos.

Respecto a la constitución de 1824, no contuvo referencia alguna en materia de salud como lo había hecho su antecesora, por lo que de acuerdo con los mecanismos para la distribución de competencia que la Constitución establecía en su artículo 161 fracción I, los asuntos sanitarios quedaban sujetos a lo que dispusieron los estados.

La constitución de 1857, recogió, en materia de distribución de competencias entre la Federación y los Estados, el sistema de la Constitución de 1824, ya que su artículo 117 estableció que las facultades no expresamente concedidos a los funcionarios federales se entendían reservados a los estados.

Por lo que se refiere a la Constitución de 1917, que se rige en la actualidad, ésta recupera la atribución que la de 1814 otorgaba al Congreso para legislar en materia de salud, de ahí, que se desprenda la facultad que tiene el congreso para legislar en materia de salubridad general, conservándose el principio de que lo no expresamente conferido a la Federación, será competencia de los gobiernos locales.

Es hasta 1983, cuando se eleva a nivel Constitucional el derecho a la protección de la salud, mediante una adición al artículo 4º de la Carta Magna "la iniciativa de adición al artículo 4º en la exposición de motivos de la reforma que consagra el derecho a la protección de la salud, se hizo reconociendo la innegable vinculación que existe, el empleo, el disfrute del tiempo libre, el incremento de la productividad y de la producción; es uno de los retos a lo que se enfrentan las sociedades que buscan ser cada vez más igualitarias"⁴³.

Así el texto del artículo se integra por el conjunto de garantías convergentes de Derechos Humanos, individuales, sociales y difusos, tal y como lo afirma Fix-Zamudio y confirma Rodolfo Lara Puente, cuyos contenidos implican una concurrencia sincrónica de derechos que tiende a asegurar los niveles necesarios de bienestar para la familia como núcleo básico de la sociedad, así como para los grupos organizados y emergentes que son característicos de la sociedad en desarrollo.

⁴³ Moctezuma Barragán Gonzalo. Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud. Cámara de Diputados LVIII Legislatura y Universidad Nacional Autónoma de México. México 2001 dos mil uno. Página 19.

Por otra parte, el artículo 4º de nuestra Ley Suprema contiene diversos ordenamientos que paulatinamente han dilatado el alcance de las garantías propiciatorias de las condiciones materiales, culturales y sociales, necesarias para el desarrollo de todos los mexicanos, este conjunto de derechos comprende entre otros: la igualdad jurídica de los sexos, la protección y fomento del núcleo familiar, la paternidad responsable, entre otros el derecho a la protección de la salud. Este último implicaba la distribución de competencias y responsabilidades entre la federación y los estados en materia de salubridad general, para la prestación de servicios en ese campo, reformas que fueron publicadas en el Diario Oficial del día 3 de febrero de 1983.

El precepto a estudio, en su párrafo cuarto, establece: "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".

El texto del párrafo en cita, es el fundamento de un sólido e integrado sistema nacional de salud que pretende hacer factible que en el mediano plazo, todos los mexicanos tengan acceso a servicios institucionales que contribuyan a la protección, restauración y mejoramiento de sus niveles de salud, refiriéndose tanto a las proporciones de la población abierta como a los requerimientos específicos que plantean las características sociodemográficas de los distintos grupos de edades sociales.

2. Código Civil para el Distrito Federal

Se encuentra en vigor a partir del 1º de octubre de 1932, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 1º de septiembre de 1932.

Por reforma publicada el 25 de mayo del año 2000, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, las disposiciones de éste Código regirán únicamente para el Distrito Federal, ya que con anterioridad, se aplicaba para el Distrito Federal, en asuntos de orden común y en toda la República en asuntos de orden Federal, esta reforma deja atrás el régimen ambivalente que establecía. Encontramos en este precepto la ubicación del Código Civil en la clasificación de normas desde el punto de vista de su ámbito espacial de validez.

El Código Civil trata específicamente de los derechos de los particulares, el que concierne a las personas físicas y jurídicas, que debido al desmembramiento de la materia, de este cuerpo legal surgen nuevos cuerpos en los que no parece estar ante normas de derecho civil, sino de otras ramas del derecho.

El artículo 2º del Código Civil, establece que "La capacidad jurídica es igual para el hombre y para la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos."

Con este artículo se establece que toda persona es capaz de tener derechos y obligaciones, no solo de orden civil, sino de todas las materias en las que las leyes locales establecen derechos y obligaciones, es decir, todo ser humano goza, por naturaleza de todos los derechos, estando así en aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones. Este principio aparece en México, con la reforma del artículo 34 Constitucional, el 17 de octubre de 1953, por medio de la que se otorga la plena ciudadanía a la mujer y por tanto el derecho a votar. Este artículo establece que todo ser humano posee inherentemente la capacidad para adquirir derechos y asumir obligaciones, bastando para esto que haya nacido con vida, llamada capacidad jurídica, capacidad de derecho o capacidad de goce. De la misma forma dicho artículo retoma el principio de igualdad que establece el

artículo 1º de la Constitución Política, esto es, que toda persona independientemente de su religión, educación, ideología, orientación sexual, nacionalidad, origen o posición social, discapacidad o estado de salud etc., tiene derecho de gozar de las garantías que otorga la Constitución sin restricción alguna a sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos; por tanto, la capacidad de goce que tienen las personas no podrán afectarse o restringirse.

Por su parte el artículo 5º del Código en estudio, hace referencia al principio de irretroactividad de las leyes, que se encuentra contemplada en el artículo 14 Constitucional, como un derecho fundamental o garantía individual, el precepto del Código Civil, reafirma éste principio que debe respetar el derecho civil.

El artículo 6º y 7º del referido Código, hablan respectivamente de interés público, y esta noción está muy relacionada con otras como el orden público, el interés social, el interés general, el interés de la nación, la utilidad pública y el beneficio social. la mayoría de las leyes refieren que son de orden o interés público, pero ninguna define tal concepto.

En Roma, la noción de orden público fue entendida de diversas maneras y muchos la identificaban con el derecho público, considerando que es una noción que esta por encima de los intereses particulares. Más tarde, fue utilizado en Francia, en el siglo XVIII por el jurisconsulto Domant, al afirmar que las leyes que tienen en mira el orden público, son las que se llaman leyes del estado.

En la actualidad muchos gobiernos usan las nociones de orden e interés público para justificar algunas medidas restrictivas de la libertad o de los intereses de los particulares, tal es el caso de la Ley General de Salud, que en su artículo 1º expresa el carácter de orden público e interés social

En cuanto a la renunciabilidad e irrenunciabilidad de derechos, cabe observar que existen derechos que son irrenunciables. En efecto, existen en el

Código Civil algunas renunciaciones especiales que han sido consideradas nulas por el legislador. Por ejemplo: No vale la renuncia que el tutor haga de la donación siempre, legado o herencia dejado al incapacitado (artículo 579); no vale la renuncia que haga el deudor de una herencia dejada a su favor, en perjuicio de sus acreedores, pues en este caso ellos pueden solicitar al juez que los utilice para aceptarla en nombre del deudor (artículo 1673); no es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulta del dolo o de la violencia (artículo 1822); es nula la renuncia o transacción que verse sobre delitos, dolo y culpa futuros, la acción civil que nazca de un delito o culpa futura sucesión futura, una herencia antes de visto el testamento, si existe, el derecho de recibir alimentos (artículo 2950); son nulas la renuncia del derecho de testar y la cláusula en que alguno se obligue a no usar de ese derecho, si no bajo ciertas condiciones, sean éstas de la clase que fueren (artículo 1492), es nula la renuncia de la facultad de revocar el testamento (artículo 1493).

El artículo 8º del multicitado Código a su vez, establece que los actos ejecutados contra las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, éste artículo no puede interpretarse aisladamente, si no en concordancia con la teoría de las nulidades (artículo 2224 al 2242 del Código Civil) la cual funda las dos categorías de nulidades que determina el Código Civil, independientemente del concepto de inexistencia. Este artículo establece la base de lo que denomina ilícito civil sancionado con la nulidad del acto.

Cabe hacer mención que aunque el Código Civil es el cuerpo legal que regula las relaciones de los particulares, considera como leyes de interés público dentro de sus normas, las que se refieren al estado y capacidad de las personas.: las relativas a la propiedad, en especial a la propiedad de inmuebles; las que imponen prohibiciones a las partes en interés de terceros; las que protegen a un contratante frente al otro, como el caso del arrendador; así como todas aquellas que figuran el título preliminar del Código.

El artículo 11 del cuerpo legal en comento, establece que las normas que precisan obligaciones y excepciones, son de aplicación estricta, y no se aplican por analogía, ni por mayoría de razón. Este es un principio que rige a todas las materias y no solo para el derecho civil, sin embargo este artículo hace referencia a cuestiones civiles.

En nuestra legislación el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que las personas físicas adquieren capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte. En tanto que el artículo 24 dispone que la persona física mayor de edad, tiene la facultad de disponer libremente de su persona y sus bienes, principio que reitera el artículo 647 del mismo ordenamiento, salvo las limitaciones que establece la Ley.

Ahora bien, si partimos de la idea que los órganos y tejidos corporales son bienes, en atención a esta disposición podrían realizarse todo tipo de actos jurídicos lícitos sobre ellos. Paradójicamente, el mismo artículo es útil para autorizar la libre disposición de los órganos y tejidos humanos, sin embargo consideramos que dicha interpretación no resulta del todo correcta, dado que tratar de caracterizar como bienes (cosas) a los órganos y tejidos sería tanto como negarle identidad propia a la persona humana, más sin en cambio de dicho precepto podemos evidenciar la facultad que le da al individuo para disponer libremente de los órganos y tejidos humanos, los cuales no son otra cosa que la persona misma (no propiamente bienes); sin que ello, le niegue el derecho que toda persona tiene para cesión y disposición lícita de partes corpóreas con las limitaciones del orden público, buenas costumbres y moral social.

Es muy somero el estudio que realizamos del Código Civil vigente para el Distrito Federal, a consecuencia de que dentro de los dos próximos capítulos analizaremos los artículos relativos a la materia del trasplante y donación de órganos, por lo que por el momento, consideramos suficiente lo hasta aquí narrado.

3 Ley General de Salud

En cumplimiento al mandato que contiene el párrafo cuarto del artículo 4º de la Constitución Mexicana, se expidió la Ley General de Salud que es el reglamento de dicho precepto constitucional, la cual fue publicada el 7 de febrero de 1984. Este ordenamiento tiene como objetivo el regular un ambicioso programa de salud que busca proporcionar tales servicios a toda la población en permanente superación y mejoría de su calidad. Su objeto es establecer los lineamientos esenciales, para obtener las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y limitar la concurrencia de la federación y de las entidades federativas en materia de salud general.

La Ley General de Salud se aplica en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social. ha sido reformada y adicionada en cinco ocasiones, dos en 1987, en junio de 1991, en mayo de 1997, la última reforma sucedió a consecuencia de la reforma sobre transplante de órganos, tema del cual hablaremos en los próximos capítulos.

En la iniciativa de Ley que fue presentada al Congreso de la Unión se buscó dar impulso a la efectividad de la nueva garantía social, sistematizando las bases legales del Sistema Nacional de Salud, se establece la distribución de competencias entre dependencias federales que inciden en el ámbito de la salud y se avanza en el proceso de racionalización de su regulación.

Las reformas del 14 de junio de 1991, pretendieron estar acorde con la transformación en la materia trazada en el Plan Nacional de Desarrollo de 1989-1994, con ellas se buscó consolidar el Sistema Nacional de Salud, mejorar la calidad de los servicios, disminuir las desigualdades sociales, fomentar la cultura de la salud, lograr el acceso universal a los servicios con equidad y calidad, poner énfasis en la prevención y control de enfermedades, impulsar la protección del efecto del ambiente y el saneamiento básico, así como contribuir a la regulación

del crecimiento demográfico; soluciones que a la fecha no se ha logrado, puesto que el sistema de salubridad social, se ha convertido en un sistema burocrático y en cuna de ilícitos que los asegurados sufren sin remedio, pero aún que por no permanecer al sistema del seguro social, niega la atención médica, incluso bajo el riesgo de perder la vida de quien lo requiere, en fin estos propósitos sólo han quedado en el discurso, dejando al seguro social en el más inverosímil atraso técnico y médico.

Dichas reformas se llevaron a cabo en los rubros de planificación familiar, efectos del ambiente en la salud, control sanitario de medicamentos, estupefacientes, psicotrópicos, publicidad, control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, así como de autorizaciones sanitarias y sanciones administrativas.

El Título Primero de la Ley en estudio; establece las facilidades del derecho a la protección a la salud, precisa y define el contenido básico de la salubridad general, asimismo determina quienes son las autoridades sanitarias, establecido en su artículo primero lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º. 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 acceso a los servicios de salud y a 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.”

Con el anterior precepto se puede resaltar el carácter de orden público e interés social de esta Ley.

El Título Segundo de la Ley General de Salud, denominado “Sistema Nacional de Salud”, desarrolla las bases fundamentales de éste. Por otro lado el

Título Tercero, “de prestaciones de los servicio de salud”, establece la clasificación de ellos, de atención médica, de salud publica y de asistencia social y contiene el lineamiento de que se extiendan cuantitativa y cualitativamente, esos servicios, en beneficio de los grupos vulnerables. A fin de contribuir a la aplicación y mejoramiento de la salud, se instituye el cuadro básico de insumos del Sector Salud al que deberán sujetarse todas las dependencias y entidades públicas que actúan en ese campo y que responde al propósito de racionalizar la adquisición y disponibilidad de esos insumos.

Por lo que respecta al Título Cuarto, denominado “Recursos Humanos para los Servicios de Salud”, establece las bases para la vinculación entre las instituciones prestadoras de servicios de salud y las reformadoras de recursos humanos a efecto de racionalizar la formación de éstos a la luz de los requerimientos del Sistema Nacional de Salud.

En el Título Quinto “investigación para la salud”, se busca promover nuevos métodos y conocimientos para hacer más efectiva la prestación de servicios de salud, tomando en consideración los adelantos científicos; estableciendo que la investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan a conocer los procesos biológicos y sociológicos en los seres humanos, conocer los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social; a prevenir y controlar problemas de salud que se consideren prioritarios para la población; a conocer y controlar los efectos nocivos del ambiente en la salud y para la producción nacional de insumos para la salud.

Asimismo, se establece que en coordinación de la Secretaría de Educación Pública y con la colaboración del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, de las instituciones de educación superior, así como la Secretaría de Salud realizará y mantendrá actualizado un inventario de la investigación en el área de la salud para la salvaguarda de los principios éticos, dispone que en las instituciones de salud y bajo la responsabilidad de los directores o titulares de las instituciones de

salud respectivas, habrá una comisión de investigación y otra de ética, cuando se realicen investigaciones en seres humanos y una más de bio-seguridad, que se encargará de regular el uso de radiaciones ionizantes o las técnicas de ingeniería genética.

En el Título Sexto se establece las obligaciones en materia de información para la salud y las reglas para integrar las estadísticas de salud, conformidad con las leyes de planeación y de información Estadística y Geografía.

Por lo que se refiere al Título Séptimo se establece que la promoción de la salud tiene por objeto crear y conservar las condiciones deseables de salud para toda la población y propiciar en el individuo las actividades, valores y conductas adecuadas para motivar su participación en beneficio de la salud individual y colectiva. Así como las labores de protección tendientes a lograr la participación de la población del país, el cumplimiento voluntario de las obligaciones que impone la Ley, el auto-cuidado de la salud y el cuidado de la salud de la sociedad.

A su vez, el Título Octavo, denominado "Prevención y control de enfermedades y accidentes", delimita competencias entre las Secretarías de Trabajo y Previsión Social y la Secretaría de Salud en materia de prevención y control de enfermedades.

La Ley en cita, en su Título Noveno, propone acciones tanto de prevención como de rehabilitación de la invalidez. Destaca entre dichas acciones la investigación de las causas de invalidez y de los factores que las condicionan, así como la orientación educativa en materia de rehabilitación a la colectividad en general. Además establece la creación de un organismo especializado con el que contará el Ejecutivo Federal que prestará servicios y operará establecimientos en este campo que llevará a cabo estudios sobre la materia que es el organismo descentralizado federal denominado Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), asimismo, dedica un capítulo al tema de la asistencia social.

Es de suma importancia lo establecido por el Título Décimo de la Ley, por la acción extraordinaria en materia de salubridad general, que procede ante la posibilidad de situaciones de emergencia como el súbito deterioro del ambiente que ponga en peligro inminente a la población. En estos casos, se ordena la ejecución inmediata de medidas indispensables por parte de la Secretaría de Salud para prevenir y combatir los daños a la salud, de igual manera para el caso del deterioro del ambiente, sin perjuicio de la intervención que corresponda a otras instituciones, a reserva de que tales medidas sean después sancionadas por el presidente de la república.

Por lo que hace al Título Décimo Primero de la Ley en comento, éste regula los programas contra las adicciones, dentro de las que se encuentran el programa contra el alcoholismo, el abuso de bebidas alcohólicas, el programa contra el tabaquismo y el programa contra la farmacodependencia. Pese a ser un problema de competencia local, las adicciones, se constituye el Consejo Nacional contra las Adicciones (Conadic).

El Título Décimo Segundo, llamado de "Control Sanitario de productos y servicios y de su importación y explotación", fija las normas relativas al control de alimentos, bebidas no alcohólicas, medicamentos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos y de curaciones, así como productos higiénicos, de perfumería, belleza o aseo, tabaco, plagicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas, así como las reglas para su importación y exportación. Para lo cual se otorga a la Secretaría de Salud la facultad para emitir las normas oficiales mexicanas a que deberá sujetarse el proceso de esos productos.

El Título Décimo Tercero, contiene las disposiciones relativas al control sanitario de la publicidad, en que se definen las actividades sujetas a control mediante la obtención de autorizaciones; la información que deban contener los mensajes, sus características y horarios así como los mensajes obligatorios de

advertencias. De igual forma se prevé la coordinación de actividades con las Secretarías de Gobernación, Educación Pública, Comercio y Fomento Industrial (hoy secretaría de economía), así como la de Comunicaciones y Transporte.

El Título Décimo Cuarto, materia central del presente trabajo, regula el control sanitario de la disposición de órganos tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos

La última reforma que ha sufrido la Ley General de Salud, se efectuó precisamente en este título, respecto al tema de trasplante de órganos y tejidos humanos. La iniciativa de reforma a la Ley General de Salud, enviada por el ejecutivo federal, Presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León, el 6 de abril del año 2000, a la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión y publicada el 31 de mayo del año 2000, en el Diario Oficial de la Federación; consideraba en su exposición de motivos que "la salud constituye una de las responsabilidades mayores del Estado, en tanto permite el acceso al bienestar y propicia la equidad como elemento central de la justicia social"⁴⁴.

El desarrollo científico y tecnológico en la práctica médica han tenido en el mundo y en nuestro país un notable avance y considera que el tema de los trasplantes de órganos, tejidos y células es uno de ellos, dicho avance es la esperanza de vida de muchas personas que se encuentra condicionada a la posibilidad de un trasplante, cuya principal dificultad es la de obtención del órgano trasplantable, en tal virtud es conveniente revisar el marco jurídico de la materia para actualizarlo y fomentar esta actividad con la finalidad de promover la cultura de la donación por ello se propone un esquema de fomento a la práctica altruista, solidaria y humanitaria de nuestra sociedad.

⁴⁴ Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reforma a la Ley General de Salud, por el C. Presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León.

Dicha iniciativa se sustenta en cuatro elementos centrales a) el respeto a determinados principios esenciales de contenido jurídico, social y moral, b) la donación, c) los trasplantes y d) las precisiones técnicas sobre la pérdida de la vida.

Como analizaremos en los próximos capítulos la Ley; ya reformada, deja de lado derechos fundamentales de las personas, como el de la libertad personal transgrediendo el principio de autonomía de la persona, tema del que hablaremos cuando tratemos el tema del consentimiento en la donación de órganos.

Empero, volvamos al título cuarto de la Ley en estudio, realizando un breve análisis de su contenido. Este asienta que compete a la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario a través de autorizaciones del Registro Nacional de Trasplantes y del Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea. En este título se establecen definiciones importantes como la de cadáver, certificación de la pérdida de la vida, células germinales, preembrión, entre otros que han marcado el rumbo para que la investigación en salud y la obtención de nuevos métodos terapéuticos se desarrollen más libremente en un esquema jurídico sólido.

La Ley pretende regular, de alguna manera los derechos de los gobernados relativos a la disposición del cuerpo humano, estableciendo la noción de disposición ilícita del cuerpo humano que tiende a prevenir el abuso y eventual comercialización de órganos y tejidos.

Contiene de igual manera, los requisitos que deberán observarse para que se lleve a cabo el trasplante, resaltándose, en su caso, la comprobación de la pérdida de la vida y defendiendo técnicamente los elementos que deben reunirse. Se establecen las reglas que harán factible la toma de órganos para efectos de trasplante, con prohibiciones expresas para que se realice en los menores de edad, mujeres embarazadas y personas privadas de su libertad. Cuando el

destinatario de los órganos y tejidos sea familiar y estuviera en peligro de muerte, se establecen las formalidades esenciales que se ajustará tal obtención.

Por lo que respecta a los órganos y tejidos, la Ley prevé la prohibición de su exportación incluyéndose a la sangre.

Para que los cadáveres no puedan ser objeto de propiedad y que sean tratados con respeto y consideración, la Ley establece las reglas para su utilización con el objeto de toma de órganos y tejidos ya sea para la investigación o la docencia, y fija disposiciones respecto a depósitos, manipulación, inhumación e incineración, así como para la internación y salida de los cadáveres del territorio nacional y sus traslado de una entidad federativa a otra. La utilización de ellos con fines de docencia e investigación requiere permiso del disponente originario y a falta de ello, autorización del disponente secundario correspondiente.

