



208707
UNIVERSIDAD PANAMERICANA 27

FACULTAD DE DERECHO 24

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

REGIMEN JURIDICO DE LOS
TRASPLANTES DE ORGANOS
Y TEJIDOS DE SERES
HUMANOS.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARCO ANTONIO RUIZ AGUIRE

Director de Tesis: Lic. Fausto Rico Alvarez



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E .

INTRODUCCION	1
CAPITULO I - LEGISLACION MEXICANA EN MATERIA DE TRASPLANTES DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.	
I. CODIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y REGLAMENTO FEDERAL PARA LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS	3
A. Trasplantes de Organos y Tejidos entre seres humanos vivos	4
B. Trasplantes de Organos y Tejidos obtenidos de Cadáveres.	6
C. Autoridades Sanitarias en Materia de Trasplantes	7
II. LEY GENERAL DE SALUD Y REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS	8
A. Disposiciones Generales	9
B. Trasplantes de Organos y Tejidos entre seres humanos vivos	12
C. Trasplantes de Organos y Tejidos obtenidos de cadáveres.	16
D. Autoridades Sanitarias en Materia de Trasplantes	20
CAPITULO II - DERECHO COMPARADO.	
I. ALEMANIA	22
II. ITALIA.	25
III. FRANCIA	28
IV. ESPAÑA.	32
A. Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882	33
B. Ley 27 octubre 1979, núm. 30/79. Extracción y Trasplante de Organos	33
C. Real Decreto 22 febrero 1980, núm. 426/80. Desarrolla -- Ley 27 octubre 1979, sobre extracción y trasplante de <u>ó</u> rganos	36

CAPITULO III - DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

I. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD	39
A. La Persona	39
1. Concepto Filosófico de Persona	40
2. Concepto Jurídico de Persona	43
B. Los Derechos de la Personalidad	45
1. Concepto	45
2. Orígenes y distintas denominaciones	48
3. Naturaleza Jurídica, Características y Clasificación	53
II. DERECHO A LA VIDA	61
III DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA	72
IV. DERECHO SOBRE EL PROPIO CUERPO	79
V. DERECHO SOBRE EL CADAVER	93

CAPITULO IV - TRASPLANTES DE ORGANOS EN SERES HUMANOS.

I. TRASPLANTES DE ORGANOS Y TEJIDOS EXTRAIDOS DE SERES HUMA--- NOS VIVOS	103
A. Organó Objeto del Trasplante	103
B. El Donante	105
C. El Receptor	111
D. Relación Jurídica entre Donante y Receptor	115
II. TRASPLANTES DE ORGANOS Y TEJIDOS EXTRAIDOS DE CADAVERES	128
A. Determinación de la Muerte	129
B. Extracción del Organó del Cadáver	133
CONCLUSIONES	145
BIBLIOGRAFIA	150

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

El tema de los trasplantes de órganos y tejidos provenientes de seres humanos vivos y de cadáveres cada vez va adquiriendo más importancia en nuestra sociedad. Los avances de la medicina hacen posible que en nuestros días se lleven a cabo operaciones que hasta principios del presente siglo era imposible imaginar; tan solo en los últimos 5 años, según datos proporcionados por el Registro Nacional de Trasplantes, en el mundo 100,000 pacientes han recibido un órgano trasplantado de los cuales más de 2,000 se han hecho en México.

Ante una realidad que se nos presenta, la legislación, respetando los derechos más íntimos de la persona, debe fijar las condiciones bajo las cuales puedan efectuarse trasplantes de órganos y tejidos provenientes de seres humanos vivos y de cadáveres, y además, debe instrumentar los medios para que cada día se incremente el número de trasplantes, a fin de que se pueda salvar la vida o mejorar la salud del mayor número posible de personas.

Como estamos en presencia de un tema que involucra aspectos éticos y morales de gran relevancia, éstos no deben pasarse por alto sino que hay que protegerlos, es por ello que hemos elaborado este trabajo cuyo objetivo es exponer algunos de los estudios que se han hecho en torno al tema de los trasplantes de órganos y tejidos y, a partir de ellos, establecer las bases y fijar las condiciones que deben

respetarse al efectuar trasplantes de órganos y tejidos provenientes de seres humanos vivos y muertos.

El presente trabajo lo hemos dividido en cuatro capítulos donde desarrollamos, respectivamente, la legislación mexicana, la legislación extranjera, los derechos de la personalidad y, por último, los trasplantes de seres humanos.

En el primer capítulo hemos relacionado los antecedentes legislativos y las disposiciones legales vigentes en nuestro país en materia de trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos.

En el segundo capítulo exponemos la legislación referente a trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos de algunos países, tales como Alemania, Italia, Francia y España.

Vistos los ordenamientos legales, en el tercer capítulo tratamos los derechos de la personalidad que se relacionan con el tema que nos ocupa, derechos que por emanar de la misma naturaleza del hombre no pueden pasar desapercibidos.

Finalmente, en el cuarto capítulo con base en lo expuesto en los capítulos anteriores analizamos la naturaleza jurídica de las relaciones entre donante y receptor y proponemos los lineamientos que deben observarse al efectuar los trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos.

C A P I T U L O I .

LEGISLACION MEXICANA EN MATERIA DE TRASPLANTES DE ORGANOS.

TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.

En México el fundamento constitucional para tener derecho a los servicios de salud es el tercer párrafo del artículo 4o. que dispone:

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.

Visto el fundamento Constitucional de la legislación mexicana en materia de salud, expondremos algunos antecedentes legislativos así como las disposiciones vigentes en nuestro país en materia de trasplantes de órganos y tejidos de seres humanos vivos y cadáveres.

I. CODIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y REGLAMENTO FEDERAL PARA LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.

El Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de marzo de 1973, es el primer cuerpo legislativo en nuestro país que contiene un título dedicado a la Disposición de Organos,

Tejidos y Cadáveres de seres humanos. En este Código se trata, en forma por demás muy general, los requisitos, trámites y finalidades de los trasplantes de órganos y tejidos tanto en seres vivos como en cadáveres.

Por otro lado, el 25 de octubre de 1976 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento Federal para la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de seres humanos. Este Reglamento cuenta con once capítulos y regula con más detalle las donaciones y trasplantes de órganos y tejidos.

En las próximas líneas haremos un breve análisis del Código Sanitario de 1973 y del Reglamento de 1976, antecedentes de nuestra legislación vigente.