En este mismo orden de ideas y dándole cumplimiento al artículo 133 de la Constitución, en el cual se determina que los tratados ejecutados y aprobados por el Senado, constituyen parte de la Ley Suprema de la Unión, se da vida a Ley sistematizada y modernizada en el título décimo quinto, la cual se denomina disposiciones en materia de sanidad internacional, de acuerdo con la legislación internacional correspondiente.

En cuanto al título Décimo Sexto, establece la regulación y características generales a que se sujetan las autorizaciones sanitarias y los certificados, señalando que dichas autorizaciones se otorgarán tanto a la federación como para las entidades federativas. Asimismo, indica los casos en que procede la revocación de las autorizaciones y el procedimiento correspondiente que garantiza el derecho de audiencia de los particulares. También señala que habrá certificados prenupciales, de defunción, de muerte violenta, así como los demás que la propia Ley y sus reglamentos establezcan.

El título Décimo Séptimo, establece las reglas para la vigilancia sanitaria sobre todo a través de las visitas de verificación en materia de publicidad, así como la recolección de muestras para asegurar el cabal respeto a la garantía de legalidad que otorga la Constitución.

Las normas de seguridad, sanciones y los delitos se encuentran normados por el título Décimo Octavo de la Ley, establece las medidas de seguridad y se regulan sus alcances. Se entienden que esas medidas son las disposiciones de inmediata ejecución que dicta la autoridad sanitaria competente, debidamente fundadas y motivadas, destinadas a proteger la salud de la población; medidas de seguridad que se aplicarán sin perjuicio de las sanciones que en su caso procedan.

Asimismo, la Ley define las sanciones administrativas, que se aplican sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder cuando las conductas sean constitutivas de delitos y se enuncian dichas sanciones, las cuales también deberán estar fundadas y motivadas. Para la fijación de su cuantía, la autoridad sanitaria deberá tomar en consideración la gravedad de la infracción, la calidad del reincidente infractor, sus condiciones económicas y los daños que se hayan producido en la salud de las personas.

Por lo que concierne a la instrucción de procedimiento administrativo, la Ley establece que la autoridad sanitaria deberá ajustarse, entre otros, a los principios de legalidad, imparcialidad, eficacia, eficiencia y honorabilidad.

La Ley, concluye estableciendo el capítulo de delitos en materia de salud, que recoge las figuras establecidas en el Código Sanitario, ampliándolas con los actos relacionados con sustancias tóxicas o peligrosas, con contaminación de cuerpos de agua destinados al uso o consumo humano con el uso de fuentes de radiaciones sin autorización, en la exportación no autorizada de órganos y tejidos

de seres humanos vivos o de cadáveres y con los casos de inseminación artificial sin consentimiento o aunque exista éste, si se trata de un menor o incapaz.

Si bien es cierto que la Ley General de Salud y su Reglamento en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, reformados en mayo del año 2000, consideran los avances científicos y tecnológicos que sobre la materia se ha desarrollado en la medicina nacional, discrepamos sobre el contenido de los artículos clave que a nuestro parecer incluso, llegan a la violación de algunos derechos fundamentales, como el de la libertad y autonomía de las personas, tal es el caso de los artículos 315, 316, 324, 334 fracción II de la Ley General de Salud y de los artículos 6º, 20, 35, 89, 90, 91, 92, 97, 98, entre otros del mismo ordenamiento.

En este orden de ideas, veamos por que los artículos 315 y 316 hablan de las autorizaciones que requieren los establecimientos de salud para realizar ciertas actividades, como la extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células, los trasplantes de órganos y tejidos, los bancos de órganos, tejidos y células, así como los bancos de sangre y servicios de transfusión, sin embargo en toda la Ley no se explica como se comprobarán los requisitos para obtener tal autorización, mucho menos su reglamento correspondiente.

Otro punto claro de nuestra postura, lo constituye el capítulo respectivo al consentimiento tácito, con el que por supuesto no estamos de acuerdo, justificando con la pretensión de la Ley el promover entre los ciudadanos la donación de órganos de cadáveres, pero que simplemente se olvidó de los principios y derechos fundamentales de la persona. Sin embargo de éste tema lo trataremos en próximos capítulos.

4. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

El presente reglamento se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 19 de febrero de 1985, es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social, su objeto es proveer, en la esfera administrativa, el cumplimiento de la Ley General de Salud en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, con fines terapéuticos de investigación y docencia.

En este reglamento se regula la figura de disposiciones, entendiéndose como tal a la persona que autoriza la toma de órganos, tejidos, productos o cadáveres. Los disponentes pueden ser originarios cuando se trate de su propio cuerpo o productos del mismo o disponentes secundarios cuando se otorgue algún órgano, tejido, producto o cadáver de un disponente originario. Para efectos del reglamento son disponentes secundarios el cónyuge, concubinario, concubina, ascendiente (padres, abuelos), descendientes (hijos, nietos) y los colaterales (tíos) hasta segundo grado; en ausencia de los precedentes. La autoridad sanitaria, el Ministerio Público respecto de cadáveres que estén bajo su responsabilidad, la autoridad judicial (jueces, magistrados), los representantes legales de menores e incapaces, únicamente de cadáveres, instituciones educativas respecto de cadáveres, órganos o tejidos no reclamados, los que se destinarán a la docencia e investigación.

Para cualquier acto de disposición, deberá existir, en el consentimiento expreso, un documento que establezca el consentimiento del donante a menos de que se trate de una donación sanguínea; este consentimiento de ninguna manera podrá ser revocado a menos que se haga por parte del interesado.

La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será de manera gratuita, entendiéndose que se prohíbe el comercio de órganos o tejidos. Todo

trasplante o disposición de algún órgano, tejido o producto del cuerpo humano deberá ser inscrito en el Registro Nacional de Trasplantes que depende de la Secretaría de Salud, quien a su vez podrá solicitar en cualquier momento a las instituciones un informe del trasplante realizado.

El reglamento establece la existencia de instituciones que contarán con bancos de órganos donde se recolecten, guarden, utilicen y conserven, tejidos, órganos, productos, cadáveres y sangre para fines terapéuticos, científicos o de docencia, los que deberán ser autorizados por la Secretaría, que en cumplimiento de la Ley General de Salud, donde en su capítulo VI “de las autorizaciones”, artículos 89 a 121, sólo se limita a señalar los requisitos para obtener autorización, licencias, permisos y tarjetas de control sanitario, entre los que se encuentra contar con personal médico especializado en el tipo de intervención a realizar y personal médico de apoyo con experiencia en el área, así como con medicamentos, equipo instrumental médico quirúrgico adecuados, cuando es de conocimiento público la crisis del sistema del seguro social en México, sobre la falta de solvencia económica para adquirir equipo médico.

Bajo ese panorama, es evidente como la Secretaría de Salud, otorga tales autorizaciones sin verificar la existencia de los requisitos, pretendiendo cubrir tal laguna con lo previsto por el artículo 122, que en su fracción VI, establece la procedencia de la revocación de autorizaciones para el caso de que resulten falsos los datos o documentos proporcionados por el interesado, que hubieren servido de base a la Secretaría para otorgar la autorización.

Asimismo, aprobará para cada institución un comité interno que sirva como un órgano de verificación de seguridad y de principios de ética médica, integrado por médicos especializados. La Secretaría de Salud es el órgano encargado de la supervisión de los trasplantes, así como de la vigilancia e inspección pudiendo, en caso de ser necesario, tomar muestras-testigos para verificar la calidad y sanidad de los productos.

Los bancos de órganos trabajan en forma coordinada con uno o varios establecimientos del sector salud y contarán con un médico responsable, los cuales junto con el propietario del banco de órganos tendrán mancomunadamente la responsabilidad civil y administrativa de las actividades que desarrollen.

Requerirán de permiso sanitario: Los responsables de establecimientos o instituciones que dispondrán de cadáveres, por la internación al territorio nacional de algún órgano, tejido o productos del cuerpo humano; el traslado de cadáveres y de restos áridos; el embalsamamiento; la inhumación o cremación de cadáveres; el libro de registro que utilicen las instituciones educativas para cadáveres y los bancos de sangre

Requerirán tarjetas de control sanitario las personas que intervengan en la disposición de órganos o productos, sólo cuando exista riesgo de propagación de alguna enfermedad.

5. Norma Técnica número 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos para fines de trasplante

El 22 de mayo de 1986, publicada en el Diario Oficial de la Federación, se crea una norma Técnica sin número, que en principio regulaba la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos.

Para 1988, se crea la norma técnica 323, publicada en el Diario Oficial el día 14 de noviembre, para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos para fines de trasplante, aún vigente, constituye la disposición legal de fuerza obligatoria, en la que se señalan cuales son los órganos susceptibles de ser extraídos del cuerpo humano para su trasplante que requieren anastomosis vascular.

La anastomosis vascular, significa que las comunicaciones que se establecen entre dos o más arterias, venas o nervios que estén situados en lugares cercanos entre si y para efectos del trasplante se requiere de que el órgano o tejido se encuentren irrigados al momento de efectuarse la operación quirúrgica, para garantizar con más posibilidades el éxito del trasplante.

Dicha norma enumera los órganos susceptibles de ser trasplantados, una vez cumplan con la anastomosis vascular y de cadáveres, de la siguiente manera.

- I.- Riñón,
- II.- Páncreas,
- III.- Hígado.
- IV.- Corazón,
- V.- Pulmón,
- VI.- Intestino Delgado.

Por lo que respecta a la disposición de órganos inter-vivos, y que requieren de dicho procedimiento, son los siguientes:

- I.- Riñón, uno;
- II.- Páncreas, Segmento distal e
- III.- Intestino Delgado , no más de 50 centímetros,
- IV.- Hígado, solo dos o tres segmentos.

De la misma forma, señala cuales son los órganos y tejidos susceptibles de ser trasplantados que no requieren anastomosis vascular se pueden obtener de cadáveres, incluyendo de los embriones y fetos, que pueden ser: Ojos (la córnea esclerótica); páncreas paratiroides, suprarrenales, tiroides; piel, hueso y cartilago y; suprarrenales (una).

Asimismo, los órganos provenientes de donantes vivos, que no requieren anastomosis vascular son médula ósea, paratiroides (no más de dos) y suprarrenales (una).

La obtención de dichos órganos se hará dentro de los treinta minutos o dentro de las doce horas, a partir del fallecimiento de la persona, para la obtención de los órganos y/o tejidos; y una vez se haya certificada la pérdida de la vida, cuando se trate de embriones.

6. Centro Nacional de Trasplante y Consejo Nacional de Trasplantes (CONATRA)

El artículo 339 de la Ley General de Salud, establece que la integración y funcionamiento del Consejo Nacional quedará estableciendo en las disposiciones reglamentarias que para efectos de esta ley se emitan, que junto con los Consejos Estatales de Trasplante de las entidades federativas, decidirán y vigilarán las asignaciones de órganos, tejidos y células, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, actuando coordinadamente en el fenómeno y promoción de la cultura de la donación, para la cual participarán con el Consejo Nacional, cuyas funciones y organización se determinarán en el reglamento respectivo.

El Consejo Nacional de Trasplantes tendrá a su cargo el Registro Nacional de Trasplantes, el cual integrará y mantendrá actualizada la siguiente información: los datos de los receptores de los donadores y fecha de trasplante; los establecimientos autorizados conforme al artículo 315 de la Ley en comento; los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes, los pacientes en espera de algún órgano o tejido, integrados en listas estatales y nacionales, y los casos de muerte cerebral, (artículo 338), tal información podrá a los establecimientos autorizados para tales efectos.

El Consejo Nacional de Trasplantes (CONATRA), se crea por acuerdo presidencial el 19 de enero de 1999, como un órgano Intersecretarial del Sector Público Federal, cuyo objetivo primordial es contribuir a disminuir la morbilidad y la mortalidad por los procedimientos que se den, como consecuencia del trasplante de órganos, tejidos y células humanas.

El 7 de marzo del año 2000, se aprobó por el pleno del Consejo Nacional de Trasplantes, su Reglamento Interno; que en su artículo 1º establece el 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.

De ahí, que el objeto primordial del Consejo, para su cumplimiento realiza las siguientes funciones: Promover el diseño, instrumentación y operación del Sistema Nacional de Trasplantes, así como de los subsistemas que lo integren; proponer políticas estratégicas y acciones para la elaboración y aplicación del Programa Nacional de Trasplantes; sugerir a las autoridades competentes la realización de actividades educativas, de investigación y de difusión de la cultura de la donación de órganos, tejidos y células; establecer mecanismos para la sistematización y difusión entre los sectores involucrados, de la normatividad y de la información científica, técnica y sanitaria en materia de trasplantes; coordinar las acciones de las dependencias y entidades públicas en la instrumentación del Programa Nacional de Trasplantes, así como promover la concentración de acciones con las instituciones de los sectores sociales y privado que lleven a cabo tareas relacionadas con el Programa mencionado.

De la misma forma se encarga de proponer a las autoridades competentes mecanismos de coordinación entre las autoridades federales y los gobiernos de las entidades federativas, con el objeto de que estas adopten las medidas necesarias para apoyar las acciones en materia de trasplantes; coordinar sus

acciones con el Registro Nacional de Trasplantes; proponer mecanismos de coordinación y evaluación, de capacitación y atención médica relacionadas con los trasplantes; coadyuvar en la coordinación de un sistema de información y evolución del Programa en el ámbito nacional estatal y municipal; proponer a las autoridades competentes modificaciones a las normas y procedimientos vigentes, a efecto de impulsar su simplificación administrativa, para poder facilitar la obtención de órganos y tejidos para la realización de trasplantes; proponer la forma y los términos en que se llevará a cabo la aplicación de los recursos que obtenga el Patronato por cualquier título legal en función de las actividades programadas.

Otra de las funciones que podemos destacar es la de coadyuvar con las autoridades competentes en la prevención de tráfico ilegal de órganos, tejidos y células; promover el desarrollo de investigaciones en la materia; proponer la constitución de los Consejos Estatales de Trasplantes (COETRAS); y las que le asigne el Ejecutivo Federal para el cumplimiento de su objeto (artículo 5º).

El Consejo estará integrado por un Presidente, que será el Secretario de Salud, por los titulares de las Secretarías de la Defensa Nacional, de Marina, Educación Pública y por el Subsecretario de Regulación y Fomento Sanitario de la Secretaría de Salud; así como por los titulares del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), y del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE). Asimismo, contará con un Secretario Técnico y un patronato. Lo que establecen los artículos 3º y 4º del Reglamento que como anexo se agrega al presente trabajo.

Creo que pese, a toda esta estructura descrita en materia de trasplante de órganos, no ha sido suficiente para promover la cultura de donación, a pesar de la difusión del Programa de Divulgación del Consejo donde se contienen sus spot radiofónicos, uno de televisión, un cartel alusivo a la donación altruista (Según la XXI Reunión del Consejo Nacional de Trasplantes, 13 y 14 de abril del año 2000,

dirigida por el Doctor Javier Castellanos Coutiño, Aguascaliente, México); no ha sido suficiente para los más de cien millones de personas que habitamos en este país. Creemos que la cultura de donación altruista debe de fomentarse desde los primeros años de vida de una persona al igual que otros muchos valores adquiridos en la educación básica; por lo que correspondería a la Secretaría de Salud y a las principales bibliografías de la educación media superior.

En este contexto, el notable desarrollo científico y tecnológico de la práctica médica en el mundo, pues se plantea que el tema de los trasplantes de órganos, tejidos y células, ocupan un lugar preponderante en las perspectivas terapéuticas de mayor utilidad en el futuro de nuestro país.

De ahí, la importancia que debe darse al tema materia del presente trabajo, y no por el contrario conformarse únicamente con las base jurídicas de la Donación y Trasplantes de Órgano que fueron publicadas en 1984 en la Ley General de Salud, pues al ser una sociedad en constante cambio, requiere de normas eficaces que interactúen a la par de los eventos sociales que se presentan, y no estancarse con normas que resultan obsoletas con el paso del tiempo.

En este sentido, es evidente la necesidad de una reforma estructural a la Ley General de Salud, en específico en materia de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células Humanas, es decir, con relación a la cultura de donación que debe prevalecer en la sociedad mexicana (como más adelante se hará referencia en capítulos precedentes como propuesta).

CAPÍTULO III

CARACTERÍSTICAS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

1. Antecedentes y concepto

Con Roma, surgen toda una ideología llamados años AB URBE CONDITIO, al respecto Indro Montanelli señala: "El inicio de la era Romana se sustenta en una versión oscura, en la que se conjugan seres sobrenaturales con influyentes dioses, que fusionaran el elemento religioso, con el nacimiento de la capital del mundo antiguo, basado principalmente en la leyenda de Rómulo y Remo"⁴⁵.

Los Romanos -como lo señala Vincenzo Arangio-Ruiz-, "distinguieron el derecho público que refiere el estado de la cosa Romana (ad statum rei romanae spectac); del derecho privado, que concierne a la utilidad de cada individuo (ad singularum utilitatem pertinet)"⁴⁶.

En este sentido, es necesario enfatizar el desarrollo que se distinguió en el Derecho Romano, partiendo de una encumbración jurídica netamente visible en el ámbito del Derecho Civil. Que reflejó una situación de claridad práctica para la solución de problemas cotidianos, y que motivó su avance y proyección en ese campo.

Por otra partes, es importante señalar de forma concreta que la evolución histórica del Derecho Romano se puede distinguir por cuatro periodos fundamentales, los cuales se pueden identificar de la siguiente forma:

⁴⁵ Montanelli, Indro. *Historia de Roma*. 1a Edición. Editorial. Plaza&James. España, 1982. Página. 14.

⁴⁶ Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. 10ª Edición. Editorial. Depalma. Argentina, 1986. Página 405.

- A).- Período del derecho Quiritario.
- B).- Período del derecho Honorario o de Gentes.
- C).- Período del derecho Jurisprudencial.
- D).- Período del derecho de la Codificación.

Siguiendo este orden, se puede determinar que el Derecho Quiritario, tiene como fuente fundamental la costumbre; pero además se trata de un derecho personalista y eminentemente nacional, es decir, estamos en presencia del típico derecho clasista. Que surge con la fundación de Roma y termina aproximadamente en el Siglo IV antes de cristo; únicamente es aplicable a la casta privilegiada de la sociedad, que eran los patricios, por ende, el concepto de PERSONA ha tenido diversas manifestaciones a lo largo de su origen, cuyo significado en latín es "Mascara"⁴⁷.

De ahí, que el Derecho Romano únicamente reconocía plena capacidad de goce a una minoría de seres humanos, individuos que a su vez debían reunir tres requisitos para ser personas, tales como:

- a) Tener el status liberatatis (es decir, ser libres, no esclavos).
- b) Tener el status civitatis, (ser romanos, no extranjeros) .
- c) Tener el status familiae, (ser independientes de la patria potestad).

Por lo tanto, para gozar de esa personalidad era indispensable que el individuo contara con esos tres atributos, los cuales se adquirían desde la propia existencia física del hombre y solamente se extinguían con la muerte.

Sin embargo, cabe destacar que a contrario sensu el concepto de esclavitud se encontraba arraigado bajo el término de -cosa-, es decir, al referirse al noción de esclavitud se encontraba prohibido referirse a la persona humana

⁴⁷ Concepción cultural que se utiliza en Grecia principalmente para definir a la persona.

como tal, sino por el contrario dicha percepción denotaba únicamente la autoridad del dueño sobre ellos, no refiriéndose a un derecho de propiedad sino más bien a una "dominicas potestas"⁴⁸.

El período del Derecho Honorario o de Gentes, surge en la historia de Roma jurídicamente hablando, en el año 367 antes de cristo, con la entrada en vigor de la ley LICINIA; dicha ley consistió en admitir a los plebeyos al consulado, y dando origen a la pretura urbana. De esta manera se transforma profundamente las instituciones jurídicas que se oponen al formalismo del "IUS QUIRITUM"; apareciendo el sistema formulario, como nueva forma procedimental, para llevar a cabo la renovación del derecho privado; que se le denomina "IUS HONORARIUM o PRETORIUM"; dando cabida a un sistema uniforme de derecho positivo. Ya que es necesario establecer la existencia paralela en la vida social de los Romanos de dos sistemas jurídicos, como lo fueron el IUS CIVILE y IUS HONORARIUM.

En este orden de ideas, el ius honorarium ocupa una posición intermedia entre los extremos señalados por Ulpiano, esto es, no se considera al esclavo como una persona completa, ni tampoco como si no fuera persona, si no que da eficacia procesal a muchos actos jurídicos realizados por él, mediante las acciones ad jectitiae qualitatis. Esto era necesario pues los señores confiaban peculios a sus siervos para que los administraran en provecho del señor, pero con ciertas ventajas personales para el esclavo.

El derecho jurisprudencial tiene un especial tratamiento en el devenir histórico-jurídico del pueblo Romano, teniendo sus comienzos en los años 100 a 50 antes de cristo; en esta etapa se desarrolla la actividad creadora de ilustres representantes de la ciencia jurídica, entre los que destacaban Quintus Mucius Scaevola.

⁴⁸ En el ius civile, los esclavos no eran considerados como personas, pero en el derecho natural, todos los hombres son iguales.

El quehacer de los jurisconsultos Romanos se basaba en la llamada PENTAACTIVIDAD, que estaba constituida por el "RESPONDERE", que significaba: "emitir opinión sobre cuestiones litigiosas o no, que se les plantearan"; "CAVERE", que se refería: "indicar las fórmulas que los particulares debían usar para garantizar sus derechos o proteger sus intereses legítimos"; el "AGERE", que consistía en: "intervenir en el foro para reproducir ante el Juez sus dictámenes u opiniones"; "SCRIBERE", que se trata de: "componer colecciones o tratados sobre temas jurídicos"; y por último, "INSTRUERE", que era la actividad de: "formar discípulos enseñando el derecho.

De ahí que Scaevola, se le considere como el iniciador del ciclo denominado derecho jurisprudencial; ya que fue el primero en constituir el IUS CIVILE; la característica esencial en la formación del derecho civil en esta época, -por dicho jurisconsulto-, fue de conformar en dieciocho libros el derecho civil, que además contenían las respuestas de este jurisconsulto; su sello y firma eran el testimonio de calidad que autorizaba a considerar sus respuestas para la aplicación del derecho, en la solución de los problemas que se planteaban cotidianamente.

Ese tipo de respuestas, que realizaban los jurisprudentes de la época, tuvo la categoría de ser verdaderas fuentes del Derecho Romano; ya que sus opiniones de los jurisconsultos patentados, era obligatoria para los Jueces. Cabe hacer mención en este aspecto, que en el período del derecho jurisprudencial se dictó un RESCRIPTO por el Emperador Adriano, que como hace -referencia el propio Gayo-, se reconoce la autoridad a las respuestas y opiniones de los prudentes que habían recibido autorización para fundar la jurisprudencia, prohibiendo a los jueces separarse de tales consejos; sobre todo, si dichas respuestas habían sido emitidas por unanimidad.

El derecho de codificación, se caracterizó por el profundo debilitamiento del derecho clásico. Ya que debe destacarse que su aplicación fue en una zona y

ambiente diferente al originalmente planteado; si consideramos que a los pueblos a quienes se aplicaron dichos ordenamientos jurídicos, tenían un espíritu diferente respecto a la concepción de las leyes Romanas, por sus diversos usos y costumbres que regían a esos pueblos distintos en origen al Romano; lo que provocó el enfrentamiento con el derecho oficial del Imperio; es decir, considerando los bastos territorios que comprendían el Imperio Romano en ésta época.

Sobresalen como fuentes del derecho en ésta época, las constituciones imperiales, que son propiamente el proceso de ordenamiento de las leyes. Siendo que entre las codificaciones que alcanzaron mayor relevancia son los códigos Gregoriano y Hermogeniano; siguiéndoles en relevancia los códigos Teodesiano aplicado tanto en el imperio de Oriente como de Occidente por órdenes de Valentiano III; pero además de la utilización de estos códigos, en la práctica jurídica, se usaban las obras de los jurisconsultos clásicos, siendo usados en forma de resúmenes, antologías o paráfrasis.

El ordenamiento del "IUS", siendo el derecho comprobado y transmitido por los jurisconsultos, fue incluido en las constituciones imperiales; principalmente en la constitución imperial por Teodosio II, en el año 438 después de cristo, a ese derecho comprobado de los jurisconsultos, fue aplicado y designado con el nombre de LEY DE CITAS. Cuyo objeto era establecer el procedimiento que los jueces debían seguir para aplicar la doctrina de esos jurisconsultos; dándoseles un valor legal únicamente de los cinco mas grandes prudentes Romanos, siguiéndose el orden que a continuación se determina:

- A).- PAPINIANO
- B).- PAULO
- C).- ULPIANO
- D).- GAYO
- E).- MODESTINO.

Estas fuentes del Derecho Romano, han servido para conocer el pensamiento jurídico, de los ordenamientos normativos de la época clásica y postclásica Romana; que de manera relevante se culmina con JUSTINIANO, que llevó a cabo la codificación tanto del "IUS", como de las "LEGES"; es decir, que se hace una recopilación de la jurisprudencia y constituciones imperiales que se plasman en un cuerpo Legislativo denominado el "CORPUS IURIS CIVILIS".

De ahí, que la única forma en que la esclavitud se podía extinguir, era mediante la liberación del esclavo por producto de la ley, a consecuencia de la intervención especial del Estado; o a través de un acto especial del señor, o sea, la manumissio.

Ahora bien, el derecho republicano, este más que nada se refería al ex esclavo (libertus, libertinus), el cual una vez obtenida su libertad podía ser considerado un ciudadano romano, sin embargo, no tenía derecho de casarse en iustae nuptia con una persona ingenua, (es decir, libre desde el nacimiento), además, no tenía completa libertad, pues el mismo no se libraba totalmente de la obediencia de su antiguo dueño.

Por otro lado, tenemos que el status civitatis. Fue considerado como el segundo requisito de la personalidad física, de la ciudadanía romana. Es Así como, la ciudadanía se fue extendiendo a los habitantes no romanos de la región latina, muy parecido a la ciudadanía romana, luego a los habitantes no latinos de Italia, que conquistaron la ciudadanía en la cruel guerra de los aliados. Esta ciudadanía otorgaba privilegios de carácter privado y de indole pública como son:

- a) El comubium, que era el derecho a casarse el iustae nuptiae, con todas las consecuencias del ius civile, entre la que figura la extensa patria potestad sobre los descendientes.

- b) El *comercium* era el derecho de realizar negocios jurídicos entre vivos o *mortis causa*, con efectos previstos por el *ius civile*.
- c) El derecho de recurrir a las *legis actiones* era, en realidad, de valor dudoso. Otorgaba la facultad de servirse del riguroso procedimiento *quiritario* para dar eficacia a derechos subjetivos, reconocidos por el *ius civile*.
- d) El *ius suffragii*, que era el derecho de votar en los comicios y en la *concilia plebis*.
- e) El *ius honorum*, era el derecho de ser elegido para una magistratura.
- f) La ciudadanía romana se adquiría por el nacimiento mediante una *manumissio solemne* por concesión de los comicios, así como unos extranjeros, de acuerdo a tratados especiales, podían adquirir la ciudadanía por el simple hecho de establecerse en Roma.
- g) El *status familiae*. En este no era suficiente ser un ciudadano romano libre, sino por el contrario para obtener la personalidad física se requería todavía algo más,: ser *sui iuris* y no *alieni iuris*. Roma se encontraba dividida en diversas *domus*. Cada monarquía doméstica tenía su jefe, su *paterfamilias*. Solo él era *sui iuris* independientemente de alguna patria potestad, los demás miembros de la *domus* estaban sometidos a su poder y participan en la vida jurídica romana solo a través del *paterfamilias*.

Es decir, solo la persona (ciudadano) libre quien dirija su propia *domus*, era considerado *sui iuris*, el cual podía actuar por su propia cuenta en la vida jurídica, otorgándosele plena capacidad de goce en relación con su propio patrimonio, por tanto, para poder considerarse como "persona", necesariamente tendía que ser humano libre, de nacionalidad romana y *sui iuris*.

Así, podemos concluir que la herencia jurídica del Derecho Romano otorgaba ciertos atributos esenciales para poder adquirir la personalidad jurídica tales como: a) Capacidad de goce; b) Un patrimonio. y c) Otros, que se consideraban accidentales, que sirven para fines de identificación y que no son exclusivos de auténticas personas, tales como el domicilio y el nombre.

Por ultimo, debemos señalar que la personalidad física en aquel derecho solo se extinguía; mediante las causas siguientes: a) Por muerte; b) Por incurrir en esclavitud; c) por pérdida de la ciudadanía (a causa de la adquisición de otra nacionalidad o como consecuencia de un castigo impuesto); y d) Por pérdida de la calidad de ser sui iuris, mediante sumisión a la patria potestad de otro paterfamilia.

Concepto

Retomando todo el cúmulo de referencia histórica citada con antelación, es evidente la gran cantidad de definiciones que de personalidad jurídica existen, sin embargo y de acuerdo a nuestro estudio, solo retomaremos algunas concepciones de algunos autores que nos permitan tener mas digerible la idea de personalidad, sin que ello implique restarle importancia a los diversos juristas que se pronuncian al respecto.

Así, en esta secuencia de ideas tenemos que la personalidad jurídica para Juan Antonio González es: "el derecho es la aptitud en que se encuentra un individuo de ser titular de derechos y sujeto de obligaciones, desde este punto de vista, la personalidad y la capacidad jurídica son sinónimos"⁴⁹.

De la misma forma, Rafael de Pina de forma tradicional define a la personalidad jurídica como: "idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones"⁵⁰.

Por otro lado, Julien Bonnecase, señala que la personalidad jurídica es: "la persona en si misma; y en cierta forma, la organiza socialmente. En otras palabras, esta parte del derecho civil tiene por objeto establecer en que condiciones el ser humano o sus agrupaciones son sujetos de derecho, la medida

⁴⁹ Antonio Gonzalez Juan Elementos de Derecho Civil 7ª Edición Editorial Trillas. México. 1990. Pagina 62.

⁵⁰ De Pina Vara Rafael Diccionario de Derecho. 1ª Edición Editorial Porrúa. México. 1965. Pagina 405.

en que son. Persona y sujeto de derecho... es pues, natural calificar como derecho de la personalidad al conjunto de reglas aplicables a ellos"⁵¹.

En este orden de ideas, podemos distinguir las diversas percepciones que de personalidad jurídica tienen los citados autores, sin embargo confluyen en ciertos elementos básicos que le dan vida a la misma, de ahí, que pretender conformar una nueva concepción de la personalidad jurídica sería tanto como retomar ideas medulares de esos pensadores y plasmarlas tal cual para su definición, por lo tanto, para nuestro estudio resulta viable únicamente determinar que la personalidad jurídica es el derecho que todo individuo tiene de ser titular de derechos y sujeto de obligaciones.

1. 1. Constitución

Por otro lado, en la legislación mexicana algunos autores como Salvador Mier y Terán, respecto a tal consideración sostiene que la dimensión jurídica de persona aparece cuando "reconocemos que en la persona ontológica, por el mismo hecho de serlo, existe algo que le es debido, algo que por ser portadora de una naturaleza racional, le corresponde"⁵².

Con tal determinación se puede evidenciar la íntima conexión entre el concepto ontológico y jurídico de persona, dado que ambas se relacionan en el sujeto real y concreto de quien ambas se afirman. Es decir, que el concepto ontológico de persona precontiene su noción jurídica.

Sin embargo, nuestra Ley suprema al referirse a la personalidad jurídica esta se le atribuye a la persona, como ser sujeto de derecho, tal y como se desprende del artículo primero al establecer: "Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las

⁵¹ Bonnacase Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Harla. México, 1993. Página 3.

⁵² Mier y Terán Salvador. Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. Número 15, México 1991. Página 407.

cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece⁵³, estableciéndose el derecho de igualdad y libertad.

De lo anterior, se puede dilucidar que nuestra Carta Magna, al tratar de referirse a la personalidad jurídica lo hace de una forma más amplia, es decir, le atribuye ese carácter a todas las persona en el sentido jurídico, de ahí, que todo hombre es naturalmente sujeto de derechos, pues a todo individuo le otorga el albedrío de gozar de las garantías que ella misma concede, y la cual de la misma forma solo ella puede restringir o suspender.

En este orden de ideas, sólo existen dos posibilidades que podrán afectar el goce de esos derechos, es decir, la restricción y la suspensión. La restricción de los derechos del gobernado consiste en las limitaciones o impedimentos constitucionales que afectan ciertos derechos, de manera excepcional, en los casos de determinadas personas jurídicas. Por otra parte la suspensión de los derechos de los gobernados también esta prevista por la suprema norma jurídica y ésta solo opera en los casos de emergencia. El procedimiento de suspensión podrá ser iniciado por el Presidente de la República, de acuerdo al artículo 29 Constitucional, con aprobación del congreso. La suspensión debe comprender solo aquellos derechos que sean obstáculo para afrontar el peligro, debe ser general, temporal y puede comprender todo el territorio nacional o solo una parte.

En este sentido, es visible que la constitución mexicana, considera como persona a todo ser humano que como tal, tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Además nuestra Carta Magna también reconoce la igualdad de todas las personas ante la Ley, de la misma forma los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás personas, por la seguridad de todos y por las exigencias del bien común. De ahí, se desprende que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

⁵³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Así, tomando como base esta noción de persona, México ha suscrito diversos tratados, convenios y pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos. Este fue depositado en la ONU y aprobado por el senado de la República el 18 de diciembre de 1980, vinculado a México por adhesión, el 23 de marzo de 1981, por otra parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica. fue presentado ante la OEA y aprobado por el senado de la República el 18 de diciembre de 1980, vinculado a México, también por adhesión, el 24 de marzo de 1981.

De lo anterior, se observa que el precepto en comento, se refiere a "individuos", en virtud de la tradición de las llamadas "*garantías individuales*" a las que todavía hace referencia la doctrina y la jurisprudencia, las cuales han interpretado dicha terminología en forma amplia, es decir, como sinónimo de persona jurídica, tanto individual como colectiva, tomando en consideración que la misma Constitución ha consagrado varios hechos de carácter social que corresponde a grupos y sectores que pueden ejercer esos derechos, así como las sociedades y asociaciones que son titulares de los mismos.

Como ejemplo podemos señalar que la Constitución Española considera como personas físicas aquellas de nacionalidad española, las cuales por el solo hecho de serlo, son personas titulares de los derechos fundamentales que esta consagra, mismos que adquieren la personalidad jurídica con el simple nacimiento, pero contrario a la legislación Mexicana no en todos los casos la personalidad se pierde con la muerte.

1.2. Código Civil

En este mismo orden de ideas, resulta evidente el grado de complejidad que el término persona –personalidad- implica, en virtud de las diversas acepciones que esta conlleva, sin embargo para el estudio que nos proponemos

es indispensable reducirlo y retomar solo de ella los elementos más esenciales que nos servirán de base para el presente trabajo.

Al respecto, es importante señalar algunas otras acepciones que de personalidad jurídica realizan diversos juristas, tales como Edgarg Baqueiros y Rosalía Buenrostro quien sobre el particular señalan: "la persona como un sujeto de derechos y obligaciones, esto es, el ente al que el orden confiere la capacidad para que le puedan ser imputadas las consecuencias de Derecho; o dicho de otras palabras, como todo ente capaz de ser titular de derechos y obligaciones"⁵⁴.

Por otra parte, resulta también interesante mencionar que para Jorge Alfredo Domínguez Martínez Jurídicamente persona significa "todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales; precisamente los primeros como seres y las segundas como entes, pero ambas consideradas como sujetos de derechos y obligaciones"⁵⁵.

En este orden de ideas, el concepto de persona, así concebido, parece equivalente al de sujeto de derecho, sin embargo, la persona también es sujeto de obligaciones, esto es, sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.

De ahí, que el concepto jurídico de persona este compuesto por una serie de atributos (nombre, domicilio, estado y patrimonio), considerados como caracteres inherentes e imprescindibles de aquella; que en su conjunto integra dicho concepto.

Observándose que el concepto de personalidad jurídica se alude a la persona desde el punto de vista jurídico, cuando se afirma que ésta es la aptitud

⁵⁴ Baqueiros Rojas Edgarg y Buenrostro Báez Rosalía Derecho Civil. Introducción y Personas. Editorial Oxford. México, 2002. Página 133

⁵⁵ Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Derecho Civil Parte General, personas, cosas, negocios jurídico e invalidez. 8ª Edición. Editorial Porrúa. México, 2000. Página 131

de ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, la personalidad jurídica es la idoneidad de ser persona para el derecho.

Siguiendo esta temática, podemos establecer entonces que persona es toda aquella que cuenta con esos atributos sin poder dejar de hacerlo, pues le son inseparables; su participación conjunta es la persona misma como creación y estructuración jurídica.

De ahí, que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, contenga dispositivos que señalan el inicio de la personalidad jurídica tales como: ¿cuál es la situación jurídica del concebido?; ¿qué derechos tiene?; ¿cuándo es que un individuo debe considerarse como nacido?. En esta tesitura, debe decirse que como ordenamiento común, sienta la bases para todo nuestro sistema legal respecto del punto de partida, así como las contingencias, dinámica y extinción de dicha personalidad en las personas físicas⁵⁶.

Al respecto, podemos observa como el artículo 22 del Código en comento, señala cuando principia y en que momento termina la personalidad jurídica de una persona física, al establecer "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección del la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código"⁵⁷.

Si bien el ordenamiento de referencia, no tiene disposición expresa alguna alusiva al momento de la concepción, al respecto diversos artículos mencionan que la duración mínima de un embarazo es de 180 días y la máxima de 300, por ello con tomar la fecha de nacimiento como punto de referencia, la concepción debió ser en los primeros 120 días de los 300 anteriormente a la fecha del nacimiento.

⁵⁶ Existen otros ordenamientos, que hacen alusión a la personalidad jurídica entre ellos la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que al regular el fideicomiso, también son aplicables al caso

⁵⁷ Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Por otra parte, se puede observar que el derecho civil contempla la posibilidad de existencia de dos clases de personas físicas y morales, es decir, que no solamente la persona humana es sujeta de relaciones jurídicas, sino por el contrario el individuo constituido en colectividad también puede ser sujeto de esas relaciones jurídicas.

Al respecto Edgardo Baqueiros y Rosalía Buenrostro señalan que debe entenderse por persona física y moral: "la primera es el hombre, es decir, el hombre y la mujer como sujetos de derechos y obligaciones. A este respecto no cabe hacer distinción alguna en cuanto a la nacionalidad, casta, raza o cualquier otro género de diferencia... mientras que el segundo son: los entes distintos de la persona humana que constituyen sujetos de derechos y obligaciones, es decir, todos aquellos entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones"⁵⁸.

Sin embargo, esas dos formas de manifestación subjetiva del Derecho, no deben considerarse opuestas entre sí. Esto no quiere decir, que la primera sea física y la segunda no lo sea, ya que ambas tienen como soporte de su existencia al cuerpo humano. Lo que sí cabe decir, es que aquella –física- tiene su individualidad por razón misma de su naturaleza, mientras que la segunda –morales- no, es decir, esta adquiere su razón de existencia por reconocimiento del Derecho, mientras que la persona física, el hombre como individuo sujeto de derecho, es de creación natural.

En este sentido, debe decirse que la noción formal de persona a que se refiere el Derecho Civil y en especial el artículo 22 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, tiene un carácter artificial manifiesto por dos razones a saber:

- a) El origen de la personalidad contemplada por el Derecho Civil no corresponde al origen de la personalidad ontológica que ostenta todo aquel individuo de naturaleza nacional, independientemente de si haya

⁵⁸ Baqueiros Rojas Edgardo y Buenrostro Báez Rosalía. Ob. Cit. Página 141.

sido dado a la luz, o de si haya sido presentado vivo ante el Registro Civil. Mientras tanto, la personalidad formal depende de requisitos formales, que obviamente no otorgan la naturaleza ontológica a su ser. Ni el ser presentado vivo ante el Registro Civil, como lo establece el artículo 22 en comento, ni el haber vivido veinticuatro horas, convierte a un ser en persona ontológica. Consideramos que, tal persona es un niño de veintitrés horas de nacido, como una de veinticuatro. No obstante, el Derecho Civil no reconoce la personalidad formal del primero.

- b) b) En cuanto a su extensión, la personalidad de la que trata el Derecho Civil, va más allá de la noción ontológica de persona. Solo el individuo de naturaleza racional puede validamente reputarse como persona ontológica, en cambio la personalidad formal es extensiva a los fenómenos denominados personas morales, estos tienen personalidad jurídica en cuanto que son sujetos ante la ley de derechos y obligaciones.

Sin embargo, el hecho de que la noción que establece el artículo 22 del Código Civil, no se identifica con las dos anteriores, ello no significa que desconozca los derechos naturales de la persona ontológica.

Al respecto Mier y Terán sostiene: "que cuando el derecho civil sólo reputa al ya nacido la personalidad formal, no está afirmado que el nasciturus carezca de naturaleza nacional. Tan sólo está indicado que a partir de cierto momento o de cierto trámite, se adquiere personalidad formal pero no se juzga sobre la dimensión ontológica. No es de su competencia hacerlo"⁵⁹.

⁵⁹ Mier y Terán Salvador Ob. Cit. 415

2. Derechos Inherentes a la Personalidad

A) Naturaleza Jurídica

Ahora bien, sobre los derechos inherentes a la personalidad en sentido jurídico se han presentado una serie de innumerables discusiones al respecto, tal como lo señala Díez Díaz al cuestionarse si los derechos inherentes a la personalidad "constituyen auténticos y perfectos derechos subjetivos o simplemente se trata de meros efectos reflejos dimanantes del derecho objetivo mediante los cuales se concede un abstracta pretensión jurídica general a las diferentes manifestaciones de la persona"⁶⁰.

Por tal circunstancia es que surgen dos corrientes doctrinarias la primera representada por los tratadistas Savigny, Jellinek, Ennecerus quienes niegan la existencia de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos. En cambio otra tendencia, no menos notable sostiene la postura contraria, que los derechos de la personalidad son auténticos derechos subjetivos, argumentos estos que divergen entre si.

De ahí, que los que niegan la existencia de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos sostienen en lo medular:

a) Que implicaría una confusión sujeto-objeto, identificación inaceptable por que la persona pasaría de esa forma a ser objeto de si misma. Empero, al sujeto lo constituiría el hombre en su totalidad como unidad completa, mientras que el objeto de cada uno de los derechos sobre la persona consistiría tan sólo en una manifestación o faceta determinada, física o moral, de la personalidad.

Al respecto, Ferreira sostiene: "que el obstáculo de la famosa confusión se salva fácilmente con la solo consideración de que el sujeto no debe centrarse en la

⁶⁰ Díez Díaz Joaquín. *Los Derechos Físicos de la Personalidad*. Derecho Sistemático. Editorial Santillana, Madrid, 1963. Páginas 31 a 32.

persona o alguna de sus partes, desechando por tanto cualquier relación íntima, sino que debe situarse en una obligación general de respeto que incumbe a los demás, en el sentido de abstenerse de vulnerar el respeto de la personalidad correspondiente, lo que equivale a la exigibilidad de un comportamiento negativo por parte de terceros"⁶¹.

En este sentido podemos mencionar por ejemplo, las señas de identidad personal, el nombre mismo que se transforma en materia de correspondientes derechos subjetivos; derecho al nombre, derecho al seudónimo, así pues, no es sostenible la objeción, según la cual la persona no puede ser, al mismo tiempo sujeto y objeto, aquí el objeto no es la persona, sino un atributo suyo y además, es objeto no en cuanto a la persona, sino en cuanto al hecho, materia de tutela jurídica contra abusos y usurpaciones por parte de otros sujetos.

b) Por otra parte, Ennecerus menciona que: "basta una protección de tipo penal, para que la personalidad, y por ende sus diversas actividades queden suficientemente salvaguardadas. No hace falta la creación de algunos derechos subjetivos al respecto"⁶². En ese mismo sentido Von Thur refiere "que el reconocimiento positivo de bienes personales, como el cuerpo, el honor, es bastante con que se produzcan en forma meramente preventiva y sancionadora, mediante normas de carácter público"⁶³, si bien ello no obsta para que puedan derivarse dentro del campo de que tratamos algunos efectos en verdad privados, de la importancia de indemnización por daños y perjuicios, pero de por sí, la competencia es de derecho público.