A. Trasplantes de Órganos y Tejidos entre seres humanos vivos.

Antes de pasar a tratar los trasplantes de órganos y tejidos entre seres humanos vivos es importante tener en cuenta algunos aspectos generales como es el hecho de que el Reglamento Federal para la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos señalaba que en todos los casos la donación de órganos y tejidos debía ser gratuita (art. 7) y que la donación del órgano implicaba también la donación de todas las partes necesarias para que el trasplante tuviera éxito (art. 28).

Los artículos 198 y 199 del Código Sanitario establecían los requisitos que debían reunirse para poder efectuar los

trasplantes en seres humanos vivos, estos requisitos eran los siguientes:

1.- Que el resultado de la investigación del trasplante hubiera sido satisfactorio.

2.- Que representara un riesgo aceptable para la salud y la vida de quien recibiera el órgano o tejido.

3.- Que existiera una alta probabilidad de éxito terapéutico en el trasplante, y.

4.- Que el órgano o tejido que fuera a trasplantarse se obtuviera de otro ser humano vivo, siempre y cuando no fuera posible obtenerlos de un cadáver. En este sentido los artículos 201 del Código Sanitario y 27 del Reglamento prohibían efectuar trasplantes de órganos únicos esenciales para la conservación de la vida

Para poder ser donador se requería, en primer lugar, no estar privado de la libertad, no ser incapaz mental ni estar en estado de inconsciencia; las mujeres embarazadas y los menores de edad tampoco podían donar sus órganos o tejidos (art. 203 C.S.). Además, se requería tener más de 18 años y menos de 60, tener un certificado médico de buena salud, tener compatibilidad con el sujeto receptor, estar bien informado sobre los riesgos y consecuencias de la operación y, por último, algo muy importante, haber dado su autorización por escrito (art. 31 R.F.D.O.T.C.). En este sentido, se requería que el consentimiento estuviere libre de toda coacción y podía ser revocado en todo momento sin ninguna responsabilidad por parte del donador (art. 202 C.S.).

El receptor también necesitaba reunir ciertos requisitos:

1.- Que su padecimiento pudiera ser tratado a través de un trasplante.

2.- No presentar otras enfermedades que pudieran interferir con el éxito del trasplante.

3.- Tener un estado físico y mental capaz de resistir el trasplante.

4.- Haber otorgado su consentimiento.

5.- Tener compatibilidad con el sujeto donador, y

6.- De preferencia ser menor de 60 años y ser pariente en primer grado del donador (art. 35 R.F.D.O.T.C.).

B. Trasplantes de Organos y Tejidos obtenidos de Cadáveres.

El Reglamento, subsanando una omisión del Código Sanitario, establecía que los cadáveres no podían ser objeto de apropiación o propiedad y que siempre debían ser tratados con respeto y consideración (art. 64).

El Código Sanitario señalaba que para poder obtener órganos y tejidos de cadáver de seres humanos para fines de trasplante, debía contarse con una certificación de muerte expedida por dos profesionales distintos de los que integraran el cuerpo técnico del trasplante (art. 208).

Para poder obtener un órgano o tejido del cadáver de una persona, ésta debía reunir con los siguientes requisitos antes de su muerte:

1.- Haber tenido edad fisiológica útil para el trasplante.

2.- No haber sufrido una agonía prolongada.

3.- No haber sufrido tumores malignos.

4.- No haber presentado infecciones graves que pudieren afectar al sujeto receptor, y

5.- Contar con la autorización ya fuera del donador en vida o del familiar más cercano. Sin embargo, si la autopsia fuere obligatoria, según la ley, no se requería autorización alguna (arts 209 C.S. y 32 R.F.D.O.T.C.).

C. Autoridades Sanitarias en Materia de Trasplantes.

El Código Sanitario establecía que la Secretaría de Salubridad y Asistencia era la facultada para establecer la normas para controlar la obtención, conservación, utilización y suministro de órganos y tejidos de seres humanos y cadáveres (art. 196). De igual manera, disponía que la obtención, conservación, preparación y utilización de órganos y tejidos de seres humanos solo podía hacerse en instituciones específicamente autorizadas para ello por la propia Secretaría de Salubridad y Asistencia (art. 197).

El Reglamento por su parte crea dos órganos encargados de conocer los asuntos relacionados con los trasplantes: el Consejo Nacional de Trasplantes de Órganos y Tejidos Humanos y el Registro Nacional de Trasplantes. A continuación enumeraremos las funciones más importantes que tenían cada uno de dichos órganos.

El Consejo Nacional de Trasplantes de Órganos y Tejidos Humanos era un organismo asesor de la Secretaría de Salubridad y Asistencia que opinaba sobre los aspectos técnicos generales

relacionados con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos. Sus principales funciones eran estudiar las normas técnicas específicas y generales aplicables en la obtención, conservación, control, suministro y trasplante de distintos órganos y tejidos; estudiar los mecanismos de control de las entidades o instituciones donadoras y receptoras de órganos y tejidos; estudiar formas de organización, funcionamiento y mejoramiento del Registro Nacional de Trasplantes (art 17). Como podemos apreciar sus funciones eran exclusivamente de opinión y recomendación.

El Registro Nacional de Trasplantes tenía como funciones estudiar, conocer y proporcionar información de todos los aspectos relacionados con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con el fin de propiciar la coordinación en la materia y coordinar la distribución de órganos y tejidos, entre las instituciones donadoras y las instituciones receptoras (arts. 20 y 23).

II. LEY GENERAL DE SALUD Y REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.

Actualmente, el tema de la disposición de órganos y tejidos en nuestro país se encuentra regulado en el Título Décimocuarto de la Ley General de Salud, dicho Título se encuentra integrado a su vez, por tres capítulos: el primero se refiere a las Disposiciones Comunes, el segundo a Órganos y

Tejidos y el tercero a Cadáveres. Además de la Ley General de Salud, existe el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, que contiene una amplia regulación del tema objeto de este trabajo.

La Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984, entró en vigor el primero de julio de 1984, quedando abrogado el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha ley trata en forma novedosa el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos y representa un avance notable con respecto al Código Sanitario.

Por otra parte, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, que en lo sucesivo por razones de brevedad nos referiremos a él como "el Reglamento", fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de febrero de 1985. Este Reglamento viene a reunir, en un cuerpo legal, distintas disposiciones que se referían a la disposición de sangre, exhumaciones de cadáveres, cementerios, etc. quedando abrogados el Reglamento Federal para la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, el Reglamento de Bancos de Sangre, Servicios de Transfusión y Derivados de la Sangre y el Reglamento Federal de Cementerios, Inhumaciones, Exhumaciones, Conservación y Traslación de Cadáveres.