En ese mismo orden de ideas, podemos establecer que entre todas las facultades que emanan de la base misma de la persona, y que son sus naturales y libres manifestaciones, algunas de ellas van adquiriendo cada vez más trascendencia, terminando por asumir carácter y denominación propias, como verdaderos derechos singulares de la personalidad.

⁶¹ Citado por Díez Díaz Joaquín Ob. Cit. Página 859.

⁶² Ibidem. Página 860.

⁶³ Ibidem. Página 860.

En este sentido, podemos concluir que en la actualidad la doctrina dominante y con la que estamos acorde, considera que los derechos inherentes a la personalidad son auténticos derechos subjetivos.

Dado, que esos derechos de la personalidad pueden considerarse como aquellas facultades que derivan de la norma jurídica, del derecho objetivo, facultades específicas, prerrogativas otorgadas por la norma de derecho y en esos precisamente descansa un derecho subjetivo.

Al respecto Galindo Garfias señala: "derecho subjetivo es el conjunto de facultades o prerrogativas que corresponden a una persona determinada de acuerdo con el ordenamiento jurídico"⁶⁴.

De todo lo anteriormente señalado se observa que por un lado se encuentran las facultades y prerrogativas de que disfruta el individuo y por el otro, el implícito deber jurídico a cargo de los demás miembros de la comunidad de abstenerse de realizar cualquier conducta que lesione las mismas, so pena de ser sancionado conforme al ordenamiento objetivo que les tutela.

B) Titularidad

La titularidad de los derechos de la personalidad, los adquieren todas las personas por el solo hecho de serlo, es decir, son derechos innatos, derechos que surgen con el propio hombre.

Por consiguiente, es evidente que todas las personas gozan de personalidad, entendiéndose por esta la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, circunstancia esta última que encuentra sustento jurídico en el artículo 22 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

⁶⁴ Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa, México, 1976. Página 23

C) Surgimiento

En esa misma línea de ideas, el surgimiento de tales derechos nacen desde el momento en que el individuo es concebido, de tal manera que si nace vivo y viable los efectos de los actos que le benefician se retrotraen a la fecha de su concepción.

Al respecto, podemos observar como el multicitado artículo 22 del Código en comento, señala cuándo surge y en qué momento termina la personalidad jurídica de una persona física, al establecer "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por 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"

De ahí, la capacidad jurídica puede ser de goce o de ejercicio, respecto de la primera –goce-, en principio toda persona es titular de la misma, solo excepcionalmente se decreta incapacidades parciales, por ejemplo: Tienen incapacidad para adquirir por testamento los tutores, curadores respecto del sujeto pasivo de la tutela, asimismo no podrá heredar por testamento el médico que hubiese asistido al testador en su última enfermedad, si hizo entonces su disposición testamentaria. Mientras que de la capacidad de ejercicio no pueden ser titulares aquellas personas que por su edad e inexperiencia o bien por su estado físico mental, deben de ser protegidas por el legislador y para ello exige la intervención de un tercero que ejercite por el incapaz sus derechos, un ejemplo de ello puede ser el artículo 450 del Código Civil, en el cual se establece que personas se consideran incapaces.

"Artículo. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad

I.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; aquellos que padezcan alguna afección

originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio”.

De ahí, que solo en cierto casos algunas personas pueden adquirir la capacidad de goce y no la de ejercicio, pues estas se encuentran condicionadas, tal y como se señaló en párrafos anteriores, en este sentido, debemos señalar que la capacidad de goce es la actitud de ser titular de derechos y obligaciones; mientras que la de ejercicio se condiciona tanto a la mayoría de edad, como a la salud mental (artículo 22 del Código Civil).

Asimismo, debe destacarse que el individuo también goza de protección jurídica desde el momento que es concebido, derecho este que en ningún momento puede ser vulnerado, toda vez que el propio artículo 22 del Código en mención, así lo refiere al señalar que: “desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección del la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”, tal es el hecho que nuestro sistema jurídico penaliza en cierto casos el aborto.

Por todo lo anterior, podemos concluir que todo individuo independientemente de su edad, estado físico o mental gozará de las capacidades ya sea de goce en ciertos caso o de ejercicio desde el momento que es concebido.

D) Extinción

Esta circunstancia de la misma forma se encuentra contemplada en el tan referido artículo 22 del Código Civil, pues el mismo establece: “la capacidad

jurídica de las personas físicas se adquiere por nacimiento y se pierde por la muerte”, de ahí que este suceso natural e irremediable, de origen a la pérdida total de la personalidad jurídica –capacidad de goce o de ejercicio-, es decir, en este momento deja de adquirir derechos y obligaciones y se convierte en cadáver –cosa-.

E) Características

Por otro lado, los Derechos de la Personalidad tienen como características esenciales las siguientes:

I. Este se atribuye a toda persona, aún cuando son susceptibles de suspenderse total o parcialmente, como en el caso del derecho a la vida, este se puede cegar por causas natural o por eventos provocados –Homicidio-, otro sería el condenado a muerte; así, otro derechos que puede desvanecerse es el derechos a la libertad –condenado a prisión-.

II. Podemos observar que esos derechos no son separables de la persona titular, no puede disponer de ellos, asimismo son intransferibles, irrenunciables y no se pierden con el transcurso del tiempo, ya que los mismo son imprescriptibles.

Esta característica encuentra su razón de ser, toda vez que es evidente que los derechos de la personalidad únicamente pertenecen al individuo como persona, es decir, son parte de él, ya que no los puede transmitir a otra persona, un ejemplo de ello el nombre, el derecho al honor, estos derechos no los puede ceder, transferir o renunciar por que son inseparable y únicamente le pertenecen a su titular.

III. Tiene un carácter extrapecuniario, no son valorables en dinero, es decir carecen de naturaleza económica, aún cuando pueden tener alguna repercusión

pecuniaria, así su lesión se repara mediante una suma de dinero, ante la imposibilidad de su indemnización en especie.

IV. Se consideran Derechos Absolutos, son oponibles a terceros.

V. Tienen como objeto ciertas calidades, atributos o manifestaciones de la personalidad, concebibles como algo distinto de la propia persona en si misma.

VI. Son Derechos Innatos, es decir, se adquieren por el hecho de ser persona, sin que requieran de alguna circunstancia o hecho adquisitivo especial (excepción hecha de los derechos morales de autor que sí requieren de ciertas circunstancias).

F) Objeto

En cuanto al objeto, existen una primera tesis negativa de los derechos de la personalidad, la cual argumenta que no es posible dar a la persona dos funciones contradictorias, esto es, la de sujeto y objeto de derecho, sino por el contrario argumentan que la persona es tanto el titular como el objeto del derecho.

Por otro lado, el sujeto de los derechos de la personalidad, es la persona, pero esta no es su objeto y por ello no existe la pretendida contradicción de asignar dos funciones a un mismo ente, es decir, se insiste que la persona no es propiamente el objeto de tales derechos.

Así, existen autores que afirman que los derechos de que se trata pertenecen a la categoría de los derechos sin sujeto o que su objeto no debe ser buscado en la persona o en parte de ellas, sino en los demás conciudadanos que deben respetar la personalidad del individuo, aspecto que viene a confirmar Ferrera al señalar "el objeto no es ya la res, sino los otros hombres obligados a

respetar el goce... la vida, el cuerpo, son los términos de referencia de la obligación negativa que incumbe a la generalidad⁶⁵.

Otra tendencia asevera que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra en la persona misma de su titular, ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal, sino en determinados bienes personales o facultades que contribuyen los atributos que el derecho de los países civilizados reconoce a los seres humanos, teoría con la que estamos de acuerdo, pues como anteriormente señalamos, que únicamente se trata de atributos o manifestaciones esenciales de la persona, ya sea físicas o morales, de ahí, que este sea precisamente el objeto de los derechos de la personalidad (el objeto es la persona en si misma y a su vez sus atributos son objetivizados y adquieren la categoría de bienes jurídicos y por consiguiente materia del derechos subjetivo).

G) Clasificación

Existe una infinidad de clasificaciones de los Derechos de la Personalidad, sin embargo solo se hará mención de las que se consideran más importantes, tales como:

En esta primera clasificación se toma en cuenta a que esfera pertenecen, así tenemos que los derechos de la personalidad se pueden presentar como a) Los relativos a la esfera espiritual y b) Los pertenecientes a la esfera corporal.

Al respecto Copis y de Nerson los clasifica en tres grandes ramas:

1. Parte social Pública
2. Parte Afectiva
3. Parte Fisicosomática

⁶⁵Citado por Castán Tobeñas José. *Derechos de la Personalidad*, Editorial Reus. Madrid. 1952. Página 17

Otra clasificación y creo la más compleja es la que realiza "Ernesto Gutiérrez y González"⁶⁶, partiendo de la clasificación que hace Copis y de Nerson, de la forma siguiente:

A) Parte Social Pública

- I. Derecho al Honor o Reputación
- II. Derecho al Título Profesional
- III. Derecho al Secreto o la Reserva
- IV. Derecho al Nombre
- V. Derecho a la Presencia Estética

B) Parte Afectiva

- I. Derecho de Afeción
- II. Familia
- III. Amistad

C) Parte Físico-somática

- I. Derecho a la Vida
- II. Derecho a la Libertad
- III. Derecho a la Integridad
- IV. Derechos relacionados con el Cuerpo Humano:
 - a) Disposición Total del Cuerpo
 - b) Disposición de Partes del Cuerpo
 - c) Disposiciones de Acciones del Cuerpo
- V. Derechos Sobre El Cadáver:
 - a) El Cadáver en si
 - b) Partes Separadas del Cadáver

⁶⁶ Gutiérrez y González Ernesto El Patrimonio y Moral o Derechos de las Personalidad. Editorial José M. Cajica JR., México, 1971. Pagina 14

Esta sería una de las clasificaciones de derechos de la personalidad que resulta ser más compleja y la cual tomaremos como base para nuestro estudio, en especial la parte Físicosomática particularmente los numerales III y V (derechos a la integridad corporal y derechos relacionados con el cuerpo humano y el cadáver), en otras palabras estos temas son el fundamento del presente trabajo.

De ahí, que a partir de este momento nuestro temas subsecuentes se vean enfocados a la materia que fue el motivo toral de nuestro trabajo, como lo es el Trasplante de Órganos, Células y Tejidos Humanos.

3. Consentimiento como condición sine qua non de la disposición de Órganos y Tejidos Humanos

Ahora bien, antes de entrar al estudio del presente tema, resulta necesarios establecer que se entiende por "Consentimiento", así pues tenemos que para Rafael de Pina consentimiento es: "el acuerdo entre dos o más voluntades acerca de la producción o transformación de derechos y obligaciones"⁶⁷.

Por su parte Gutiérrez y González señala que el consentimiento debe considerarse como: "un acuerdo de voluntades sobre la producción de efectos de Derechos y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior"⁶⁸.

Así, podemos ver como el consentimiento es una institución jurídica y autónoma, si bien es cierto, que en las anteriores concepciones se establece como un acuerdo de voluntades, también es cierto que para nuestro estudio el consentimiento no puede ser considerado como un acuerdo de voluntades, ni mucho menos como un acto unilateral, sino por el contrario al momento en que individuo da su consentimiento sobre alguna cosa –órgano humano-, éste lo

⁶⁷ De Pina Vara Rafael. Op. Cit. Página 183

⁶⁸ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 8ª Edición, Editorial Porrúa, México 1991
Página 215.

realiza con un tercero que se vera beneficiado por aquella voluntad, de ahí que el consentimiento sea expresado como un acto jurídico bilateral y no unilateral.

A) Validez

Por otro lado, tenemos que todo consentimiento necesariamente debe tener una validez, lo anterior para darle una mayor certeza jurídica al acto que se realiza, así, podemos establecer que el valor que se le atribuye al consentimiento respecto de los donantes marca una línea divisoria entre los diversos sistemas jurídicos que legislan sobre el Trasplante de órganos, Células y Tejidos Humanos.

Al respecto la Doctora Ascensión Cambrón, considera que existen cinco requisitos de validez del consentimiento que desde el punto de vista jurídico creemos existen en la mayoría de las legislaciones, tales como:

1. Limitaciones por razón de edad o capacidad del donante, es necesario que el donante sea mayor de edad y goce de plenas facultades mentales

Al respecto, cabe señalar que el nivel de consentimiento que se requiere para la validez de la disposición de órganos propios, debe contener ciertos requisitos como son: la madurez tanto física como emotiva; debe ser expresado con plena capacidad; libre de todo tipo de coacción ya sea violenta, psíquica e inclusive afectiva.

Podemos observar, que en nuestra legislación el artículo 322 del Ley General de Salud, en su primer párrafo establece que para poder donar órganos y tejidos en vida, se deberá precisar el consentimiento expreso, además que deberá constar por escrito, tal consentimiento debe ser libre de toda coacción física o moral, incluso para que se considere como válido debe cumplir con las formalidades señaladas por las diversas disposiciones aplicables. si bien es cierto que estos requisitos cumplen las expectativas de lo que se entenderá como

consentimiento lícito en la donación la legislación de la materia debe facilitar y hacer obligatoria las campañas de difusión suficiente para dar publicidad a los documentos por medio de los cuales se otorga el consentimiento expreso, ello para estar en posibilidades de establecer que tal decisión ha sido debidamente madurada por el donante.

2. Limitaciones en razón del órgano, es decir, la intervención ha de basarse en un órgano cuya extracción sea compatible con la vida del donante y que no disminuya gravemente su capacidad orgánica funcional, esto quiere decir, que se debe cumplir con el principio de beneficencia, en este sentido no podrán ser objeto de trasplante de seres vivos los órganos impares –corazón-, ni los pares únicos, mucho menos aquellos miembros ni otras partes elementales que produzcan una disminución funcional.

3. Limitaciones del donante y su consentimiento, este consiste en el derecho a que el donante sea informado previamente de la cirugía, así como de todas y cada una de las consecuencias que se deriven de sus decisiones, para que otorgue su consentimiento de forma expresa, libre, consiente y desinteresada. Dicho consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento antes de la intervención sin necesidad de cumplir con formalidad alguna y sin que pueda incurrir en responsabilidad de su parte.

4. Otro requisito, que como limitación consiste en el destino del órgano, es decir, se debe establecer que el trasplante debe ser a una persona determinada y que el propósito es para mejorar sustancialmente su esperanza o condiciones de vida. El espíritu de la Ley, debe consistir en iniciar un proceso de donación de una persona viva, una vez que se ha fijado el candidato o receptor.

5. Por último, señala que el anonimato del receptor, es también un requisito de validez, el cual califica de "lapsus legislatoris", pues se contradice con el resto de los requisitos, en especial con el último de ellos, en virtud de que la donación

entre vivos se realizan entre familiares, en virtud del gesto de afecto y solidaridad. Dicho requisito solo será útil en la donación de cadáveres.

Así, podemos observar que en nuestra legislación los requisitos de validez del consentimiento para la disposición de órganos y tejidos humanos, entre vivos, se encuentran regulados en el artículo 333 de la Ley General de Salud y en cuanto a la disposición de cadáveres en el artículo 334, en dichos preceptos se puede observar que no es requisito de validez el que se mantenga el anonimato del receptor.

No obstante, se localiza una contradicción en la legislación, la cual será motivo de propuesta de reforma en el presente trabajo, dado que dicho artículo 333 en su fracción VI, de la Ley en cita, establece como requisito de validez, la necesidad de ser pariente por consanguinidad, por afinidad o civil, o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor; percepción con la cual no se está de acuerdo, pues tal fracción es totalmente arcaica y fuera de lugar, pues como se ha venido estableciendo la donación de órganos y tejidos humanos se realizan de acuerdo a las relaciones afectivas, incluso entre amigos, en consecuencia esta fracción resulte inoperante, pues no toma en cuenta que mucha gente se encuentra en posibilidades o en condiciones de ayudar a otra persona, sin necesidad de que sean familiares, por tanto considero que dicho precepto se muestra un tanto limitado, lo que trae como consecuencia la limitación o escasa donación de órganos y tejidos humanos, de ahí, la necesidad de que dicho precepto sea reformado en cuanto este aspecto se refiere tal como más adelante en el capítulo de propuesta se analizará.

Así tenemos, que una vez cumplido con todos los requisitos de validez, se puede considerar que el menoscabo que la donación ocasionó en la integridad corporal del donante, cuente con los lineamientos que marcan los ordenamientos de la materia aplicables, ello con el objeto de que dicho acto sea considerado como lícito y como consecuencia otorgue una licitud a la actuación de cirujano.

B) Formalidad

Ahora bien, una vez que se otorga el consentimiento expreso por parte del donante para que sea válido ese acto jurídico, debe tener una formalidad, es decir, debe ser concreto y claro, en cuanto a la relación del órgano, esto es, debe precisar qué órgano se va a extraer; asimismo debe contener para qué tipo de trasplante se trata, tales manifestaciones deben ser indubitables y no inducir a interpretación alguna.

En este sentido, el consentimiento debió de haber sido expresado libre de toda presión, violencia, amenaza, así como completa e informada conciencia, tal y como se ha señalado líneas arriba. Así, entonces la expresión de ese consentimiento debe constar por escrito, a través de un documento dotado de todas las formalidades, incluyéndose en ésta al propio personal médico que haya de hacer la extracción; la información al donante; tipo de tejido o material orgánico que se ceda, además si la extracción del órganos se hace estando el individuo consiente o inconsciente, así como las condiciones en que el donante se encontrara después de la intervención.

Esta formalidad, en el consentimiento expreso del donante es una garantía que se debe ofrecer al mismo, ya que con esta no se podrá permitir el atentado contra el propio cuerpo que le provoque una disminución perpetua respecto a las capacidades e integridad física, de ahí, que no se le reconozca validez alguna a dicho consentimiento cuando este sea contrario a las buenas costumbres, al orden público y a la propia ley.

Por otra parte, respecto al consentimiento para la disposición de cadáveres, existen dos formas en que se puede dar tal aprobación primera el individuo puede disponer de sus órganos corpóreos en vida; y segundo esta disposición la puede realizar con efectos para después de la muerte .

Sin embargo, consideramos que para este último caso no solo se requiere su manifestación expresa, sino por el contrario la declaración de voluntad debe haberse otorgado con los requisitos que se han venido señalando párrafos anteriores, es decir, se de por escrito, libre de toda presión, conciente y plenamente informado del tema; así como testigos que puedan avalar su dicho, incluso sería prudente que dentro de la disposición testamentaria se realizara la expresión del donatario y que a los testigos se les hiciera del conocimiento pleno de la decisión del donante, ello con el objeto de evitar dilación en el tiempo para la extracción de los órganos, dado que en muchas ocasiones los familiares por motivos religiosa, morales o afectivo, no estuvieren de acuerdo con la donación de órganos que su difunto en vida haya realizado, pero para el caso de que no exista alguna justificación lícita, los testigos avalaran la manifestación de voluntad del donante, de ahí, que no se podrá contrariar, sustituir o revocar ese consentimiento legalmente manifestado por el disponente.

Creemos, que el problema de ello radica principalmente en la falta oportuna de información y difusión de la voluntad a la donación de material orgánico, ya que de existir una debida difusión y conocimiento de los alcances y beneficios que dicha materia tiene, la sociedad sería menos renuente en otorgar su autorización para disponer de sus órganos después de su muertes.

C) En caso de Menores e Incapaces

Respecto a los menores e incapaces, se puede observa como algunas legislaciones prohíben de forma expresa la disposición de sus órganos, es decir, los menores e incapaces por si solo no pueden otorgar su consentimiento para la extracción de algunos de sus órganos.

En este sentido la suplencia de ese consentimiento podría pensarse que podría darse por medio de la persona, que en ese momento es responsable de la guarda y administración –bienes- de la persona quien esta incapacitado transitoria

o permanentemente, esto es, si bien es cierto que tales persona tiene bajo su responsabilidad y cuidado a un menor o incapaz, ello no le da facultad para determinar sobre la disposición de órganos de sus representados, independientemente de que el receptor fuera un consanguíneo cercano.

Con ello se trata de proteger en estos casos la integridad física y psíquica de seres que probablemente tienen un grado de indefensión y fragilidad mayor de los requirentes de los tejidos; así podemos ver que la sustitución de la voluntad de los incapaces y menores de edad para estos casos, representa una terrible confusión que en la actualidad ha proliferado, circunstancia con las que estamos totalmente de acuerdo.

Sin embargo, lo que pretendemos únicamente es que se reforme en cuanto al criterio que se permita la donación de órganos de menores de edad entre los hermanos del menor, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de exámenes médicos, ello para estar en posibilidades de establecer cuáles serían los riesgos o repercusiones que se pudieran ocasionar al menor donador y al trasplantado, asimismo también debe contarse con una autorización judicial; en caso de que se trate de incapaz, pues de acuerdo al 326 de la Ley General de Salud, se establece que el consentimiento otorgado en cualquier circunstancias no es válido.

Esta excepción, incluso pudiera regularse de la misma forma que la establecida en el artículo 16 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órgano, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, pues este en su último párrafo establece: "tratándose de trasplante de médula ósea, la Secretaria en su caso podrá eximir al diponente originario del requisito a que se refiere la fracción I de este artículo. Al efecto deberá presentarse ante la Secretaria los estudios y diagnósticos terapéuticos que ésta determine y, cuando proceda el consentimiento de los representantes legales del disponente a quien también se le deberá proporcionar información".