A. Disposiciones Generales.

A continuación citaremos aquellos artículos de la Ley General de Salud y del Reglamento, que a nuestro juicio revisten una mayor importancia para el presente trabajo.

Comenzaremos citando el artículo 314 el cual establece algunos conceptos:

Art. 314.- Para los efectos de este título se entiende por:

I. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación;

II. Cadáver: El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida;

III. Células Germinales: Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

IV. PreEmbrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana gestacional;

V. Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décimo segunda semana gestacional;

VI. Feto: El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

VII. Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función;

VIII. Organó: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico;

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

X. Destino Final: La conservación permanente, inhumación o desintegración, en condiciones sanitarias permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos.

Por su parte el Reglamento añade otros conceptos:

Art. 6. - Para los efectos de este reglamento, se entiende por:

...X. Donante: Quien autorice, de acuerdo con la ley y este reglamento la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres...

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

La referida Ley General de Salud hace una distinción importante entre lo que debe entenderse por donante originario y por donantes secundarios, de este modo, por donante originario debe entenderse a la persona respecto de su propio cuerpo y los productos del mismo. Son donantes secundarios:

1. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del donante originario,
2. La autoridad sanitaria y,
3. Los demás a quienes la Ley General de Salud y otras disposiciones generales les confieran ese carácter (arts. 315 y 316).

Por otra parte, el Reglamento señala también quiénes deben considerarse como donantes originario y secundarios; respecto al primero, establece el mismo concepto de la ley, pero en lo referente a donantes secundarios agrega los siguientes:

1. El Ministerio Público respecto a personas que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones,
2. La autoridad judicial,

3. Los representantes legales de incapaces tratándose de disposición de cadáveres y,

4. Las instituciones educativas respecto de órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia (art. 13).

Para seleccionar quiénes deberán ser el disponente originario y el receptor de los órganos o tejidos que quieran trasplantarse, debe hacerse siempre por prescripción médica y bajo un estricto control médico, en ningún caso, tratándose de trasplantes de órganos, será admisible que la selección la haga un solo médico sino que deben intervenir cuando menos dos (arts. 323 L.G.S. y 17 R.L.G.S.).

B. Trasplantes de Organos y Tejidos entre seres humanos vivos.

Para que se pueda llevar a cabo un trasplante de órganos o tejidos en seres humanos vivos con fines terapéuticos deben cumplirse tres requisitos:

1. Que las investigaciones realizadas para la procedencia del trasplante hayan sido satisfactorias,

2.- Que el trasplante represente un riesgo aceptable para la salud y vida del disponente originario y del receptor y,

3.- Que exista una razón justificada de naturaleza terapéutica (art. 321 L.G.S.).

La Ley General de Salud dispone que la obtención de órganos o tejidos y sus componentes de seres humanos con fines terapéuticos, se hará preferentemente de cadáveres. Asimismo,

por razones obvias, se prohíbe tajantemente realizar trasplantes de un órgano único esencial para la conservación de la vida y no regenerable (arts. 22 L.G.S. y 23 R.L.G.S.).

Según la Ley General de Salud y el Reglamento, los requisitos que deben reunirse para poder efectuar trasplantes de órganos o tejidos entre seres humanos vivos son los siguientes:

1.- Que exista consentimiento expreso y por escrito del disponente originario (en ningún caso puede disponerse de órganos, tejidos y productos si no existe el consentimiento del disponente originario),

2.- Que dicho consentimiento este libre de vicios, esto es, que esté libre de coacción física o moral,

3.- Que se otorgue ante Notario Público o en documento expedido ante dos testigos idóneos,

4.- Que el disponente originario no sea menor de edad, incapaz o cualquier otra persona que por alguna circunstancia no pueda expresar su consentimiento libremente y,

5.- Que la disposición de los órganos y tejidos para fines terapéuticos, sea siempre a título gratuito (arts. 324 y 326 L.G.S. y 9 y 21 R.L.G.S.).

La multicitada Ley General de Salud establece dos casos en los cuales se deben cumplir, además de los requisitos ya citados, con otros más y son los casos cuando el disponente originario sea una mujer embarazada, o bien, cuando se trate de personas privadas de su libertad. En el primer caso se requiere que:

1.- Que el trasplante sea exclusivamente de tejidos,

- 2.- Que el receptor estuviere en peligro de muerte y,
- 3.- Que el trasplante del tejido no implique un riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción (art. 327).

Cuando el disponente originario sea una persona privada de su libertad deberá cumplirse con el requisito de que el receptor sea su cónyuge, concubinario, concubina o familiar (art. 328).

La Ley General de Salud omite los requisitos que deben reunirse para ser receptor de un trasplante de órganos o tejidos entre seres humanos vivos; el Reglamento deja cubierta dicha omisión y establece los siguientes requisitos:

- 1.- Que el padecimiento que sufra el receptor sea susceptible de tratarse de manera eficaz a través de un trasplante,
- 2.- Que el receptor no padezca otras enfermedades por las que se pueda predecir que interferirán con el éxito del trasplante,
- 3.- Que tenga un estado de salud físico y mental capaz de poder tolerar el trasplante y su evolución,
- 4.- Que el receptor exprese su voluntad por escrito habiendo conocido con anterioridad el objeto de la intervención, sus riesgos y las probabilidades de éxito y;
- 5.- Ser compatible con el disponente originario del que se vaya a tomar el órgano o tejido (art.25).

En el caso de que el receptor sea menor de edad, incapaz o que por su imposibilidad física no pueda expresar su

consentimiento para efectuar el trasplante de órganos o tejidos, podrán otorgar el consentimiento el cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado o los representantes legales de los menores o incapaces, siempre y cuando se hayan informado de manera completa sobre los riesgos y probabilidades de éxito en la intervención (art. 27 R.L.G.S.).

El Reglamento que analizamos señala los requisitos que deben reunir los documentos en los que el disponente originario y el receptor expresen su voluntad para efectuar el trasplante de órganos o tejidos:

Art. 24.- El documento en el que el disponente originario exprese su voluntad para la disposición de sus órganos y tejidos con fines de trasplante deberá contener:

I. Nombre completo del disponente originario;

II. Domicilio;

III. Edad;

IV. Sexo;

V. Estado civil;

VI. Ocupación;

VII. Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario, si tuviere;

VIII. Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos de alguno de sus familiares más cercanos;

IX. El señalamiento de que por su propia voluntad y a título gratuito, consiente en la disposición del órgano o tejido de que se trate, expresándose si esta disposición se entenderá hecha entre vivos o para después de su muerte;

X. Identificación clara y precisa del órgano o tejido objeto del trasplante;

XI. El nombre del receptor del órgano o tejido, cuando se trate de trasplante entre vivos, o las condiciones que permitan identificar al receptor si la disposición fuera para después de su muerte;

XII. El señalamiento de haber recibido información a su satisfacción sobre las consecuencias de la extirpación del órgano o tejido;

XIII. Nombre, firma y domicilio de los testigos cuando se trate de documento privado;

- XIV. Lugar y fecha en que se emite, y
 XV. Firma o huella digital del disponente.

Art. 26. - El escrito donde se exprese la voluntad a que se refiere la fracción IV del artículo anterior, deberá contener:

- I. Nombre completo del receptor;
II. Domicilio;
III. Edad;
IV. Sexo;
V. Estado Civil;
VI. Ocupación;
VII. Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario, si tuviere;
VIII. Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos, de alguno de sus familiares más cercanos;
IX. El señalamiento preciso de que por su propia voluntad consiente en la realización del trasplante, y que fue enterado suficientemente del objeto y clase de la intervención y de las probabilidades de éxito terapéutico;
X. Firma o huella digital del receptor;
XI. Lugar y fecha en que se emite, y
XII. Nombre, firma y domicilio de los testigos si se trata de documento privado.

C. Trasplantes de Órganos y Tejidos obtenidos de Cadáveres.

Antes de pasar a tratar los aspectos relativos a los trasplantes de órganos obtenidos de cadáveres, es importante apuntar que para la Ley General de Salud los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad, esto es, deben considerarse como objetos fuera del comercio, y además deben ser tratados con respeto y consideración, (art. 336).

Un aspecto que tiene mucha importancia, por la trascendencia que representa, son los signos de muerte que deben presentarse para expedir la certificación de la pérdida de la vida a fin de que se pueda disponer de los órganos o productos de un cadáver. Dichos signos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 317 de la Ley General de Salud, son los siguientes:

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

Por su parte el Reglamento no establece ningún signo de muerte extra que deba observarse en la certificación de la pérdida de la vida si no que éste nos remite al artículo 317 de la Ley General de Salud que acabamos de transcribir.

Para poder efectuar un trasplante de órganos o tejidos obtenidos de cadáveres es necesario que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del artículo 317, o bien, que persistan durante 6 horas los signos a los que se refieren las cuatro primeras fracciones del artículo 317 antes transcrito y que se reúnan dos requisitos más:

1.- Que durante las 6 horas a las que nos hemos referido no exista modificación en el Electroencefalograma isoelectrico, y

2.- Que el disponente antes de morir no haya ingerido bromuros, barbitúricos, alcohol y, en general, depresores del sistema nervioso central; o bien, la ausencia de hipotermia.

No es necesario que se reúnan los requisitos anteriores cuando se presente un paro cardíaco irreversible, caso en el cual podrá determinarse de inmediato la pérdida de la vida y expedirse el certificado de muerte. Cabe advertir que la

certificación de pérdida de la vida debe ser expedida por dos profesionales distintos a los que integren el cuerpo técnico que efectuará el trasplante (art. 318).

Por otro lado, el Reglamento señala que para poder obtener órganos o tejidos de un cadáver, éste debe reunir ciertos requisitos previos al fallecimiento:

- I.- Haber tenido edad fisiológica útil para efectos de trasplante;
- II.- No haber sufrido el efecto deletéreo de una agonía prolongada;
- III.- No haber padecido tumores malignos con riesgo de metástasis al órgano que se utilice, y
- IV.- No haber presentado infecciones graves y otros padecimientos que pudieren, a juicio del médico, afectar al receptor o comprometer el éxito del trasplante (art. 28).

Hasta ahora, nos hemos referido únicamente a las características físicas o materiales que debe reunir el cadáver, a continuación nos referiremos a las personas que deben manifestar su consentimiento para efectuar los trasplantes de órganos y tejidos obtenidos de cadáveres.

Como ya hablamos mencionado cuando hablamos sobre los trasplantes de órganos entre seres vivos, es el disponente originario quien debe expresar su voluntad para efectuar la toma de órganos y tejidos sobre su cuerpo para después de su muerte, dicha voluntad debe manifestarse cumpliendo los requisitos a los que también nos referimos con anterioridad. Si el disponente originario no otorgó su consentimiento en vida, se requiere el consentimiento o autorización de los disponentes secundarios a los que se refiere el artículo 316 de la Ley General de Salud que ya analizamos. Únicamente en el caso de que la necropsia esté legalmente indicada, no se requerirá de

autorización o consentimiento alguno para obtener los órganos y tejidos (art. 325 L.G.S.).

El artículo 19 del multicitado Reglamento establece que el Ministerio Público puede autorizar la disposición de órganos, tejidos o productos de los cadáveres de personas conocidas, siempre y cuando no exista, a título testamentario, disposición en contrario del disponente originario y que su cónyuge, concubinario, concubina, sus ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el segundo grado, o bien, sus representantes legales cuando el disponente originario haya sido menor o incapaz, muestren su anuencia (art. 19).

Finalmente, nos referiremos al artículo 346 de la Ley General de Salud que habla de los requisitos que deben cumplirse cuando se quiera utilizar el cadáver con fines de docencia o investigación, dicho artículo establece:

Art. 346.- Para la utilización de cadáveres de personas conocidas o parte de ellos, con fines de docencia e investigación, se requiere permiso del disponente originario, mismo que no podrá ser revocado por los disponentes secundarios a que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta ley.
Cuando el disponente originario no haya expresado su voluntad por lo que respecta a la disposición de su cadáver, las personas a que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta ley, podrán consentir en que se destine a la docencia e investigación, en los términos que al efecto señalen las disposiciones aplicables.
Tratándose de cadáveres de personas desconocidas, las instituciones educativas podrán obtenerlos del Ministerio Público o de establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social. Para tales efectos, las instituciones educativas deberán estar autorizadas por la Secretaría de Salud, de conformidad con las disposiciones aplicables.

D. Autoridades Sanitarias en Materia de Trasplantes.

El artículo 313 de la Ley General de Salud señala la competencia que tiene la Secretaría de Salud para ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos; el mismo artículo señala que los Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones estarán a cargo de la referida Secretaría de Estado. Por otro lado, en el artículo 319 se establece que cualquier persona o establecimiento, que realice actos de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, deberá contar con la autorización de la Secretaría de Salud.