Como podemos observar, esta excepción tampoco abarca a los incapaces, ya menores de edad o adultos, por lo que en estricto derechos estas personas no podrán ser donantes tampoco de médula ósea, y más aún la Secretaria de Salud tampoco podrá autorizar su extracción.

Por otro lado, es importante destacar que ni la Ley General de Salud ni su Reglamento establecen una sanción expresa a la violación expresa de estas normas, en este sentido se puede recurrir a la interpretación del concepto ilícito contenido en el artículo 466 fracción establece: "se le impondrá de cuatro 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... Fracción I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres y fetos de seres humanos".

Sin embargo, creemos que eso nos es suficiente, sino por el contrario es necesario que se incorpore una norma que sancione de forma más específica, y con el rigor del caso la trasgresión de las prohibiciones citadas, en ella debe incluirse como corresponsables a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela del menor o del incapacitado, como más adelante se propondrá como reforma.

D) Omisión y suplencia del Consentimiento

Los problemas más interesantes surgen cuando el sujeto fallece sin haber hecho expresión de voluntad respecto al destino de sus órganos, pues el cadáver es *res nullius* y en tal sentido no es propiedad de nadie, ni puede aceptarse la existencia de derechos subjetivos al cadáver, ni entorno al mismo.

En esta línea de ideas, el cadáver, para el orden jurídico estrictamente, es algo así como un objeto susceptible de entrar bajo nuestro señorío, no como una idea de propiedad, sino con el solo fin de protección. Es algo que se encuentra fuera del comercio, que no es cosa ni bien.

Por lo tanto, vale la pena preguntarse ¿Quién tiene derecho para autorizar que el cadáver sea utilizado con fines científicos o para retirar órganos con el único objeto de trasplantarlos a alguien más?.

Esta interrogante es contestada por la propia legislación, pues ella es quien establece que personas pueden suplir ese consentimiento

Entre los diversos sistemas legislativos, haya algunos que permiten a los causahabientes otorgar el consentimiento para la donación de órganos para fines terapéuticos, docentes y de investigación. La norma jurídica faculta a determinadas personas para autorizar la remoción de órganos del cadáver ante la omisión del fallecido. En estos casos, se entiende que esta disposición no contraviene a la Ley, ni al orden público o a las buenas costumbres, en razón a los fines que se persiguen.

Así, podemos clasificar de acuerdo a la ley a las personas que pueden otorgar ese consentimiento en tres grupos, tales como:

1. Los deudos y personas relacionadas con el difunto, artículo 324 de la Ley General de Salud, en el que se establece que podrá dar el consentimiento tácito del donante, el o los cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, conforme a la prelación señalada, es aquí donde la ley reconoce una presunta voluntad por boca de los deudos, quienes facultados en la relación de cercanía y el consentimiento que del difunto tenían, interpreta que el destino, que eligen para los restos no sería contrario a las intenciones de aquel. Los deudos tienen una obligación de guarda, custodia del cadáver, pero esto no los faculta para disponer de él, por muy sensibles y humanitarios que sean sus fines, supliendo una voluntad presunta, que pese a todo es omisa.

Así, tenemos que la legislación mexicana reconoce en los deudos la facultad de consentir la disposición de órganos a falta de expresión de la negativa del disponente originario, pero como podemos hablar de "disponentes secundarios"⁶⁹ si jamás hubo un disponente originario, toda vez que este último no expreso deseo alguno para que le fueran extraídos órganos de su cuerpo después de su muerte. No es a caso presupuesto necesario la existencia de la manifestación de la voluntad del disponente para que haya un secundario.

2. las Autoridades Sanitarias o componentes en la materia. Cuando falta el consentimiento del disponente y no existe la persona aludida, pues el propio artículo 324 de la Ley de la materia, considera como disponentes a los directores de centros hospitalarios, quienes pueden tomar las decisiones de extraer órganos para se trasplante correspondiente en la investigación o en la docencia en algunos caso.

En México, a la Autoridad Sanitaria es la encargada de control sanitario de las donaciones de trasplantes de órganos, células y tejidos humanos; así como la regulación y disposición de cadáveres (artículo 313 de la Ley General de Salud); circunstancia que viene a reforzar el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órgano, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos en su artículo 13 fracción II, al señalar que son disponentes secundarios "II. La autoridad Sanitaria correspondiente".

3. Otra autoridad y personas autorizadas para otorgar ese consentimiento, la Ley, le otorga ese carácter a la autoridad judicial, instituciones educativas, representantes de menores incapacitados y el "Ministerio Público"⁷⁰.

⁶⁹ El Artículo 13 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órgano, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, establece quienes pueden ser donadores secundarios.

⁷⁰ Circular C/002/03. Emitido por El Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que establece criterios para coordinar y supervisar el Procedimiento de Donación y Trasplante de órganos, Células y Tejidos Humanos a que se refiere el instructivo I/001/2002 del C. Procurador. en esta se señala "que el Ministerio Público intervendrá para la extracción de órganos y tejidos solo en los casos de que la pérdida de la vida del donante se encuentre relacionada con la averiguación de algún delito, conforme al artículo 328 de la Ley General de Salud"

Si bien es cierto que existe un fundamento legal para los terceros independientemente de la identidad que tengan, pueden disponer de los restos de una persona y destinarlos a los fines que sean, sin embargo consideramos que no es un fundamento lícito, pues el mismo se contradice entre si.

Incluso, creemos que el artículo 328 de la Ley en estudio, constituye una latente violación a los derechos de la personalidad, pues dicho precepto establece: "solo en los casos de la pérdida de la vida del donante que esté relacionada con la averiguación de un delito se dará intervención al Ministerio Público y a la autoridad judicial, para la extracción de órganos y tejidos".

Al respecto, consideramos que esta norma se interpreta en el sentido de que un cadáver relacionado con la averiguación de un determinado delito, incluso sin importar si fue víctima de ese ilícito, se convierta en condición para que la autoridad correspondiente pueda tomar el materia orgánico sin el consentimiento de los disponentes, sin embargo, la redacción de este artículo es de suma confusión y a la vez violatoria del derecho de disposición corporal, pues este no aclara, si la obtención del consentimiento opera solo cuando el disponente originario haya sido omiso o si opera también cuando éste haya manifestado su voluntad.

De ahí, que dicho precepto a todas luces vulnera los derechos de la personalidad del hombre, en especial la integración corporal; el derecho de disposición del propio cuerpo y el derecho al cadáver; pues como se señaló al inicio del presente capítulo estos son atributos esenciales del individuo, tanto físicos como morales, siendo que el derecho a la integridad corporal y al cadáver implican la protección del cuerpo, derechos estos que incluso se prolongan hasta la muerte, mediante el respeto al cadáver

En este orden de ideas y como más adelante se arribará dicho precepto también debe ser reformado o derogado en su totalidad.

F) Presunción de Consentimiento

Como se ha venido señalando a lo largo del presente trabajo, para que se pueda efectuar una intervención quirúrgica en una persona se requiere necesariamente el consentimiento del paciente o en su defecto el de sus familiares; en el caso de nuestra legislación tenemos que las personas que pueden otorgar ese consentimiento son los secundarios como ya se refirió con antelación.

Al respecto, Sagarna Fernando, refiere que no tanto se requiere de un consentimiento, sino por el contrario de un "asentimiento, entendiéndose por este la manifestación de un acuerdo para que la operación sea llevada a cabo"⁷¹, sin embargo nuestro derecho los estipula como consentimiento, en tal sentido se seguirá hablando de consentimiento.

Ahora bien, respecto del consentimiento de la donación de órganos y tejidos post mortem, la voluntad del donador puede ser dada en vida en forma exprese, es decir, cuando se manifiesta de forma clara su voluntad la que se afirma mediante las vías legales correspondiente; otra forma sería de forma tácita, esto es, que la ley disponga que ante la ausencia de manifestación de dador otorgada en vida, su voluntad sea tenida como afirmativa hasta en tanto él o sus deudos no disponga lo contrario, en caso de fallecimiento, esta se deja al libre albedrío de sus sucesores.

En esta tesitura, se puede deducir que de acuerdo a la Ley General de Salud, específicamente en su artículo 324, así como su reglamento en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos opta por el sistema del consentimiento presunto –sistema que la legislación Argentina también aplica, a partir del 1º de enero de 1996-, lo que

⁷¹Sagarna Fernando Alfredo. Los Trasplantes de Órganos en el Derecho Doctrinal. Legislación, Jurisprudencia, Legislación y Derecho Comparado. Editorial Depalma, Argentina, 1996. Página 263.

significa que toda persona que no haya manifestado su voluntad ante las vías correspondientes, serán considerados como probables donantes post mortem.

Por todo lo anterior, creemos que la ausencia de donantes en nuestro país como en otras partes del mundo, se debe más que nada a la falta de campañas publicitarias de educación dirigidas a todos los niveles culturales de la sociedad, tendientes a brindar una mayor información sobre el tema en cuestión, así como allegarlos de esa información respecto a los beneficios que se obtienen con el trasplante de órganos y tejidos humanos, de ahí que como bien lo refiere Sagarna Fernando “entonces, es ahí donde la conciencia solidaria ayudará al prójimo, demostrando el altruismo de la comunidad”⁷², en este orden de ideas solo creando conciencia en la ciudadanía es posible que la ausencia de donadores de órganos y tejidos humanos pueda combatirse.

4. Terminología básica en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos humanos

Ahora bien, antes de entrar al estudio de fondo del trasplante de órganos, resulta procedente aclarar alguna terminología utilizada tales como:

- a) Ablación.- Femenino del Latín ablatio, significa según el Diccionario de la Real Academia Española, la acción y efecto de cortar, separar, quitar y también de separación o extirpación de cualquier parte del cuerpo.
- b) Implantar.- Significa, planta, encajar, injertar o bien colocar en el cuerpo algún aparato o sustituto de órgano que ayude a su funcionamiento fisiológicamente, es la fijación, inserción o injerto de un tejido u órgano en otro.

⁷² Sagarna Fernando Alfredo. Op. Cit. Página 265.

- c) **Injertar.**- Del Latin isertare, médicamente, es aplicar una porción de tejido vivo a una parte del cuerpo modificada o lesionada, de manera que se produzca una unión orgánica.
- d) **Trasplante.**- Es la acción y efecto de trasplantar o trasplantarse. Trasplante, es en el uso corriente, Trasladar plantas del sitio en que están arraigadas y plantarlas en otro, y en sentido médico insertar en un cuerpo humano o animal un órgano sano o parte de él, procedente de un individuo de la misma o distinta especie, para sustituir a un órgano enfermo o parte de ella. Existen varios tipos de trasplantes, entre ellos tomando en cuenta el lapso genético entre dador y receptor, es decir, Trasplante Homólogo Homotrasplante.- Se llama a la trasferencia de órganos o tejidos entre individuos del mismo género, entre seres humanos. Los Trasplantes Heterólogo Xenotrasplante.- Es el que se realiza entre individuos de diferentes géneros, un dador animal y un receptor humano. Trasplante Autotrasplante o Trasplante Autólogo.- Es el que se hace en una misma persona, es decir, una parte sana de ella se emplea para curar otra parte enferma de su cuerpo. Por último el Trasplante Isotrasplante.- Es aquel en que el dador y receptor tienen el mismo patrimonio genético.
- e) **Órgano.**- Masculino del Latin orgumum: del griego organóon. Es la parte un tanto independiente del cuerpo distribuida según un plan estructural característico, que afecta una función o varias funciones especiales; esta compuesto de diversos tejidos, uno de los cuales es el primordial en la función. Lo esencial es que dicha parte del cuerpo cumpla una o varias funciones, así son órganos: el corazón, los pulmones, los riñones, la uretra, la vejiga, los genitales, el hígado, el estomago, los sentidos entre otros.
- f) **Tejido.**- Es la agregación de células especializadas de manera semejante, unidas en la ejecución de una función particular.

También deben ser anatómicos, es decir, pertenecientes al cuerpo humanos.

- g) **Material Anatómico.**- Es un conjunto de sustancias o elementos que forman el cuerpo humano, por lo general se utiliza para nombrar a una parte de cualquier órgano. Los tejidos son materiales anatómicos, pero cuando constituyen unidades con una función específica se le menciona como órganos. Ahora bien, un hueso, un músculo, la sangre, el cabello, la uñas, la leche materna, el semen, los óvulos, serían materiales anatómicos pero de igual forma, podrían considerarse como materiales anatómicos un brazo, una pierna, o una mano, un pie entre otros.
- h) **Células Germinales.**- De acuerdo al artículo 314 fracción I, de la Ley de la materia, son las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.
- i) **Cadáver.**- La fracción II, de artículo anterior señala que es el cuerpo humano en el que se comprueba la presencia de los signos de muerte.
- j) **Disponente.**- Es aquel que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte.

CAPÍTULO IV

DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS EN MÉXICO

1. Legislación Mexicana

A lo largo de lo que se ha venido señalando en el presente trabajo, puede afirmarse que los trasplantes de órganos en México se enfrenta a una gran problemática de orden moral, cultural y religiosa, si a esto correlacionamos una falta de un ordenamiento jurídico adecuado para dar solución y promoción efectiva a la materia de trasplante de órganos y tejidos humanos.

Esta problemática jurídica que encierra la materia de trasplante de órganos y tejidos humanos, no resulta ser recurrente, si bien es cierto dicha materia en cuestión científica y jurídica a nivel mundial no es nueva, también es cierto que en México resulta ser un tema que actualmente tiene boga en el ámbito social, político y jurídico del país.

En este sentido, resulta evidente la falta de un verdadero ordenamiento jurídico que regule y garantice debidamente la materia de trasplante de órganos y tejidos humanos, pero no solo se requiere que se encuentre positivizado, sino que esos ordenamientos deben ser eficaces al momento de su aplicación al caso en concreto, sin que ello implique obstaculizar el progreso científico de la medicina, sino por el contrario que garantice y justifique su aplicación.

A la par, debe existir una difusión y promoción efectiva de la donación de Órganos y tejidos humanos, ello, con el único propósito de crear conciencia en la sociedad, haciéndoles ver que la donación de órganos y tejidos humanos no es una práctica desleal que vaya en contra de los principios morales, religiosos o culturales, sino por el contrario su práctica debe considerarse un progreso eminente en la medicina científica; incluso, debe considerarse altruistas y no

lucrativa, si se ve desde el punto de vista que el trasplante de órganos y tejidos humanos, siempre tiene como finalidad mediata el prolongar el ciclo de vida; mejorar las condiciones de ésta o para mantener su propia existencia.

Ese tipo de medidas, pueden ser muy eficaces en primer lugar por que se crearía un desenfrenado interés por la donación de órganos y tejidos humanos, es decir, se evitaría las largas listas de requirentes a nivel mundial que guardan por años esperando un donador; y en segundo lugar se disminuiría considerablemente la comercialización de las partes humanas –tráfico de órganos-, que cada vez más se agudiza en todo el mundo.

Sin embargo, podemos constatar que en siglos pasados el no contar con un ordenamiento jurídico que regulara debidamente la materia en comento, no fue obstáculo para que se realizaran trasplantes de órganos y tejidos humanos, si no por el contrario durante ese tiempo fueron sorprendentes los logros que se obtuvieron en cuanto a la materia se refiere⁷³, si bien se tuvieron algunas limitaciones y restricciones para su práctica, verdad es que también se obtuvieron algunos beneficios que actualmente son relevantes para la ciencia médica.

Luego entonces, el paso fundamental para realizar los trasplantes de órganos y tejidos humanos, fue que la ciencia médica tuvo que asegurar que las operaciones mantuvieran un soporte científico de investigación idónea y eficaz

⁷³ Podemos observar que los injertos de piel pueden considerarse como los primeros trasplantes de tejido humano, realizado a finales en la década de los veinte; el de córnea fue realizado en 1905 por el Doctor Edward Zirm, sin embargo no llegaron a ser aceptados como una operación de rutina hasta el año de 1940. El primer banco de ojos para la recuperación de la vista en el hospital de los sentidos de Maniatan se fundó en 1944; el de riñón se realizó en 1951 por el Doctor David Hume, teniendo como donante un cadáver. Durante los cuatro años siguientes el Doctor Hume y su colega, el Doctor Joseph E. Murria, realizaron otros diez trasplantes de este órgano. Pero todo este proceso se vuelve mas tangible, en el año de 1954, en los estados Unidos de Norteamérica, en Boston, se realizó el primer trasplante de riñón en el que intervino un donante gemelo idéntico; en 1963, se realizó el primer trasplante de hígado en el mundo en Denver, por Thomas Starzl, y el de pulmón por el Dr. James Ardi, aunque el paciente murió dieciocho horas después de la operación; en 1964 Hardy realizó el primer trasplante aloplástico de corazón en un humano, utilizando un corazón de chimpancé que mantuvo la circulación del receptor durante sesenta minutos una vez que se suspendió la circulación extracorporal; en 1966 el Dr. Richard C. Lillehei, de la facultad de medicina de la Universidad de Minnesota, realizó el primer trasplante de páncreas; en 1961, comenzaron a realizarse en Frattford (E.E.U.U.), con éxito los trasplantes de bloques cardiopulmonares

para colocar al posible paciente en una situación –segura- donde no se pusiera en peligro su vida.

De ahí, que en México el primer trasplante de riñón se llevó a cabo en 1963; el de hígado en 1985; el de páncreas en 1987; el de corazón en 1988 y en 1989 se desarrollan los de pulmón; médula ósea y tejido nervioso.

Como consecuencia de los trasplantes de órganos y tejidos humanos que se fueron dado en nuestro país, se creó en 1976 el Registro Nacional de Trasplantes y al año siguiente por acuerdo presidencial, también es creado el Consejo Nacional de Trasplantes⁷⁴.

Es así que en México la materia de los trasplantes se encuentra regulada desde 1973. El Código Sanitario publicado en este año, regulaba en su título Décimo a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Posteriormente en el año de 1976, con el propósito de establecer el marco legal para la observación, utilización y suministro de órganos y tejidos de seres humanos para fines de trasplantes, se publica el reglamento respectivo.

En esa línea de ideas, podemos destacar que actualmente las disposiciones legales que rigen la materia de los trasplantes de órganos y tejidos humanos son:

1. Ley General de Salud, entro en vigor el 1° de julio de 1984, como ley reglamentaria del artículo 4° Constitucional, derogando al anterior Código Sanitario de 1973. La materia de donación y trasplante de órganos, se encuentra regulada en su Título Décimo Cuarto, que establece las bases legales

⁷⁴ XXI Reunión Ordinaria del Consejo Nacional de Salud Consejo Nacional de Trasplantes, presidida por el Dr. Javier Castellanos Coutiño, los días 13 y 14 de abril del año 2000 en Aguascalientes, México.

conforme a las cuales deberá realizarse el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, mismos que ya fueron materia de análisis en el capítulo II, del presente trabajo.

2. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 20 de febrero de 1985, se abroga el reglamento de 1976.
3. Reglamento Interno del Consejo Nacional de Trasplantes, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de mayo de 2000.
4. Reglamento de ley General de Salud en Materia y Control Sanitario de la Disposición de Órganos y Tejidos Humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 26 de noviembre de 1987.
5. Norma Técnica número 323 para la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos con fines terapéuticos, con excepción de la sangre y sus componentes.

Así, podemos observar que si bien es cierto tales ordenamientos jurídicos establecen toda una serie de elementos o bases que se consideran necesarios para llevar a cabo un trasplante de órganos o tejidos humanos, también es cierto que se deja al descubierto muchos aspectos que son indispensables para su práctica, pues como bien lo señala Alejandra Galaxia Treviño, no solo los sujetos – donadores y receptores- involucrados en los trasplantes, deben ser considerados por la norma jurídica, sino que también debe tomarse en cuenta “los bancos de órganos, tejidos y los establecimientos de salud autorizados para realizar trasplantes, los cuales deben cumplir con los requisitos marcados por la Ley para obtener de la autoridad sanitaria la licencia de funcionamiento. Todos estos

elementos requieren de una normatividad clara y precisa que permita principalmente obtener de manera rápida y sencilla órganos y tejidos para trasplantes”⁷⁵.

Por otra parte, de acuerdo al Consejo Nacional de Trasplantes, la situación actual de los Trasplantes de Órganos y Tejidos Humanos en México, sobre todo el panorama de la donación, “es poco alentador”, dado que no existe una adecuada difusión sobre la materia que permita el auge que se pretende alcanzar en la sociedad, es decir, no se cuenta con los medios suficientes que permitan ponerles del conocimiento a cada uno de los individuos que la trasplantología es un bien necesario –altruista- en pro de los avances científicos de la medicina, pues como se señaló líneas arriba el trasplante de órganos siempre tiene como objetivo primordial el salvaguardar la vida humana o incrementar su prolongación en el tiempo.

Tan pobre resulta la difusión realizada de los trasplantes de órganos y tejidos humanos que inclusive, ni siquiera el propio Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, lo contempla; de ahí, la necesidad de crear un ordenamiento jurídico que realmente permita la propagación –difusión televisiva y radiofónica- en todos los sectores de la población y no únicamente en los sectores privilegiados, de ahí la necesidad del Estado de impulsar en la idiosincrasia de los Mexicanos la cultura de la donación, la cual considero debe hacerse a través de la introducción en los programas de estudio de los tópicos de la materia desde los primeros años de educación. Sin embargo, esa tarea no es fácil, pues requiere una plena coordinación nacional (Secretaría de Salud, Secretaría de Educación Pública y Secretaría de Gobernación), para que en los diversos niveles de estudio, es decir, desde preescolar a profesional, se agreguen a los programas de estudio las directrices de la donación, claro, con una vinculación directa y el debido respeto a los Derechos Humanos y fundamentales de las personas..

⁷⁵ Treviño Solís Alejandra Galaxia. Aspectos legales de los trasplantes de órganos y tejidos de seres humanos en Temas Fundamentales de Cirugía, Trasplantes de Órganos y Tejidos. Academia Mexicana de Cirugía JGH, Editores-Salvat Mexicana 1997. Páginas 46 a 47.

Por ejemplo, se puede mencionar que de 1989 a 1999, se han realizado en México 16,023 trasplantes, entre los que destacan 7,687 trasplantes de córneas y 7,645 de riñón, que corresponden al 47.97% y 47.72% respectivamente, del total realizados; 541 trasplantes de médula ósea, que son el 3.34%. Estos tres tipos de trasplantes representan el 99% del gran total realizado, en ese periodo, tal y como se observa en la siguiente tabla.

**Órganos y Tejidos Humanos trasplantados en los Estados Unidos Mexicanos, con Fines Terapéuticas
(1989 a 1999)**
Tabla No. 1

Órganos o Tejidos	No. De Trasplantes	%
Córnea	7,687	47.97
Riñón	7,645	47.72
Médula Ósea	541	3.38
Corazón	52	0.33
Higado	49	0.30
Páncreas	22	.015
Pulmón	8	0.05
Corazón- Pulmón	5	0.03
Paratiroides	5	0.03
Páncreas- Riñón	4	0.01
Intestino	2	0.01
Corazón – Riñón	1	0.01
Menencefalo- fetal	1	0.01
Nervio- Sural	1	0.01
Total	16,023	100.00

Fuente: Registro Nacional de Trasplantes. S.S.A.

Toda esta desinformación que existe en nuestro país; trasciende de manera directa, incluso entre las propias autoridades sanitarias, profesionales o particulares que interviene en esos procesos y para muestra, basta comparar la tabla anterior, proporcionada por el Consejo Nacional de Trasplantes, en la que se plasman cifras diversas sobre la cantidad de trasplantes practicados en un periodo de diez años, es decir de 1989 a 1999, con la tabla siguiente:

Órganos y Tejidos Humanos trasplantados en los Estados Unidos Mexicanos, con Fines Terapéuticos (1989 a 1995)

Tabla No 2

Órgano	Número de trasplantes
Córnea	12,557
Riñón	5,965
Corazón	37
Hígado	31
Páncreas	16
Piel	4,353
Pulmón	5
Hueso	3,000
Médula ósea	160
Tejido suprarrenal	12
Tejido nervioso	15
Total	26,151

Como podemos observar, la tabla anterior, que fue obtenida de la base principal de datos del Registro Nacional de Trasplantes y que se encuentra citada por la Academia Mexicana de Cirugía, demuestra las actividades de trasplantes a nivel nacional que sean realizadas hasta diciembre de 1995, la cual asciende a un total de 26,151; lo que resulta absurdo al compararla con la tabla No. 1, ya que

resulta poco creíble que para el año de 1999 solo se hayan realizado un total de 16,023 trasplantes en un periodo de diez años cuando según la tabla No.2 únicamente hasta el año de 1995 ya se habían realizado 26,151, trasplantes a nivel nacional; luego entonces alguna de las cifras antes citadas carece de veracidad, aún y cuando ambas tablas provienen de la misma fuente originaria el Registro Nacional de Trasplantes, lo que demuestra la falta de organización, información y estructuración con el que cuenta nuestro sistema jurídico mexicano sobre los trasplantes de órganos y tejidos humanos..

2 Dador y Receptor de órganos y tejidos humanos

Ahora bien, con respecto al dador y receptor de órganos es importante destacar que los diversos sistemas jurídicos del mundo, incluyendo nuestra legislación mexicana utilizan un sin fin de términos para identificar al “dador y receptor de órganos”, sin embargo, por estudio del método solo se retomaran aquellos que a consideración del suscrito resultan más complejos y entendibles, sin que ello implique restarle valor al cúmulo de definiciones que sobre el particular existen.

Podemos iniciar señalando que de acuerdo a la doctrina se emplean, indistintamente, los vocablos “dador” con “donante”, y receptor” con “recipiendario”, de ahí, que no implique algún problema en referirnos de forma indistinta a cualquiera de esos términos

En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española, define al dador, como la persona que da al receptor voluntariamente cede un órgano, sangre o tejido humano, destinados a personas que lo necesitan. Por otro lado define al receptor como la persona que recepta o recibe algún órgano o tejido humano (tratándose en la materia de trasplantes).

Por su parte Eduardo Vargas Alvarado de forma un cuanto restringida define al donador o donante como: "suele ser una persona fallecida, no mayor de 50 años de edad, que no haya padecido arteriosclerosis generalizada, hipertensión arterial grave... debe tener compatibilidad de grupo sanguíneo con el receptor... con respecto a Receptor debe ser una persona que padece una enfermedad incurable, que no a respondido a los métodos usuales de tratamiento y que ha llegado a una etapa terminal"⁷⁶.

Sin embargo, no podemos estar totalmente de acuerdo con esa definición, pues como se ha venido señalando no precisamente el donador debe ser una persona ya fallecida y mucho menos, que sea mayor de cincuenta años de edad, dado que la donación debe entenderse en sentido amplio y no restrictivo en cuanto a los donantes, es decir, puede darse ya sea antes de la muerte -inter vivos- o con posterioridad a ella -post mortem-, incluso no necesariamente debe ser una persona adulta -40 a 50 años-, para considerarla como donador activo.

En esta línea de ideas, de acuerdo a nuestra legislación, específicamente en la Ley General de Salud, se establece que debe entenderse por donador o donante, es decir, el artículo 314 en su fracción VII señala: "donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes".

Mientras que en su fracción XI, define al receptor como: "a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, célula o productos".

Por lo tanto, en términos generales debemos entender por donador aquella persona que proporciona, brinda u ofrece uno o varios órganos y tejidos humanos para que sean trasplantados a otro individuo llamado --receptor- quien tienen compatibilidad de grupo sanguíneo con el dador; por otro lado el receptor es la

⁷⁶ Vargas Alvarado Eduardo. Medicina Legal. Editorial Trillas. México. 1996. Página 116

persona que recibe, alberga u hospeda el órgano o tejido que le es compatible, el cual le es necesario para conservar la vida.

3 Características del trasplante.

Los trasplantes de órganos y tejidos humanos, tienen como características esenciales en primer lugar que debe ser una Medida terapéutica, es decir, la ley ha considerado al trasplante como una técnica no experimental; empero, la doctrina la considera subsidiaria, esto es, cuando todo otro medio disponible se hubiese agotado y el paciente no hubiese recuperado su salud, es justificada su aplicación. Lo que demuestra que a la técnica, pese de considerarla como no experimental, se le prejuzga de tal forma que resultaba ser el último medio aplicable para que el paciente que necesitaba el órgano o el material anatómico, recuperase su salud. Es decir, la propia ley que promovía el trasplante, reconocía cierta inseguridad en él, creando un confuso y contradictorio mensaje, de ahí que resultara lógico que antes del trasplante debiera buscarse alguna otra vía terapéutica que acarree menos inconvenientes para el paciente, quien debe verse sometido, tanto a la implantación del órgano o material anatómico como a su postoperatorio.

Por ello, la necesidad de muchas legislaciones, incluyendo la mexicana el exigir previamente a la aplicación de la técnica del trasplante el agotamiento de todos los medios y recursos disponibles no artificiales, así como la inexistencia de otra medida terapéutica para la recuperación de la salud del paciente.

Sin embargo, nuestra legislación no aclara si basta tan solo con la determinación médica de la insuficiencia de dichos medicos sin la comprobación fáctica en el paciente, o éste debe haber pasado por ellos y una vez probada la ausencia de suficiencia por la recuperación de la salud el trasplante seria factible.

Otras legislaciones agregan otras alternativas; si los medios disponibles son "inconvenientes" para la salud del paciente; en esta circunstancia se puede apelar también al trasplante. Un medio es inconveniente cuando se manifiesta como no útil, no provechosos o inoportuno para el enfermo; es decir, cuando el medio evidencia que en nada mejorará el estado del paciente, un medio es insuficiente cuando no es apto o no es idóneo. La insuficiencia da el aspecto de que si se aplican al paciente los medios disponibles no serán del todo aptos y necesitará de otros más adecuados para mantener su salud. Por su parte el término "inconveniencia", parece confirmar que el medio no se aplica al enfermo por ser inoportuno o ser útil de alguna forma para su salud.

Pero sin duda, creemos que lo que una legislación de la materia debe buscar, es la ampliación de las posibilidades del médico de llevar adelante un trasplante sin temor de incurrir en un acto ilícito; pero no debe olvidarse a nuestro criterio que el trasplante deberá seguir siendo una medida subsidiaria ya que se debe recurrir a ella una vez agotados los medios disponibles o cuando estos se consideren insuficientes.

En segundo lugar tenemos que el trasplante se caracteriza como una técnica corriente, es decir, puede ser habitual, siempre y cuando se hayan agotado todos los medios disponibles exigidos por la Ley, considerando a éste como última alternativa, algunas legislaciones tales como la de Argentina consideran como técnica corriente, entre otras: la ablación e implantación del corazón, vasos y estructuras valvulares; ablación e implantación de pulmón; ablación e implantación de hígado; ablación e implantación de páncreas; entre otros.

Otras legislaciones, consideran al trasplante como técnica no experimental; esto es que la ablación e implantación de órganos y materiales anatómicos no está en experimentación, sino por el contrario, se considera como una necesidad

de última ratio, de ahí, que los actos médicos solo deben sujetarse a lo establecido por la Ley de la materia, así como a las normas propias de su profesión.

Asimismo, solo podrá incorporar técnicas trasplantológicas no experimentales y no nuevas técnicas que nada tienen que ver con los trasplantes. Lo que significa que para iniciar una nueva práctica experimental se deberá solicitar autorización previa a la autoridad sanitaria correspondiente, que deberá contener el objetivo, la técnica medico-quirúrgica, resultados esperados, idoneidad y capacidad del equipo médico, antecedentes clínicos y estado actual de paciente, por último, la autorización del paciente a someterse a la técnica propuesta.

4 Medios y Requisitos para el trasplante de órganos y Tejidos Humanos

Sobre el particular se observa, que entre los requisitos generales de los trasplantes se encuentran los siguientes:

La necesidad.- Que consiste en la justificación de la realización de un trasplante, toda vez que este debe ser necesario, para que el paciente deba recurrir a él por su estado de salud, por haberse agotado los medios y recursos disponibles o bien, por ser éstos insuficientes o inconvenientes.

Gratuito.- En el acto de donar un órgano o material anatómico, puede provenir ya sea de un dador vivo o un cadáver, quedando prohibida toda contraprestación u otro beneficio por dicho acto, en vida o para después de la muerte y cualquier otra donación con fines de lucro, por lo tanto, deberá aplicarse una situación penal a la violación de este principio, incluyendo inhabilitación para los profesionales sanitarios que lo transgredan o que de alguna manera ejerza actividades de colaboración.

La legislación mexicana de la materia, en su artículo 327 establece el principio de gratuidad, al disponer: "está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito".

Sin embargo, en cuanto al proceso del trasplante, no puede considerarse gratuito por el contrario, es una técnica muy onerosa que abarca dos intervenciones quirúrgicas, con sus correspondientes gastos, que son la del dador y la del receptor, además de un postoperatorio prolongado de ambos sujetos. Estas dos operaciones médicas se hacen por lo general en establecimientos de seguridad social o en centros de atención privada, que cuentan con la tecnología más adecuada a las circunstancias; aunado a esto, los medicamentos que se emplean también tienen un altísimo costo, sin contar el traslado del equipo especializado para la futura implantación. Por todo ello, considero pertinente que en su caso, que al dador se le proporcione un seguro de gastos médicos o de otro tipo, que le ayuden a solventar dichos gastos; y para el caso, de que el receptor no tuviese los medios necesarios para tal efecto, dichos seguros deberán ser cubiertos por el Estado. Empero, creo que debe evitarse que en un futuro, se acepte la retribución por las piezas provenientes del cuerpo humano y del cadáver.

Deber médico de información.- Toda legislación, deberá contener la obligación para los profesionales sanitarios de dar información a cada paciente y a su grupo familiar, misma que deberá ser suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural sobre los riesgos de la operación de ablación e implante, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que, verosíblemente, puedan resultar para el receptor. Lo anterior con el fin de que la decisión que se tome sea el producto de una elaboración mental serena, mediata y reflexiva.

Requisito, que la propia Ley General de Salud en su artículo 333 en su fracción IV, establece: "recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción de órganos o tejidos, por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante"; sin embargo, lejos de considerar una obligación de información de los médicos que no intervienen en la operación es un tanto contradictoria, pues deberían ser los mismos médicos trasplantólogos que den esa clase de información y no sobre médicos extraños que no conoce el caso en concreto, ya que son aquellos los que están en mejores condiciones para dar una cabal información a su paciente y a su familia de las consecuencias que el trasplante trae consigo.

Otro punto, que pasa por alto la Legislación a estudio, es en cuanto a la restricción que se da de la información, pues de acuerdo al precepto en cita, únicamente tiene ese derecho –información- el donante, dejando a un lado al receptor de los órganos, sin embargo esa información deberá estar regulado tanto para el dador como para el receptor y no en sentido limitativo como se observa en la legislación mexicana de establecer esta obligación únicamente respecto del donante.

Libertad de decisión.- La negación a recibir una implantación: Una vez brindada la información médica a los futuros dadores y receptores deben transcurrir un breve lapso de tiempo antes de realizar la intervención quirúrgica. Ese tiempo debe ser prudente para que el dador y receptor puedan analizar toda la información suministrada por los profesionales sanitarios.

En otras palabras, la función principal de este requisito consiste en que el dador o receptor en su caso tenga la libertad de decisión -mutuo propio-, la cual no puede ser suplida -secundario-, en virtud de que ese derecho le concierne única y exclusivamente a las partes interesadas -capacidad de derecho-, pues a contrario sensu cuando se trata de un sujeto que no tiene pleno uso de sus facultades mentales, la Ley le prohíbe efectuar toda donación de órganos

En sentido contrario, si la dación fuese otorgada sin discernimiento, intención y libertad, no puede producir por sí obligación alguna, es decir, no es válida pues afecta el voluntario consentimiento del dador.

Por lo que respecta al receptor, en el momento en el que reciba el material anatómico, su decisión también deberá reunir las condiciones enunciadas para el dador, pero la determinación del receptor a diferencia de la del dador, puede ser sustituida por sus representantes cuando no tenga la capacidad de derecho requerida, ya que la implantación tiene como fin recuperar su salud. Por tanto, la libertad en la decisión es el principio y su sustitución la excepción.

Si el receptor tiene plena capacidad para expresar su voluntad, su decisión no puede ser sustituida, sólo él, es dueño de esa libertad y está facultado para negarse a recibir cualquier tratamiento médico, aún la implantación de un órgano o material anatómico.

Revocabilidad de la decisión.- En el trasplante Inter-vivos el consentimiento del donante o de su representante legal puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada.

La revocación del acto dispositivo no genera para el que iba a ser dador obligación de ninguna clase, lo que significa que el receptor o sus representantes legales no podrán realizar acciones en contra de él por los daños que pueda sufrir, lo que no puede ocurrir en los trasplantes post mortem, dado que la autorización no podrá ser revocada por persona alguna después de la muerte del dador.

Lo que no ocurre cuando se dispone de un cuerpo o de sus partes después de la muerte, pues nadie puede después de la muerte del que en vida había donado, revocar su voluntad o dar su consentimiento.

Capacitación.- Las intervenciones de trasplantes de órganos y de material anatómico, implican conocimientos completos y profundos de medicina especializada en la ablación e implantación que se realiza. En consecuencia los médicos deben estar registrados y habilitados ante la respectiva autoridad de control sanitario, en el caso mexicano lo están en el Centro Nacional de Trasplantes, lo anterior significa que el médico o los médicos deben estar inscritos para poder actuar como transplantólogos y deberán de ser hábiles o aptos para ello.

Para obtener la inscripción los médicos deberán obtener la acreditación suficiente de capacitación y experiencia en la especialidad; la primera de ellas se acreditará mediante el título de especialista y currículum correspondiente, los profesionales demostrarán con medios documentales su capacitación y su experiencia en la especialidad.

5 Partes disponibles de donación del cuerpo humano

De acuerdo a los derechos fundamentales que le son reconocidos al hombre, los cuales fueron analizados con antelación y una vez que se ha establecido la potestad que el hombre tiene de disponer libremente de su cuerpo tanto en vida como después de la muerte.

Podemos destacar con claridad que la disposición de los órganos y tejidos humanos pueden ser de forma parcial o total, es decir, el hombre en ejercicio de sus derechos puede autorizar –en vida- que le sean extraídos uno o más órganos de su cuerpo, de la misma forma ese consentimiento puede darse para la disposición total del cuerpo; sin embargo esta última solo puede presentarse después del fallecimiento del donante, siempre y cuando exista un consentimiento –expreso o tácito- previo, además de cumplir con las limitaciones y salvedades que establece el Reglamento de Trasplantes y las normas administrativas en materia de restos mortales.

Por otro lado, las partes del cuerpo humano podemos clasificarlas para los fines de la Ley en: partes reproducibles o renovables y partes irreproducibles o no renovables.

Las reproducibles o renovables son aquellas que pueden reconstituirse bajo el proceso biológico corporal sin necesidad de alguna interferencia externa. Son naturalmente reproducibles o renovables: Las uñas, los cabellos, la sangre, el semen, los ovarios, la leche materna, la orina, la piel, entre otras.

Las irreproducidas o irrenovables son aquellas partes que no pueden regenerarse bajo el proceso biológico corporal normal. Estas serían el corazón, el hígado, los riñones, los pulmones, entre otros.

Otra clasificación sería las partes artificiales las cuales son utilizadas a causa de la lesión o pérdida de algún miembro del cuerpo, de los globos oculares, o problemas óseos; para estos casos la ciencia ha encontrado la solución a esos problemas, para que las personas sustituyan las partes corporales faltantes con prótesis artificiales. Estas, una vez incorporadas al cuerpo humano lo integran tal como lo hace cualquier parte natural del organismo, es decir, que no podrán ser extraídas mediante coacción, pues una medida de tal naturaleza implica la afectación de los derechos fundamentales de la persona, tales como su integridad física y psíquica.

Por último, las partes separables son las que quedan exceptuadas de la Ley también deben ser separables del organismo humano, es decir, que además de ser naturalmente renovables deben ser separables. Un caso especial lo representa la médula ósea, que constituye un tejido naturalmente renovable y separable del cuerpo humano.

De ahí, que de acuerdo al derecho de personalidad que hemos estudiado con antelación, es evidente la libre determinación que el hombre tiene de disponer

de sus órganos y tejidos humanos, estos es, la ley lo autoriza para que en vida o después de la muerte se le pueda extraer el material anatómico que considere para ser trasplantados a otra persona.

Sin embargo, esa libre determinación del cuerpo humano y sus componentes no debe constituirse como un auténtico derecho de propiedad, sino por el contrario al hombre solo se le reconoce facultades propias de administración o usufructuario, que le otorga legitimación para aprovechar el bien, disponiendo de sus frutos, así como la obligación de conservar su forma y sustancia limitándolo a disponer del mismo en pro de su conservación y beneficio, pues de no ser así, se estaría consintiendo que el hombre al ser propietario de las partes integrantes de su cuerpo pueda realizar actos de disposición, es decir, realizar contrato de compraventa –comercialización de órganos-, lo que evidentemente esta en contra de la ley, de ahí, la importancia de contar con una legislación que realmente garantice la libre disposición de órganos y tejidos humanos.

En este sentido, dichas peculiaridades reales que se congregan en el derecho sobre el propio cuerpo no le otorgan a este dicha naturaleza, en efecto, este planteamiento conduciría a la admisión de que el cuerpo humano constituye una cosa, una res de naturaleza especial. Si bien determinados actos de disposición del propio cuerpo parecían asimilarse a los caracteres de los actos de disposición del titular dominical sobre la cosa objeto de su derecho y más especialmente sobre sus frutos, ello no bastaba para configurar la compleja relación jurídica del hombre con su cuerpo como un derecho de propiedad, en la medida en que de algún modo se atribuía al cuerpo humano la condición de cosa; pero que una vez reconocida aquella naturaleza real, esta aparecería sujeta a tan singulares límites y excepciones que desvirtuaban la adecuación de dicho planteamiento.

Por lo tanto. el derecho a la integridad física no debe entenderse como un auténtico derecho de propiedad, pues de ser así se podría deducir que los actos

de disposición del propio cuerpo por parte de su titular aparecen sujetos a las características propias de cualquier titularidad dominical. Estos actos de disposición, pueden lícitamente traducirse en la realización de acuerdos o convenios de naturaleza onerosa, entre los que destaca, por su naturaleza, el contrato de compraventa, de ahí, que existan límites y prohibiciones que restrinjan el *ius disponendi* del propietario en el ámbito de la disposición del propio cuerpo, se dan en similar forma a los actos de ejercicio del dominio de otros bienes, sin que por ello se pretenda la negación y procedencia del mismo. En consecuencia se trata de una propiedad especial cuya titularidad no conforma la libre disposición del bien para su venta, sino que se encuentra sujeta a importantes restricciones, que pese a ello, no desvirtúa su procedencia.

6. Disponibilidad del cuerpo humano Inter vivos y post mortem

Ahora bien, respecto a la libre disposición del cuerpo humano, esta se puede presentarse de dos formas: a) Inter vivos y b) Post mortem.

a) Inter vivos

Para que la donación de órganos y tejidos humanos se lleve a cabo Inter vivos, se requiere que el donador cumpla con los siguientes requisitos:

1) *Mayoría de Edad.* Nuestro Código Civil otorga la mayoría de edad a los 18 años, lo cual significa que la plena capacidad de hecho se adquiere cuando la persona alcanza dicha edad. Por lo que antes de ello se es menor.

De ahí, que la Ley General de Salud en su artículo 333 fracción I, disponga entre otros requisitos para realizar trasplante entre vivos que la persona sea mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales -capacidad jurídica-.