En relación con los Registros Nacionales de Trasplantes y Transfusiones el Reglamento establece:

Art. 36.- La Secretaría tendrá a su cargo los Registros Nacionales de Trasplantes y Transfusiones, cuyas funciones serán:

- I. Coordinar la distribución de órganos y tejidos en todo el territorio nacional;
- II. Establecer y aplicar procedimientos para facilitar, en todo el territorio nacional, la obtención de órganos y tejidos de seres humanos;
- III. Llevar un registro de donantes originarios de órganos y tejidos y de donantes de sangre humana;
- IV. Estudiar, conocer y proporcionar información de todos los aspectos relacionados con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos;
- V. Enviar a los bancos de sangre, banco de plasma y servicios de transfusión, las muestras de control a que se refiere el artículo 44 de este reglamento, y
- VI. Las demás similares a las anteriores que señale la Secretaría.

Actualmente el organismo encargado de vigilar que se cumplan con las disposiciones de la Ley General de Salud en materia de trasplantes de órganos, el que da las autorizaciones

a los establecimientos para que se efectúen trasplantes de órganos y el que se encarga de coordinar el Programa de Trasplantes de Organos a nivel nacional, es el Registro Nacional de Trasplantes, organismo desconcentrado que depende directamente de la Subsecretaría de Servicios de Salud.

La Ley General de Salud también prevee la existencia de bancos de órganos, tejidos y sus componentes para fines terapéuticos, los cuales, para poder funcionar, deben contar con la autorización de la Secretaría de Salud (art. 329). El Reglamento señala que los bancos de órganos, tejidos y sus componentes pueden ser de ojos, hígados, hipófisis, huesos y cartilagos, médulas óseas, pancreas, paratiroides, piel, riñones, sangre y sus componentes, plasma y vasos sanguíneos. Estos bancos pueden ser de una o varias clases de órganos o tejidos (art. 30).

Entre las funciones más importantes que deben tener los bancos de órganos, el Reglamento dispone:

Art. 31.- Los responsables de los bancos de órganos y tejidos facilitarán los procedimientos de trasplante y al efecto desarrollarán las siguientes funciones:

I. Participar en la selección de donantes originarios;

II. Obtención y guarda de órganos y tejidos;

III. Preservación y almacenamiento;

IV. Distribución; y

V. Las demás similares a las anteriores que determine la Secretaría.

También podrán desarrollar las actividades de investigación científica y de docencia en lo relativo a sus funciones, así como actividades de adiestramiento de su personal.

C A P I T U L O I I .

DERECHO COMPARADO.

I. ALEMANIA.

En Alemania, la materia de trasplantes de órganos se encuentra regulada por el "Decreto sobre la realización de trasplantes de órganos de 4 de julio de 1975". En seguida, señalaremos las disposiciones más importantes que contiene el referido decreto.

En el Capítulo I se exponen los principios generales que deben observarse para poder efectuar trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos vivos o muertos. Los principales son los siguientes:

1.- Los trasplantes de órganos deben efectuarse en base a los principios consolidados de la medicina y siempre y cuando no puedan aplicarse otros métodos médicos mejores.

2.- Deberán utilizarse preferentemente órganos de cadáveres.

3.- Solo se podrán utilizar órganos de donantes vivos cuando no se encuentren a disposición, órganos adecuados de fallecidos (art. 1).

4.- En ningún caso se podrá exigir, ofrecer o proporcionar prestaciones económicas o materiales por la obtención de órganos para trasplantes se excluyen de lo anterior las donaciones de sangre y transfusiones (art. 3).

Por otra parte el Capítulo II se refiere a las condiciones que deben reunirse para la extracción de órganos de cadáveres, señalándose que, para que puedan extraerse órganos de cadáveres para ser trasplantados, es necesario que el difunto no hubiera adoptado otras determinaciones en vida (art. 4). Cabe mencionar que en este decreto no se establecen los signos que deben presentarse para hacer el diagnóstico de muerte, únicamente se dice que el médico que diagnostique la muerte no podrá intervenir en el trasplante del órgano extraído al difunto (art. 5).

En el Capítulo III se tratan los requisitos necesarios para extraer órganos de donantes vivos. La extracción, en este caso, se permite únicamente en el supuesto de que no se cause ningún perjuicio en la salud del donante y además deben existir altas probabilidades de que el trasplante consiga salvar la vida del receptor, o bien, que se conserve o mejore su salud (art. 6).

Para extraer órganos de un ser humano vivo se necesita:

- 1.- El consentimiento del donante manifestado en forma libre y sin influencias de un tercero; y
- 2.- La mayoría de edad del donante (art. 7).

El consentimiento debe manifestarse ante el médico de distrito competente y en presencia de un representante del equipo médico que vaya a efectuar el trasplante (art. 8). Es oportuno mencionar que el donante puede retirar su consentimiento en cualquier momento hasta inmediatamente antes

de la extracción del órgano, sin especificar sus motivos (art. 7).

El decreto que estamos analizando contempla el supuesto de que en la extracción del órgano se causen perjuicios en la salud del donante caso en el cual deberán resarcirse las desventajas ocasionadas, en base a las disposiciones legales aplicables. También establece que si como consecuencia de los daños en la salud, el donante debiera cambiar de profesión o de actividad, el órgano de asistencia social estatal local intervendrá en la consecución de un nuevo puesto para el donante o en su capacitación para desempeñar la nueva actividad.

Del mismo modo, si como consecuencia de la extracción se produjo la muerte, los derechohabientes del donante tienen derecho a la indemnización del sustento suprimido y a los gastos del entierro (art. 11).

Finalmente, los Capítulos IV y V del decreto que nos ocupa regulan, respectivamente, las condiciones que deben presentarse en el receptor para la realización del trasplante y algunas consideraciones generales. En el capítulo IV se dice que siempre es necesario el consentimiento del receptor excepto en tratándose de menores de edad e incapacitados, caso en el cual deberán otorgar su consentimiento el encargado de su formación o el tutor, respectivamente, pudiendo ser oídos, según las posibilidades, el menor o el incapacitado. Asimismo, el receptor debe ser informado sobre las probabilidades y riesgos del trasplante. Todo lo anterior debe constar en acta la cual debe ser firmada por el representante del equipo médico

que efectuará el trasplante y por el receptor del órgano (art. 13). En el Capítulo V se señala que sólo estará permitida la extracción de órganos de fallecidos cuando se trate de ciudadanos alemanes (art. 14).

II. ITALIA.

En Italia la legislación en materia de trasplantes de órganos puede clasificarse de dos tipos:

1.- Trasplantes de Riñón entre personas vivas, y

2.- Trasplantes con fines terapéuticos de partes obtenidas de cadáveres.