Sin embargo, consideramos que en los casos en que se trate de un familiar cercano, la ley no debiera ser tan restringida y limitativa en cuanto a la edad del donador, pues si bien es cierto que de acuerdo a la ley -Código Civil- a los catorce o quince años de edad no se cuenta con plena capacidad de ejercicio, verdad también es, que ello no debe ser un obstáculo para que el menor done a un familiar algún órgano o tejido humano, pues a esa edad el menor cuenta con la suficiente capacidad para entender el carácter lícito de dichos actos, además de que en muchas de la ocasiones es mas frecuente que la compatibilidad genética se de entre familiares, de ahí que el legislador debe tomar en consideración estas circunstancias, dado que en muchas veces los receptores tardan años primero en encontrar un donador y otros tantos para determinar si los órganos que se extraerán son compatibles.

No obstante la doctrina establece dos posiciones: 1) La de los autores que niegan la posibilidad de que los menores de edad sean donadores y 2) La que afirma que la Ley podría reducir aún más la edad, permitiéndoles a los menores ser donadores.

En la primera posición se sostiene que en la práctica de trasplantes con frecuencia, es un hermano menor el donante, más adecuado para un paciente que necesita un implante, debido al alto grado de similitud genética que suele existir entre los mismos. Estas intervenciones pusieron de manifiesto interrogantes jurídicas, principalmente entorno a la validez del consentimiento. En efecto, la minoridad impide considerar una voluntad madura, así como el consentimiento efectivo que los padres puedan prestar.

La segunda corriente, de la que es partidario Bidart Campos, sostiene que la vida y la salud son bienes de gran valor y que el Estado tiene la obligación de salvaguardarlos y que más allá de lo que valga la vida de cada persona es posible la comparación con la vida de otra u otras, disponer de la vida propia y del cuerpo

propio en su integridad es un acto personalísimo que queda a disposición exclusiva del titular y que no puede ser suplido por nadie.

De ahí, que algunos autores sostengan que un menor mayor de 14 años, puede convertirse en dador por tener la comprensión de los actos lícitos a través de la autoridad judicial, siempre y cuando se trate de trasplantes Inter vivos; cuando se estime razonable que la ablación no causará un grave perjuicio a la salud del dador –menor-; que existan perspectivas de éxito para conservar la salud del receptor y del dador; se tenga el dictamen favorable del equipo médico y que el dador este relacionado con el receptor como lo requiere la Ley, y el juez con prueba pericial de por medio estima conveniente la extracción del órgano o material anatómico.

En este sentido, es viable proponer modificar la edad mínima exigida por la ley –a catorce años de edad-, para ser donador Inter vivo, solo en aquellos casos que se trate de familiares cercanos, dado la compatibilidad genética entre ellos, lo anterior, además de que se encuentre debidamente justificada la intervención quirúrgica, sin embargo, esto solo se podrá llevar a cabo cuando se logre también una reforma en el Código Civil respecto a la mayoría de edad.

II) Facultades. Solo será permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz y mayor de 18 años (artículo 333, Fracción I de la Ley General de Salud).

La Ley exige para realizar un trasplante que el donante este en pleno uso de sus facultades mentales, aunado a la mayoría de edad, esto es, se refiera a la madurez mental que otorguen un discernimiento que permita comprender el acto médico que va a soportar el donador. Si la información que se le deberá proporcionar al dador, debió ser comprendida para que tome libremente la decisión referida a la disposición corporal, por ende, una persona sin discernimiento no podrá comprender esta información brindada por los medios.

Así, se precisa un consentimiento discernido, libre y espontáneo para que el acto sea eficaz.

La doctrina establece dos corrientes: una a favor de la prohibición legal de que los enfermos mentales sean dadores y la otra, que sostiene que los incapaces en algunas situaciones pueden ser donadores.

Los seguidores de la primera sostienen que deben exigirse además de la edad mínima la concurrencia de un conjunto de facultades intelectivas y volitivas que garanticen la presentación de un consentimiento fundado y consiente, puesto que el donante debe entender y querer la trascendencia y realización del acto que se programa. No puede donar órganos las personas afectadas de graves alteraciones en su salud mental.

Corriente esta con la que nos encontramos completamente de acuerdo al igual que lo argumentado por Bidart Campos, por lo que consideramos que la Ley General de Salud vigente es acertada al prohibir el trasplante entre vivos cuando una persona no se encuentra en uso de sus facultades mentales.

Por otro lado la corriente que manifiesta la posibilidad de donar órganos de los incapaces en algunas situaciones; algunos autores argumentan que la ablación se podrá realizar únicamente con intervención de una autoridad judicial, así como con el consentimiento de los curadores, teniendo en cuenta que la decisión será para parientes cercanos o para personas que le sean importantes psicológicamente o en su caso, comprobarse los lazos de parentesco entre el benefactor y el enfermo.

Sostenemos que la Ley debe conservar la prohibición a que los incapaces se trasformen en donadores, en virtud de que reiteramos, el consentimiento no se puede suplir por nadie ni siquiera por un juez, nadie puede reemplazar la voluntad y el consentimiento del incapaz.

III) Revocación. la Ley General de Salud y su reglamento en la materia, sostiene que el consentimiento del dador puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada. La retracción del dador no genera obligación de ninguna clase. Lo anterior, en virtud de que el acto de disposición es por esencia revocable.

Ahora bien, por lo que respecta al Receptor podemos observar que la legislación de la materia no exige requisitos tan determinantes y restringidos como suceden con el donador, pues sobre el particular se observa que:

I) La Edad. No hay norma alguna en la Ley General de Salud y su reglamento respectivo, que prescriba alguna clase de límite en las condiciones del receptor, es decir, la Ley no puede disponer de un mínimo de edad para recibir un trasplante puesto que se trata de que el paciente salve su vida o recupere su salud y no de la disposición corporal. En virtud de que cada órgano o material anatómico tiene sus características especiales, por lo que las edades límites para ser dador de uno de ellos varían. En cuanto a los receptores, generalmente no se habla de un mínimo las condiciones de cada paciente y el órgano disponible serán contempladas al momento de la intervención quirúrgica.

II) Facultades. En cuanto a la capacidad mental del receptor, no se considera un requisito indispensable, es innecesario puesto que se trata de salvar la vida de una persona.

III) Revocación. Esta de la misma forma que la anterior, casi nunca se presenta.

IV) Legitimación. En la mayoría de las legislaciones de la materia solo permiten la ablación de materiales anatómicos entre vivos, con fines de trasplantes sobre una persona capaz.

En el artículo 333 fracción VI de la Ley General de Salud se establece que para la realización de trasplantes entre vivos deberá tenerse 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.

Sin embargo, ésta posición tampoco puede ser tan restringida, pues con ello únicamente se reduce el número de beneficiarios que pueden recibir un órgano o material anatómico de un dador vivo; en este sentido creo que esta regulación tan limitada y a la vez tan rigurosa no debe existir en la Ley, sino por el contrario debe expandirse al número de receptores para disponer de los órganos y tejidos humanos, tengan o no un vínculo familiar. Siempre y cuando la ablación de órganos o materiales anatómicos no causen un grave perjuicio a la salud del dador y con perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor. Además los órganos o materiales anatómicos a extraer deben estar permitidos y regulados por la Ley (artículo 330 de la Ley General de Salud).

Por otro lado, también es preciso que la ley establezca la obligación de elaborar por duplicado sobre todo lo actuado en el proceso de trasplantes, pues las actuaciones deben quedar documentadas para que un ejemplar se envíe al Centro Nacional de Trasplantes y otra se quede en el establecimiento donde se realizó este el acta deberá contener el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley y su reglamentación, deberá señalar el establecimiento registrado donde se efectúa el trasplante, así como los nombres de los médicos intervinientes. Mismas que serán firmadas por el jefe del equipo. El incumplimiento de esta obligación, deberá ser sancionado.

b) Post Mortem

La Ley General de Salud concede facultades sobre el cadáver; los restos mortales podrán ser dispuestos por la persona en vida y para después de su muerte o por terceros legitimados para disposición de un cadáver ajeno.

Toda persona puede determinar como disposición de última voluntad el destino de sus futuros restos mortales. Por lo que el cadáver podrá ser destinado a la quietud de la sepultura o a su empleo por terceros.

Asimismo el destino que la persona le podrá ofrecer a su cadáver puede ser variado, es decir, para estudio, investigación o trasplante de sus piezas anatómicas útiles, todo de acuerdo a la Ley de Trasplante.

Por cuanto a los legitimados, podemos establecer que todas las personas podemos disponer de nuestro cuerpo para después de muerto. La Ley General de Salud, dispone que toda persona mayor de edad y en uso de sus facultades mentales, podrá autorizar para después de su muerte la ablación de órganos y tejidos humanos de su propio cuerpo para ser implantados en humanos vivos o confines de estudio o de investigación.

En cuanto a los fines de disponibilidad, estos es, para después de la muerte, puede ser genérica, es decir, sin especificar los fines para los que se destina el cadáver –para trasplantar o investigación-.

Asimismo existen legislaciones, en las que se puede especificar con qué finalidad se autoriza la ablación, de no existir esta especificación, se tendrán abarcados exclusivamente los fines de implantación en humanos vivos y excluidos del estudio e investigación científica.

Para expresar el destino que se le dará al cadáver existen varias soluciones. En el supuesto de no especificarse el destino del cadáver se entenderá que solo se podrá disponer de él para la implantación en seres humanos. Exceptuándose los fines de estudio e investigación científica.

Por otro lado, de acuerdo a nuestra legislación no solo la persona que hábito en vida un cuerpo ahora convertido en cadáver, puede disponer de sus restos, sino que sus allegados también están facultados para disponer de los restos mortales de dicha persona. Es decir, la disponibilidad del cadáver ajeno, los restos mortales podrán enviarse al sepulcro o ser empleados por terceros. Si se opta por esta última decisión, el cadáver podrá ser utilizado para estudio, investigación o para trasplante de sus órganos, mismos que dependerán de los aspectos atinentes a la muerte natural y a la muerte violenta.

Se considera como muerte natural, la concepción aquella que se produce por enfermedad o por vejez propia a la que llega el ser humano de avanzada edad. Solo se puede hablar de muerte natural, puesto que la violenta, también es natural (en cuanto a los derechos) y extingue la personalidad para el derecho. Algunas legislaciones hablan de muerte natural cuando se produce por causas ordinarias y de muerte violenta, cuando es provocado por causas extraordinarias.

Una vez acaecida la muerte por causas naturales, sin la existencia de una denuncia de un familiar del occiso, de un tercero o sin la actuación de oficio de la justicia, no se iniciará causa judicial alguna.

Así, tenemos que el Reglamento de Trasplantes establece un número determinado de legitimados para disponer de un cadáver en aquellas situaciones de muerte natural y en las que el difunto no haya expresado en vida su voluntad, es decir, el artículo 324 de la Ley General de Salud, establece que: "Habrà 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 persona: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, las ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada”

Sin en cambio, creo debe abrogarse dicho precepto, pues como se analizó en su momento nadie puede suplir el consentimiento de una persona cuando ésta lo haya manifestado espontáneamente, pues de lo contrario se estarían vulnerando sus derechos fundamentales –personalidad-.

No obstante, el artículo se encuentra ya vigente y en el supuesto caso de que continuará con dicha vigencia, sin que esto implique una aceptación, es viable que se agregue la obligación de las personas listadas en dicho precepto, para que al momento de la muerte del donante se encuentren en el lugar del fallecimiento para poder manifestar su autorización y en pleno uso de sus facultades mentales. Si los disponentes secundarios, como les llama la Ley, no se encuentren en el lugar del acaecimiento, se deberá continuar con el siguiente grado de la lista hasta encontrar alguno. Incluso para el caso de que uno de los disponentes ubicados en la misma jerarquía de la lista prevista en el artículo en cita, manifiesta su oposición, tal negativa deberá ser tomada en cuenta, llegando incluso a eliminar la posibilidad de disponer del cadáver para cualquier fin, es decir para la extracción de sus órganos y tejidos para trasplante.

Además, la Ley y su reglamento en la materia, ni siquiera hacen referencia alguna para el caso de que no exista disponente secundario, cuando la persona en vida no haya expresado su consentimiento o en su defecto, su negativa a donar componentes de su cuerpo, no puede establecerse el consentimiento tácito, por no existir tales disponentes, en este sentido no se podrá llevar a cabo la extracción de órganos para fines de trasplantes o investigación, de ahí que exista una confusión o alguna laguna jurídica que el legislador debería de suplir.

En cambio la muerte violenta es aquella que proviene de una causa accidental, suicida u homicida, algunos autores la consideran como la ocasionada por lesiones, intoxicación, asfixia o electrocución, de gravedad tal que determina el cese total de las funciones vitales en forma mediata o inmediata.

Por lo general, en caso de muerte violenta, se inicia la averiguación previa, para determinar las circunstancias que rodearon al acontecimiento fatídico que desencadenó la muerte. Por ello, consideramos que la Ley debe ser más cautelosa ante la disponibilidad cadavérica cuando se trata de cadáveres a los que les ha sobrevenido una muerte violenta, para evitar cualquier tipo de confusiones ante la averiguación de la verdad que debe prevalecer ante todo.

Algunos autores, distinguen varios tipos de muerte, tales como muerte súbita, deceso instantáneo que sorprende a una persona en aparente estado de salud.

En este orden de ideas, los disponentes secundarios, frente al supuesto de muerte violenta, serán los mismos que señala el artículo 324 y 13 de la Ley General de Salud y su Reglamento en materia de control sanitario de la disposición de órganos y tejidos humanos.

Sin embargo, no solo los familiares cercanos pueden disponer del cadáver, sino también el Ministerio Público y la Autoridad Judicial, ello en razón de que el artículo 328 de la Ley de la materia, establece que "en caso de que la pérdida de la vida del donante esté relacionada con la averiguación de un delito, se dará intervención al Ministerio Público y a la autoridad judicial, para la extracción de órganos y tejidos".

Por su parte el reglamento de la materia, en su artículo 19 dispone: "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 amnesia de los disponentes secundarios a que se refieren las Fracciones I y V del artículo 13 de este reglamento”

Entonces de acuerdo a lo establecido en los preceptos señalados, el Ministerio Público puede considerarse como un tipo de disponente secundario, que a pesar de necesitar la anuencia de los disponentes secundarios señalados en el artículo 324 de la Ley y de no contar con la disposición testamentaria del disponente originario, tiene la facultad de autorizar la extracción de órganos.

No obstante consideramos, que el calificativo de “muerte violenta”, es decir de la muerte ocasionada por accidentes, en su mayoría parte laborales y de tránsito; no debe existir en ninguna legislación que hable del trasplante de órganos, puesto que la mayoría de ellas consideran como los candidatos más adecuados para ser donante, en virtud de que su muerte se califica de cerebral, pero se olvidan por completo del consentimiento y trasladándolo a los llamados disponentes secundarios, que en nuestra opinión, sólo deben existir para el caso de la donación de menores y con el cumplimiento de los requisitos señalados más adelante en la reflexión final de este trabajo, esto es, que cuenten con la autorización del juez, que sean hermanos y que exista la autorización de los padres o tutor, entre otros.

Aunado a lo anterior, al realizar el trasplante de órganos o tejido humanos de una persona que haya fallecido por muerte violenta y que no haya manifestado en vida su negativa a ser trasplantado después de su muerte, viola principios éticos, como el de respeto a la voluntad del difunto sobre su cuerpo una vez muerto, en base a las creencias que profesó en vida.

Reflexión final

Ahora bien, de todo lo anteriormente narrado en el libelo del presente trabajo respecto a los Derechos Humanos, derechos fundamentales traducidos específicamente en el derecho de la personalidad y esencialmente el derecho de la salud, podemos concluir validamente que es necesario una revisión total de la Ley General de Salud y en especial la materia de donación y trasplante de órganos y tejidos humanos, así como su reglamento en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos,

Lo anterior, con el propósito de que esas legislaciones se funde en una realidad social, facilitando así la realización de los trasplantes de órganos y tejidos humanos, pero sobre todo, debe estar basadas en la protección de los cadáveres, del donante y del propio receptor, respetando los principios generales que creo son indispensables en la materia y en todo Estado democrático de derecho.

Dicha propuesta de reforma se funda en la problemática actual que se presenta en nuestra legislación de la materia, esto es, la violación flagrante a los derechos fundamentales del hombre, que algunos preceptos de aquellas leyes contemplan y que sin duda va en contra de los principios generales del derechos, y en especial del derecho de la personalidad.

De ahí, que los grandes esfuerzos que motivaron los principios, funciones y principales fundamentos que giraron en torno al surgimiento de los Derechos Humanos para justificar su origen y existencia, resultan ser vanos, pues en cuanto a la materia, se observa que si bien es cierto se encuentra reconocidos ciertos derechos a los individuos, verdad también es que aún en nuestros días, no se respetan cabalmente esos derechos que le son inherentes al hombre, lo que sin duda provoca un sorprendente retroceso en cuanto a la positivización de los derechos fundamentales.

En este orden de ideas, el primer principio que debe salvaguardar la Legislación es el de carácter terapéutico, es decir, que este debidamente comprobada la eficacia terapéutica del trasplante correspondiente con la finalidad de salvar la vida o de conservar la salud del enfermo, por lo que creo que es un requisito que debe de mencionar expresamente la ley y no como lo establece la Ley General de Salud en su artículo 330 en el que se establece: "Los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico", como se ve la redacción es un tanto confusa. Pues considero que debe ser más explícita pues de esta forma se protege al receptor de la realización en su cuerpo de experimentos que atenten contra la vida a su salud y sobre todo para que en caso de una donación por persona viva de un órgano o tejido, con fines de trasplante tenga expectativas de utilidad para el receptor, pues no hay que olvidar que la donación supone en todo caso un menoscabo en la integridad corporal del que cede el órgano. En esta tesitura, pienso que la Ley General de Salud y su Reglamento en materia de donación con fines de trasplante de órganos deben dejar al margen las intervenciones con carácter experimental que por sus interés para el progreso científico deben regularse en otro marco legal más preciso y especial.

Este principio de carácter terapéutico depende de dos factores. La educación del centro donde se realice el trasplante y la capacidad del equipo médico. El primero de ellos no debe presumirse por la Ley, por lo que debe exigirse y comprobarse y si bien es cierto que los artículos 315 y 316 de la Ley General de Salud y el Capítulo VI de la Sección Cuarta, del Reglamento de esta en materia de Control Sanitario de disposición de órganos, tejidos y cadáveres (artículos 89-121), establecen los requisitos para que la Secretaría expida las licencias, permisos y tarjetas de control sanitario. sin embargo, no contempla método alguno para la comprobación en la práctica de que esas Instituciones

cuenten con licencias, tan es así que el mismo reglamento de la Ley en la materia en cita, en su artículo 122 establece que la Secretaría podrá revocar las autorizaciones que conforme al Reglamento hubiere otorgado, cuando (fracción VI) resulten falsos los datos o documentos proporcionados por el interesado, que hubieren servido de base a la Secretaría para otorgar la autorización correspondiente. De lo que se concluye que la Ley presume su idoneidad a los centros que otorga autorización –sin que tenga realmente la certeza-, por lo que, debería cumplirse con el factor de la adecuación del centro donde se realice el trasplante, estudiado previamente sus instalaciones, equipamiento, así también por cuanto hace a la capacidad del equipo médico que vaya a realizar el trasplante, también ha de ser objeto de consideración, una vez autorizado el centro al que corresponda, esta segunda autorización que deberá realizar la Secretaría segunda autorización que podría suplirse con el cumplimiento de la función de supervisión y vigilancia de la Secretaría, al otorgar la autorización de la adecuación del centro.

Otro principio de suma importancia y que afortunadamente la mayoría de las legislaciones del mundo de la materia, establece, incluyendo la Mexicana, es el principio de la gratuidad absoluta de las donaciones de órganos, ya que precisamente la donación es una figura que implica solidaridad y sacrificio espontáneo sobre todo por razones de principios consistente en el carácter extrapatrimonial de los derechos sobre el propio cuerpo, considerando que la donación de un órgano implica la mutilación del mismo para un fin altruista y no lucrativo, ya que si se lucra con la donación, la libertad del donante vivo será directamente aceptada, además se crearía un mercado de carne humana. Por tanto la gratuidad a de estar en consonancia con los fines altruistas, humanitarios y sociales, por ende, cualquier pacto en sentido contrario a la gratuidad serán declarados nulos.

En otro orden de ideas, el principio de autonomía y consentimiento informado, que es el centro del presente trabajo, trata del respeto a la dignidad y a

la autonomía personal, que forma parte del nuevo discurso bioético de las sociedades modernas y democráticas, requiere que no se use la coacción ni la manipulación o engaño, ni siquiera la autoridad científica del médico, para lograr que una persona done sus órganos. Este mismo principio de respeto a la autonomía y al derecho de autodeterminación de la persona supone también que no se pueda obligar a un paciente que acepte un trasplante para salvar su vida. Este principio supone que el individuo es racional, libre en su conciencia, aún de su destino personal, y cualquier intervención en su vida privada e interna debe ponderarse desde la perspectiva de sus derechos y dignidad individual.

Aunque el principio de respeto a la autonomía típicamente se predica respecto a personas adultas, el mismo es unido aún para los menores de edad que requieran ciertas condiciones .

Cabe hacer notar que el énfasis del consentimiento informado (basado en el principio de autonomía), debe ser en el carácter informado, ilustrado, enterado o educado de la decisión, lo importante es la capacidad intelectual ilustrada para ejercer la autodeterminación personal del paciente en cuestión. El mero asentir no crea consentimiento informado, mucho menos el consentimiento tácito que señala el artículo 334 de la Ley General de Salud, al establecer la existencia de este cuando el donante no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplante, ya que él, ni el supuesto de exigirle a los pacientes que firmen un documento en el cual se asiente al procedimiento sugerido y mediante el cual se releva de responsabilidad a la institución por cualquier consecuencia negativa, no es evidente ni suficiente de conocimiento informado.