La Ley del 26 de junio de 1967 se refiere exclusivamente a los trasplantes de riñón entre personas vivas; dicha ley, entre otros aspectos, dispone que la disposición del riñón debe hacerse a título gratuito. En esta ley solo se permite que sean donantes los padres, los hijos y los hermanos del paciente, solo en el caso de que el paciente no tenga los pariente antes mencionados o que ninguno de ellos sea idóneo o disponible, podrá ser donante cualquier persona. Para que el donante otorgue su consentimiento es necesario seguir un procedimiento judicial muy complicado y tardado para los fines que se persiguen en el cual el juez verifica la voluntad del donante, las probabilidades de éxito del trasplante y el juicio técnico favorable a la extracción y al trasplante del riñón elaborado por el equipo médico que intervendrá en el trasplante, una vez verificado todo lo anterior el juez dá su autorización o

denegación caso en el cual el auto puede recurrirse en Tribunal quien emitirá la decisión final.

En Italia, son dos los ordenamientos que regulan los trasplantes de órganos provenientes de cadáveres: La "Ley 2 de diciembre de 1975, núm. 644. Instrucción sobre extracciones de partes de cadáveres con finalidad de trasplante terapéutico y normas sobre la extracción de hipófisis de cadáveres para la producción de extractos para uso terapéutico" y el "Decreto del Presidente de la República, 16 de junio 1977, núm. 409. Reglamento de ejecución de la ley de 2 de diciembre de 1975, número 644, relativo a la disciplina de las extracciones de partes de cadáver con finalidad de trasplante terapéutico"; como podemos apreciar, el segundo es un complemento del primero por lo que analizaremos ambos ordenamientos en forma conjunta.

La Ley del 2 de diciembre de 1975 permite la extracción de partes de cadáveres con la finalidad de practicar trasplantes terapéuticos siempre y cuando no se trate del encéfalo y de las glándulas de la zona genital y de la procreación (art. 1). La propia ley señala los síntomas de los que deben cerciorarse los médicos para expedir la certificación de muerte:

- 1.- Cesación del latido cardíaco y observación continua del electrocardiograma durante cuando menos los 20 minutos anteriores a la comprobación de ausencia de respiración espontánea,

- 2.- Ausencia de actividad eléctrica cerebral, espontánea o provocada (art. 3).

El equipo médico que expida la certificación de muerte, según los dispone el decreto, debe estar compuesto por un médico cirujano, un experto en cardiología y un experto en electroencefalografía (art. 2).

Cuando los médicos descubran que en sus pacientes se presentan los síntomas a los que nos hemos referido, deben comunicar, a la dirección de la institución, la presencia de un probable donante; la dirección médica, a su vez, comunicará lo anterior al encargado de las operaciones de extracción (art. 9).

Es importante señalar que la ley prohíbe la extracción de partes de un cadáver que no haya sido sometido al diagnóstico de investigación o a operaciones de autopsia ordenadas por la autoridad judicial, también cuando el donante, en vida, se haya opuesto al trasplante, o bien, cuando exista una oposición por escrito dentro del término previsto para expedir la certificación de muerte por parte del cónyuge no separado, o en su defecto, de los hijos no menores de 18 años, a falta de estos últimos pueden oponerse los padres del posible donante (art. 6).

En la referida ley también se prohíbe que los médicos que comprueben la muerte del donante, intervengan en el trasplante (art. 9).

Por último, la multicitada Ley del 2 de diciembre de 1975 establece que, para poder efectuar trasplantes de partes obtenidas de cadáveres, es necesario que la institución en donde se efectúen, cuente con autorización expedida por el

Ministro de Sanidad en la cual también debe indicarse el nombre de los médicos habilitados para efectuar los trasplantes (art. 10).

III. FRANCIA.

La regulación francesa en materia de trasplantes de órganos se encuentra contenida básicamente en una ley, un decreto y una circular del Ministro de la Salud. La ley número 76-1181 de 22 de diciembre de 1976 relativa a las extracciones de órganos en apenas 5 artículos establece las bases generales a partir de las cuales deben efectuarse los trasplante; el Decreto número 78-501 de 31 de marzo de 1978 dictado para la aplicación de la ley de 22 de diciembre de 1976 relativa a extracciones de órganos reglamenta en forma más amplia los requisitos y procedimientos que deben observarse para proceder a la extracción de órganos y a su trasplante posterior; y, por último, la circular de 3 de abril de 1978 concerniente al decreto número 78-501 de 31 de marzo de 1978, dictado en aplicación de la ley número 76-1181 de 22 de diciembre de 1976 relativa a las extracciones de órganos, tiene por objeto comentar y precisar la aplicación de los otros dos ordenamientos que apuntamos con anterioridad.

La Ley número 76-1181 permite las extracciones de órganos en seres humanos vivos mayores de edad con fines terapéuticos cuando se haya manifestado libre y expresamente el consentimiento. En el caso de donantes menores de edad, la extracción solo puede efectuarse cuando el receptor sea un

hermano o una hermana, siendo además necesario el consentimiento de su representante legal y la autorización de un comité médico integrado por cuando menos 3 médicos (art. 1).

En el caso de cadáveres, la ley dispone que las extracciones de órganos con fines terapéuticos o científicos pueden efectuarse cuando la persona en vida no haya manifestado su oposición a la extracción. Solamente en el caso de menores o incapaces, será necesaria la autorización de su representante legal por escrito (art. 2).

La ley que analizamos dispone que siempre las extracciones deben ser a título gratuito pudiéndose únicamente reembolsar al donante los gastos que se ocasionaren por la intervención (art. 3).

El decreto número 78-501 contiene 4 capítulos que tratan, respectivamente, la forma en que el donante debe ser informado de las consecuencias del trasplante, la manera en que se puede oponer a las extracciones después de su fallecimiento, las condiciones y procedimiento para que las instituciones médicas obtengan la autorización para practicar trasplantes y, por último, los procedimientos para la comprobación de la muerte.

El donante mayor de edad y capaz, debe ser informado por el médico responsable del trasplante sobre los riesgos y consecuencias de la operación (art 1). El consentimiento del donante, según el órgano de que se trate, puede ser expresado de dos maneras:

- 1.- Si se trata de un órgano no regenerable, el consentimiento debe expresarse ante el presidente del tribunal

de gran instancia de la jurisdicción en la que el donante tenga su residencia o ante el magistrado que designe el presidente del tribunal. De lo anterior, se deberá levantar un acta que será firmada por el magistrado y por el donante.