Carlos Santiago Nino, define al principio de autonomía como aquel "que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y adaptación de ideales de excelencia humana, el estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones

que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución". Sin embargo en su obra realiza una confrontación con el principio contrario a este que es el perfeccionismo. Empero, afirma que aún cuando la formulación del principio de autonomía es un tanto vaga permite referir el contenido de al menos algunos derechos individuales básicos cuya función está dada por el principio de inviolabilidad de la persona. Es decir, el principio de autonomía, identifica dentro de ciertos márgenes de indeterminación, aquellos bienes sobre los que versan los derechos cuya función es conservar esos bienes los indispensables para la elección y obtención de los planes de vida que cada individuo se ha propuesto.

Ahora bien, el bien más genérico que protege el principio de autonomía es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, libertad que se encuentra consagrada en los artículos 4 y 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, recogida por la constitución mexicana, en sus artículos 2, 5 y 7. por lo que podemos establecer que el principio de autonomía infiere que el individuo tenga una vida conciente en relación con la integridad corporal psíquica, esto es, estar libre de dolores, perturbaciones y presiones psíquicas, en suma gozar de salud física y mental, constituye un condición que aumenta enormemente la capacidad de elección y realización de los planes de vida.

En esta tesitura, si es un instrumento de importancia, el buen funcionamiento de los órganos y miembros del cuerpo, para elegir y realizar los proyectos de vida, también será de suma importancia, para los mismos fines, contar con recursos que aumenten ese funcionamiento, como es el caso de todo sistema de salubridad que cubra tal (diríamos función de prevención de enfermedades), circunstancia que no se pretendió obtener con la promulgación de la Ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Control Sanitario de Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, puesto que

reglamenta el procedimiento para la donación y trasplantes de piezas anatómicas, pero jamás lanza una política de prevención, mucho menos, cumple con la imprescindible condición para elegir y materializar planes de vida, que consiste en el desarrollo de las facultades intelectuales del individuo, a través de la educación.

Por enunció hace veinticuatro siglos Hipócrates, sostiene que el realizar un trasplante a una persona no se justifica moralmente si con ello se le produce un mal. Este principio hipocrático, mucho más limitado en su sentido preciso que el de beneficencia y con mucho mayor poder vinculante, proclama que bajo ningún concepto se autoriza a un profesional sanitario a hacerle daño a un paciente. Sin embargo la simplicidad de este principio queda atrás si nos hacemos unas preguntas como: ¿cuándo saber si le hace daño a un paciente con los procedimientos que se le recomiendan?, ¿es hacer daño cobrar, por servicios especializados, honorarios altos y fuera del alcance de la capacidad económica de la mayoría de la gente?, y si el trasplantado se beneficia, ¿que importa que se perjudique a la sociedad o a un tercero desconocido?.

Al considerar la existencia de la última pregunta del párrafo anterior, confirmamos una vez más que el actual conjunto de preceptos que integran el texto de la Ley General de Salud, únicamente regula la situación del trasplantado sin trastocar siquiera la del donador, a quien por el contrario, solo considera al hablar del consentimiento tácito como una ampliación de las posibilidades de donación y extracción de órganos, violando los Derechos Humanos de los miembros de la sociedad y en su caso de un tercero desconocido, como lo es el de cadáver que en vida no expresó su negativa a donar piezas anatómicas de su cuerpo.

Sin embargo, una de las finalidades esenciales de la presente investigación, consiste en la comprobación de que el sistema de consentimiento presunto o tácito que asume nuestra Ley en materia de trasplantes de órganos, contiene

inconveniencias, que incluso llegan a la violación de los derechos fundamentales de la persona.

En base a todo lo analizado en el presente trabajo, y en especial a lo narrado en el capítulo tres, sobre el consentimiento, no sólo estamos de acuerdo con las críticas que realiza Fernando Alfredo Sagarna, sobre el consentimiento presunto, sino que las creemos fundadas e incluso las aplicamos a la legislación mexicana, de la siguiente manera.

- a) El derecho a la disposición del cadáver propio forma parte integrante de los derechos esenciales de la persona, como vimos, forma parte de los derechos de la personalidad, y por ello, sólo el hombre es el único sujeto.
- b) La mayoría de las legislaciones, optan por este sistema del consentimiento presunto, como una medida emergente de obtener órganos, que se traduce en una forma de nacionalizar los cadáveres, violando los derechos de autodeterminación de la persona.
- c) Al reglamentar el consentimiento presunto o tácito, el Estado se entromete en la vida íntima de las personas, transgrediendo una vez más, los derechos de la personalidad, en este caso, el de la intimidad.
- d) Creemos que la regulación en la Ley del consentimiento tácito, es contra la moral y las buenas costumbres, pues como ya dijimos arriba, solo se realizó para obtener más órganos con el objeto de satisfacer el mercado, esto es la demanda y oferta de las partes humanas; más nunca se ataca el problema de fondo, implantando el fomento a la cultura de la donación.

- e) Ahora bien, resulta contradictoria la ley cuando por una parte, restringe el número de disponibles para el trasplante de órganos entre vivos exigiendo lazos sanguíneos o filiales, respecto del donante; mientras que por el otro, recaba dadores sin que hayan dado su consentimiento de manera expresa, como el caso de disponibles originarios, interpretando su consentimiento en caso de que no hayan manifestado en vida su negativa a donar órganos.

- f) Resulta, un tanto paternalista y autoritario, que el estado, promueva el consentimiento tácito cuando no emprende políticas y campañas educativas que fomenten la cultura de la donación, en toda la población.

- g) El Estado no debe tratar igual a los desiguales, pues en México, existen todavía comunidades indígenas que ni siquiera hablan castellano, y que incluso poseen tradiciones diferentes a las poblaciones urbanas.

El estudio del principio de justicia distributiva, no debe dejarse pasar por alto puesto que implica, como quedó establecido en líneas anteriores una dimensión social, digamos que los teóricos, entre ellos Leónides Santos y Vargas, le identifican con el nivel macro de la ética, del discurso moral, es decir, el interés benéfico no es un principio que solo interesa al profesional individual, sino que es necesario ubicarlo en su perspectiva socio política, en consecuencia, desde la perspectiva de la justicia distributiva, cabe cuestionarse si está en el mejor interés de la sociedad intervenir en trasplantes costosos o preferir una mayor inversión en medicina primaria y preventiva.

Ahora bien, la voluntariedad del acto donador, aunque desde la perspectiva de la ética, bello y de signo de altruismo, no elimina los riesgos por mínimos que sean, de la vida del donador, tal y como la aplicación de anestesia o deterioro de

las partes anatómicas. Lo anterior nos lleva a cuestionarnos en qué medida es moralmente legítimo arriesgar la vida de un ser humano, para salvar la de otro, o al perder un órgano, es lo mejor para el donador, que de ser una persona sana, se convierte también en paciente al ser sometido a cirugía. De estas interrogantes se desprende que el donador merece atención especial, ya que por lo general se valora la situación del que necesita recibir una donación y no desde las circunstancias para el donador.

Del análisis de la legislación mexicana en materia de trasplantes de órganos que hasta aquí hemos realizado, descubrimos la insuficiencia y sobre todo la violación que de los Derechos Humanos efectúan sus normas, para supuestamente, facilitar la ampliación de ésta medida terapéutica

Si bien es cierto, que con la reformas que se han venido presentando durante el paso del tiempo sobre esta materia, se logró erradicar el visible atraso en el que se encontraba la legislación mexicana, ello, no ha logrado un grado de perfección y realismo en relación con los tiempos e idiosincrasia de la sociedad mexicana, por ende, el objetivo del presente trabajo es la revisión de nuestra legislación para obtener su reforma, para lo que se proponen entre otros -ya señalados durante el desarrollo de la presente investigación- los siguientes puntos:

1. La inmediata derogación de preceptos legales que hablan de la obtención de partes anatómicas en los casos de muerte violenta o pérdida de la vida que este relacionada con la averiguación de un delito, toda vez que la autorización para aplicar esta medida terapéutica queda a cargo del consentimiento del Ministerio Público y de la autoridad judicial, infringiendo una vez más, el derecho del autonomía, no solo del donante, sino de los familiares más cercanos, que en su defecto, y no concedido caso, pudieren expresar el consentimiento para la donación. Un ejemplo de tales preceptos son los artículos 328 de la Ley General de Salud, 13, 19 y último párrafo del artículo 27 del Reglamento de ésta, en

materia del Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de seres humanos, así como aquellos preceptos de la propia Ley y su Reglamento, en los que se habla del consentimiento presunto o tácito del donante, por ejemplo los artículos 324 y 325 de la Ley, que presume un consentimiento cuando no se haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, y que pese a que señala, que tal consentimiento se otorgará siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas "el cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, en el orden señalado", no implica el consentimiento expreso y directo del donante, violándose el derecho de autonomía que toda persona posee, que se presume al no haber expresado una negativa de donar partes de su cuerpo al momento de su muerte.

2. Se requiere que a través de la Secretaría de Salud, se difundan con mayor proyección la cultura de la donación y trasplante de órganos y tejidos humanos dentro de la sociedad, mediante planes y programas desde los primeros años de educación de los menores –preescolar-, así una mayor educación de la sociedad aumentará gradualmente la disponibilidad de órganos y como consecuencia lógica se aumentará el potencial de donadores que manifiesten su voluntad de manera expresa a donar.

3. Creemos que el proyecto de reforma a la Ley General de Salud y a su reglamento en la materia, deberá ser redactado con un lenguaje sencillo, que haga de él un proyecto conciso con miras a evolucionar de acuerdo a la ciencia médica y exigencias sociales pero siempre incidiendo con los derechos de las personas, respetando la cultura todavía vigente de la voluntad privada, esto es, la manifestada expresamente.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El objetivo lógico jurídico del presente trabajo, consiste en resumir las ideas aquí de punto de referencia para la reforma a la ley general de salud en materia de trasplante de órganos, así como a su reglamento en la materia.

SEGUNDA.- Los principios que este proyecto contiene abarca el reconocimiento de los Derechos Humanos, entre los que se encuentran el derecho a la salud, a su rehabilitación a través de los trasplantes de órganos de los pacientes necesitados de un trasplante para continuar viviendo, pero de igual manera vela por los Derechos Humanos de los donadores que al efectuar el acto de donación se convierten en pacientes, pero sobre todo, de los cadáveres de personas que en vida no expresaron su negativa de donar, convirtiéndose en donadores tácitos.

TERCERA.- El fundamento del presente proyecto son la afirmación de la libertad, de la dignidad humana y de la autonomía personal, en el caso del donante, y que junto con el mencionado derecho a la salud también son para el receptor.

Sin embargo, el reconocimiento a esta libertad y por ende, a la autonomía de las personas, implica la no violación de su integridad corporal y a su libre voluntad, cuando se habla de un ser vivo, y del respeto, debidos a las ideas, creencias religiosas, una vez fallecido. El reconocer estas garantías individuales, no equivale al olvido de las necesidades sociales en las que el ser humano se desenvuelve, por ello, es de suma importancia que esta ley considere exclusivamente contribuir libremente a la salud de otros seres humanos, buscando siempre la voluntad expresa del propio donante y solo excepcionalmente podrá admitirse el concurso de terceras personas, como son los familiares, solo para el caso de menores e incapaces, olvidando, por supuesto las presunciones.

CUARTA.- La creación de un ordenamiento jurídico, cualquiera que éste sea y sobre la materia que sea, debe siempre fundarse en el respeto de los Derechos Humanos, independientemente de que se encuentre o no regulados por su norma fundamental básica. Es decir, los derechos fundamentales son la prolongación de la norma básica material, cuya raíz son los valores superiores del orden jurídico, la Constitución, tales como la libertad, la justicia e igualdad; asimismo, como derechos subjetivos, los derechos fundamentales, recogen en normas positivas pretensiones morales de los individuos u de los grupos que forman la comunidad, tales como libertades, potestades; por ello, para nuestro tema que son los trasplantes de órganos, son de suma importancia los derechos fundamentales desde su aspecto subjetivo, pues ellos hacen posible la autonomía y la independencia moral. En definitiva, como quedo manifestado, los derechos fundamentales forman la moralidad pública que pretende mejorar la convivencia del hombre en sociedad.

Es así como se puede satisfacer las exigencias de la donación de órganos, pues a través de los Derechos Humanos, se pueden crear las medidas más adecuadas de control, transparencia por parte de las autoridades que intervienen en el proceso de trasplante, respetando, ante todo, la libertad y autonomía del donante; pues en el acto de disposición del propio cuerpo, debe concurrir, ineludiblemente el libre consentimiento del disponente.

QUINTA.- Los principios y derechos fundamentales, que regirán la ley, en este caso, de trasplantes; deberá facilitar la extracción de órganos que conlleven el mejoramiento de la salud, expresando su objetivo con un lenguaje sencillo y sin retórica; debe proteger adecuadamente los derechos y bienes individuales afectados, obteniendo, en lo posible, el equilibrio y armonía de los intereses en conflicto, esto es del donante y del receptor, (sin olvidar a las personas que por cuestión de religión no se le permite recibir un órgano alguno).

SEXTA.- Los derechos de la personalidad son el fundamento teórico, mediato, después de los derechos fundamentales, de los trasplantes de órganos, pues son derechos subjetivos que tienen por objeto bienes que conforman la personalidad del hombre, siendo el derecho de disposición del cuerpo, del cadáver, y de la intimidad los fundamentos inmediatos: que atendiendo a su carácter subjetivo, son intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles, innatos.

SÉPTIMA.- Los avances de la ciencia y tecnología, no deben influir en las normas jurídicas, violando los Derechos Humanos que todo estado democrático contiene en su Constitución.. El legislador mexicano no debe analizar esta materia desde una reflexión metaética o partir de la base del análisis jurídico de países desarrollados, sino a partir de las concretas practicas sociales. Así el estado debe olvidarse de su función paternalista y autoritaria, pues aquél que se auto nombre como estado de derecho, debe de fundamentarse en el respeto de los derechos del hombre.

OCTAVA.- Asimismo, no podemos admitir que tengamos sobre nuestro cuerpo un derecho de propiedad o dominical similar al que tenemos sobre las cosas, ya que el primero es parte integrante de la personalidad del sujeto. Sin embargo, en nuestra legislación no existe regulado constitucionalmente, sólo se encuentra fundamento legal el derecho de disposición de partes de nuestro cuerpo, en el Código Civil para el Distrito Federal, así como en el principio jurídico de que quien puede lo más puede lo menos.

NOVENA.- Toda legislación dentro del ámbito de un ordenamiento legal determinado, no debe constituir una renuncia de los derechos fundamentales, sino por el contrario, debe encontrar un equilibrio y adecuación entre la vigencia de ellos y el respeto al principio de autonomía de las partes.

DÉCIMA.- La responsabilidad de la promoción de la salud, reposa en todos los ciudadanos, pero en forma especial en el Estado, quien deberá asegurar y

gestionar la planeación, organización, desarrollo y promoción de las acciones requeridas para este derecho fundamental; mismas que deberán ser orientadas a resolver, de manera especial, los problemas de bienestar social y de salud en comunidades de gran pobreza, para obtener la igualdad de acceso a los avances científicos en materia de trasplantes.

DÉCIMO PRIMERA.- Estos planes de vida, que deben ser proporcionados por el Estado, a través del bienestar social, son instrumento valioso que permiten al individuo elegir y materializar sus propios planes de vida, por lo que contar con el buen funcionamiento de órganos y miembros del cuerpo, también serán valiosos para los mismos fines; obligando al Estado, para la consecución de este fin, a desplegar campañas de prevención, de educación e información, que fomente la cultura de la donación altruista, que consideramos en principio, la única vía defendible. Pues creemos extremadamente insuficiente la emisión de un único spot radiofónico, una información en una página Web, de la Secretaría de Salud, ajena a la mayoría de la sociedad mexicana.

DÉCIMA SEGUNDA.- El fomento a la cultura de la donación altruista de órganos, debe iniciarse desde la educación preescolar, pues es allí donde se encuentran los futuros donadores, pero que sólo en base a la educación e información constante se agregará en la idiosincrasia de los mexicanos esta cultura.

DÉCIMO TERCERA.- La idiosincrasia de los mexicanos, demuestra que no están peleados con la cultura de la donación de órganos, sino simplemente que en buena medida, no se ha dado una publicidad correcta, tal y como se demuestra con la poca disponibilidad de la gente para donar órganos o tejidos humanos, pues incluso muchas personas ni siquiera conocen las leyes que norman la donación, con lo que una vez más, queda demostrado la falta de políticas educativas e informativas que fomenten y difundan su proliferación.

DÉCIMO CUARTA.- Con estas sencillas directrices, fruto del presente trabajo de investigación basadas en una Teoría de los Derechos Humanos, creemos procedente reformar a nuestra actual Ley General de Salud y a su reglamento en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, siempre claro, en busca de solidaridad entre los hombres.

BIBLIOGRAFÍA

Antonio González Juan Elementos de Derecho Civil, 7ª Edición. Editorial Trillas. México, 1990.

Arangio-Ruíz, Vicenzo. Instituciones de Derecho Romano. 10ª Edición. Editorial. Depalma. Argentina, 1986.

Baqueiros Rojas Edgarg y Buenrostro Báez Rosalía. Derecho Civil. Introducción y Personas. Editorial Oxford. México, 2002.

Beuchot Puente Mauricio. Los Derechos Humanos Historia y Filosofía. 2ª Edición, Biblioteca de Ética Jurídica del Derecho y Política, 2001.

Bobbio, Norberto. El Tercero Ausente. 1ª. Edición. Teorema Editorial. España 1997.

Bobbio, Norberto. El Tiempo de los Derechos. 1ª. Edición. Sistema Editorial. Madrid, España. 1991.

Bonnecase Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial Harla. México, 1993.

Bridat Campos Germán J. Teoría General de los Derechos Humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1989.

Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, 31º Edición, México, 1999.

Carpizo Madregor Jorge. Comisión Nacional Derechos Humanos, Gaceta No. 3, Septiembre 15 de 1990.

Castán Tobeñas José. Derechos de la Personalidad, Editorial Reus, Madrid, 1952. De Pina Vara Rafael Diccionario de Derecho, 1ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1965.

Díez Díaz Joaquín. Los Derechos Físicos de la Personalidad, Derecho Somático. Editorial Santillana, Madrid, 1963.

Domínguez Martínez Jorge Alfredo. Derecho Civil Parte General, personas, cosas, negocios jurídico e invalidez. 8ª Edición. Editorial Porrúa, México, 2000.

Donnelly Jack. Derechos Humanos Universales. En teoría y en la práctica. Traducción de Ana Isabel Stellino, 2ª edición, Editorial Germika, México, 1998.

Ferrojoli Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Debate. Edición de Antonio de Caboa Gerardo Pasarello. Editorial Trota, Madrid, 2001.

Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa, México, 1976.

González Nazario. Los Derechos Humanos en la Historia, Editorial Alfaomega. Universidad Autónoma de Barcelona, España. 2001.

González Oropeza Manuel. Libertades Constitucionales, Diccionario Jurídico Mexicano, 2ª Edición, Editorial UNAM-Porrúa, México, 1988.

Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 8ª Edición, Editorial Porrúa, México 1991.

Gutiérrez y González Ernesto. El Patrimonio y Moral o Derechos de las Personalidad. Editorial José M. Cajica JR., México, 1971.

Konder Comparato Fabio. Los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Vida y Muerte de la Civilización Mundial. En Alegatos, Número 45. Universidad Autónoma Metropolitana.

Lara Ponte Rodolfo. Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano, 2ª edición, Editorial UNAM-Porrúa, México, 1988.

Mario I. Álvarez Ledesma. Acerca del Concepto de Derechos Humanos. Primera Edición. Editorial Mcgraw-hill, México 2003.

Martínez de Pisón José. Derechos Humanos. Fundamento y Realidad. Editorial Egido, Zaragoza, 1991.

Mier y Terán Salvador. Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho. Número 15, México 1991.

Moctezuma Barragán Gonzalo. Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud. Cámara de Diputados LVIII Legislatura y Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001.

Montanelli, Indro. Historia de Roma. 1ª Edición. Editorial. Plaza&James. España, 1982.

Peces-Barba Martínez Gregorio. Derecho y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales Madrid. 1993.

Rivera Beiras Iñaki. La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La construcción Jurídica de un Ciudadano de Segunda Categoría. 1ª Edición, Bosch, Editorial Barcelona, España, 1997.

Rodríguez y Rodríguez Jesús. Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídico. UNAM-Porrúa, 1989.

Sagarna Fernando Alfredo. Los Trasplantes de Órganos en el Derecho Doctrinal. Legislación, Jurisprudencia, Legislación y Derecho Comparado. Editorial Depalma, Argentina, 1996.

Serra Rojas Andrés. Ciencia Política. Editorial Porrúa, Tomo II. México, 1971.
Squella Agustín. Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos. Biblioteca de Ética Filosofía del derecho y Política, Número 45, Segunda Edición, México, 1998.

Treviño Solís Alejandra Galaxia. Aspectos legales de los trasplantes de órganos y tejidos de seres humanos en Temas Fundamentales de Cirugía, Trasplantes de Órganos y Tejidos. Academia Mexicana de Cirugía. JGH. Editores-Salvat. Mexicana. 1997.

Vargas Alvarado Eduardo. Medicina Legal. Editorial Trillas, México, 1996.

OTRAS FUENTES

Circular C/002/03, Emitido por El Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por el que establece criterios para coordinar y supervisar el Procedimiento de Donación y Trasplante de órganos, Células y Tejidos Humanos

Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reforma a la Ley General de Salud, por el C. Presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León.

XXI Reunión del Consejo Nacional de Trasplantes, 13 y 14 de abril del año 2000, dirigida por el Doctor Javier Castellanos Coutiño, Aguascaliente, México.

Gavara Juan Carlos. Ponencia del Master Internacional Derecho Penal, Constitución y Derechos, impartido los días 21, 22 y 23 de octubre 1999. Universidad Autónoma Metropolitana, México, Distrito Federal.

LEGISLACIÓN MEXICANA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil vigente para el Distrito Federal

Ley General de salud

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos.

Norma Técnica 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos para fines de trasplantes.

Reglamento Interno del Control Nacional de Trasplantes.

Estructura del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Constitución Española. Edición Segunda, Madrid, 1993.