2.- En los demás casos, el consentimiento del donante debe constar por escrito y por un testigo.

En todo caso, el donante puede retirar su consentimiento sin que para ello sea necesaria formalidad alguna (art. 2).

En tratándose de menores de edad e incapaces, el consentimiento lo dará su representante legal quien cumplirá las mismas formalidades que se requieren para los mayores de edad capaces (art. 3).

Cualquier persona que pretenda oponerse a una extracción de su cadáver puede manifestar su negativa por cualquier medio, ya sea que se refiera a extracciones en general o que se refiera a una extracción específica (art. 8). Cuando una persona sea admitida en cualquier institución médica autorizada para efectuar trasplantes puede oponerse a una extracción sobre su cadáver al momento de su registro, si no fuera posible que esta persona exprese su oposición deberá asentarse en el registro cualquier signo que presuma su oposición pudiéndose tomar en cuenta, cualquier indicación encontrada sobre su persona o de cualquier miembro de su familia y allegados (art. 9).

Según la circular, mientras que la institución hospitalaria autorizada para extraer órganos de cadáveres, no cuente con los datos necesarios para presumir que el paciente

no se opone a que se extraiga alguna parte de su cuerpo, el médico encargado del trasplante, debe abstenerse de intervenir en la extracción en tanto aquellos no se hayan recabado. Por otro lado, las extracciones de órganos provenientes de cadáveres solo pueden efectuarse en los hospitales especialmente autorizados por el ministro de salud.

La misma circular señala que para poder extraer un órgano con fines terapéuticos o científicos de un cadáver es necesario que se haya reconocido la muerte por dos médicos utilizando cualquiera de los procedimientos reconocidos por el Ministerio de Salud, uno de los médicos debe ser jefe de servicio. En el caso de que la extracción del órgano tenga fines terapéuticos, los médicos que expidan la certificación de muerte no podrán pertenecer al equipo que efectúe el trasplante.

En relación a los procedimientos reconocidos por el Ministerio de Salud para comprobar la muerte a los que nos referimos en el párrafo anterior, se expidió la Circular número 67 del 24 de abril de 1986 relativa a la aplicación del Decreto número 47-2057 de 20 de octubre de 1947 referente a las autopsias y extracciones; por la importancia que tiene esta Circular, a continuación transcribiremos aquellos aspectos que consideramos más importantes:

...La comprobación se fundamentará en la existencia de pruebas concordantes de irreversibilidad de lesiones incompatibles con la vida.

Se apoyará especialmente en el carácter destructor e irremediable de las alteraciones del sistema nervioso central en su conjunto.

Esta afirmación estará asentada de un modo especial en:

- El análisis metódico de las circunstancias en las que se han producido los accidentes.

- El carácter completamente artificial de la respiración, mantenida únicamente por el uso de respiradores.

- La pérdida total de los reflejos, la completa lipotomía, midriasis.

- En la desaparición de toda señal electroencefalográfica (ningún trazado, sin posibilidad de reactivación) espontánea o provocada por todo tipo de estimulaciones artificiales durante un tiempo que se estime como conveniente, en un paciente al que no haya sido provocada una hipotermia y que no haya recibido droga sedante alguna.

La irreversibilidad de las funciones sólo se podrá determinar en base a la concordancia de estos diferentes datos clínicos y electroencefalográficos; la falta de uno solo de ellos no permitirá declarar muerta a una persona...

...No podrá ser considerado ningún tipo de extracción de órgano o de tejido en tanto que no haya sido debidamente comprobado el fallecimiento en los términos que acaba de definirse. En caso de considerar la extracción de un órgano con fines terapéuticos, declarado ya el fallecimiento, se podrá autorizar la continuación de las mecánicas de reanimación para que no se interrumpa permanentemente la irrigación del órgano a extraer...

Cuando un cadáver, por las circunstancias que rodearon la muerte, sea susceptible de ser sometido a un examen médico legal, el médico que tenga conocimiento de estas circunstancias, debe abstenerse de practicar cualquier extracción que pudiera afectar las pruebas de las causas del fallecimiento. Estas precauciones deben tomarse entre otros casos cuando el fallecimiento sea imputable a un crimen, un suicidio o cuando su causa sea sospechosa y cuando se trate de víctimas de accidentes de trabajo.

IV. ESPAÑA.

En España la materia de trasplantes de órganos se encuentra regulada principalmente por los siguientes ordenamientos:

1.- Ley de Enjuiciamiento Criminal: 14 de septiembre de 1982.

2.- Ley 30/1979, sobre extracción y trasplantes de órganos: 27 de octubre.

3.- Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero.

En seguida, pasaremos a analizar las partes que consideramos más importantes de cada uno de los tres ordenamientos que acabamos de enunciar.

A. Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1982.

Esta Ley en los artículos del 340 al 343, establece la obligación de efectuar la autopsia en todos aquellos casos en que la muerte se haya ocasionado de manera violenta o cuando haya sospechas de criminalidad; y, como la mayoría de los trasplantes son posibles a consecuencia de muertes violentas, al Juez le corresponderá autorizar la extracción del órgano que se requiera, ya que su fin esencial es evitar que durante la extracción del órgano donado, no se llegue a afectar la instrucción del juicio respectivo.

B. Ley 27 octubre 1979, núm. 30/79. Extracción y Trasplante de Órganos.

Se trata de una ley que en apenas siete artículos se establecen los requisitos, finalidades y procedimientos que deben observarse para efectuar los trasplantes de órganos.

Al igual de lo que sucede en las otras legislaciones que hemos estudiado, la ley dispone que no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos aunque pueden tomarse las medidas necesarias para que el procedimiento no sea gravoso para el donante vivo o para la familia del fallecido (art. 2).

Para tener un mayor control, se faculta al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social para autorizar los centros sanitarios en donde pueda efectuarse la extracción de órganos (art. 3).

La citada ley señala los requisitos que deben reunirse para obtener órganos provenientes de un donante vivo a fin de que sean implantados en otra persona:

- 1.- Que el donante sea mayor de edad.
- 2.- Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión, así como de los beneficios que con el trasplante se esperen en el receptor.
- 3.- Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiéndolo manifestar por escrito y ante la autoridad pública; sin lo anterior no podrá efectuarse la extracción. Asimismo, se prohíbe extraer órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental

o por cualquier otra causa, no puedan expresar su consentimiento expreso, libre y consciente.

4.- Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor (art. 4).

En el caso de que la extracción de órganos u otras piezas que provengan de fallecidos, es necesario que se haya comprobado la muerte. Cuando la comprobación se base en la presencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales incompatibles con la vida, el certificado de defunción debe ser suscrito por tres médicos de los cuales uno de ellos debe ser neurólogo o neurocirujano y otro el jefe del servicio de la unidad médica, sin que ninguno de los tres pueda formar parte del equipo que obtenga el órgano o lo trasplante. También se establece que la extracción del órgano puede realizarse con fines científicos o terapéuticos cuando el fallecido no hubiere dejado constancia expresa de su oposición. De igual manera, las personas que falleciesen por accidente se considerarán como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. En este último caso, debe constar la autorización del juez al que corresponda el conocimiento de la causa cuando la obtención del órgano no obstaculice el juicio correspondiente (art. 5).

Finalmente, el médico que vaya a efectuar el trasplante debe cuidar que se cumplan los siguientes requisitos:

1.- Que el receptor esté plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse y los riesgos de la misma.

2.- Que el receptor sea informado de que se han efectuado los estudios inmunológicos de histocompatibilidad entre donante y futuro receptor.

3.- Que el receptor manifieste su consentimiento por escrito, o bien, sus representantes legales tratándose de incapacitados (art. 6).

C. Real Decreto 22 febrero 1980, núm. 426/80. Desarrolla Ley 27 Octubre 1979, sobre extracción y trasplante de órganos.

Este decreto cuenta con doce artículos donde se desarrollan los lineamientos generales establecidos por la Ley 27 octubre 1979. En seguida trataremos algunos aspectos de este decreto que vienen a completar la regulación en torno a la extracción y trasplante de órganos.

En relación con los requisitos que deben reunirse para que proceda la extracción de órganos de donantes vivos, el decreto añade el requisito de que el órgano que se vaya a extraer sea compatible con la vida del donante y que no disminuya gravemente su capacidad funcional; por lo que se refiere a los demás requisitos prácticamente son los mismos que ya hemos indicado (art. 2).

Por otro lado, el decreto dispone que el donante debe ser informado sobre las consecuencias somáticas, psíquicas y psicológicas que se desprendan de la extracción, así como las

repercusiones que la donación pueda tener en su vida personal, familiar y profesional (art. 3).

El consentimiento para obtener el órgano de un donante vivo debe constar por escrito ante el Juez del Registro Civil el cual deberá ser firmado por el donante, por el médico que realice el estudio clínico para verificar la buena salud del donante y por el médico que efectuará el trasplante. La extracción debe verificarse cuando menos después de que transcurran 24 horas a partir de la firma del documento, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin ninguna responsabilidad para él (art. 4).

En tratándose de la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos, se dice que en los lugares autorizados para extraerlos deben adoptarse las medidas necesarias a fin de que los pacientes que ingresen estén informados sobre la regulación de las donaciones y extracciones de órganos con fines terapéuticos o científicos. De igual modo, cuando un paciente ingrese al centro sanitario puede expresar, en la ficha de entrada que se elabore, su oposición a que se realice la extracción de órganos de su cuerpo (art. 8).

La comprobación de la muerte cerebral debe estar basada en la constatación durante treinta minutos, al menos, y la persistencia por seis horas después del comienzo del coma de los siguientes signos:

- 1.- Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia.

2.- Ausencia de respiración espontánea.

3.- Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis.

4.- Encefalograma demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral (art. 10).

Para concluir el presente capítulo cabe señalarse que, además de los ordenamientos antes tratados, existen otras resoluciones que se refieren a la manera en que deben conducirse los centros hospitalarios autorizados para extraer y trasplantar órganos, entre ellos destacan la Resolución 27 junio 1980, sobre la Organización Nacional de Trasplantes y los laboratorios de diagnóstico de histocompatibilidad, la Resolución 27 junio 1980 sobre las condiciones de Centros hospitalarios para la extracción y trasplante de órganos, la Orden 15 abril 1981 que Regula la obtención de globos oculares de fallecidos, el funcionamiento de los Bancos de Ojos y la realización de trasplantes de córnea, la Orden 29 de noviembre 1984 que establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la acreditación de Centros para la práctica de trasplantes de corazón y corazón-pulmón, y por último, la Orden 24 junio 1987 sobre pruebas de detección anti-VIH en operaciones de obtención, trasplante, injerto o implantación de órganos humanos, en donde se establece la obligación de que en todas las operaciones de obtención de un órgano o pieza anatómica humana, deben estar precedidas de las pruebas de detección del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y que, en caso de resultar positivos, no podrá efectuarse el trasplante.

C A P I T U L O I I I.

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Antes de comenzar a tratar cada uno de los apartados en los cuales dividiremos el presente capítulo, es importante hacer la precisión de que dada la extensión de los temas que se exponen, éstos serán estudiados en todo aquello que estén relacionados con el tema de los trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos vivos y muertos.

I. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

A. La Persona.

Para poder hablar de los derechos de la personalidad es necesario antes hablar sobre el concepto de persona. La palabra persona procede del latín persona, la cual a su vez proviene del vocablo griego prósopon que se refiere a la máscara que los actores griegos utilizaban en el teatro para representar a los personajes de la obra pudiendo identificarlos y que además servía como altavoz para poder ser escuchado.

El concepto de persona puede ser entendido desde dos puntos de vista, el filosófico y el jurídico, siendo el primero

más amplio ya que se refiere a lo que es la persona por su misma naturaleza, mientras que el segundo es un concepto instrumental, esto es, como la posibilidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Los conceptos filosófico y jurídico de persona, no obstante que se refieren a magnitudes diferentes del hombre, buscan la unidad pero sin que lleguen a confundirse.

1. Concepto Filosófico de Persona:

El concepto filosófico clásico de persona es el dado por Boecio, para quien la persona es la "substancia individual de naturaleza racional" (1). Como comenta el Dr. Mier y Terán, si no se entiende la noción de persona a la luz de la filosofía de Aristóteles y de Tomás de Aquino, sería muy difícil entender la necesidad de defender la dignidad de la persona (2), es por esto que consideramos necesario explicar los alcances de la definición de Boecio.

Tomás de Aquino adopta la definición de persona de Boecio y la explica analizando cada uno de los conceptos que encierra la propia definición.

En primer lugar hay que entender que en esta definición no sobra ninguna palabra y -comenta Tomás de Aquino- en la definición de persona se pone "substancia individual", para

1 FRANCISCO BARBADO VIEJO (et alii): *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*; Tomo II-III, Ed. - Católica, Madrid, 1959, p.p. 100 y sigs.

2 Cfr. SALVADOR MIER Y TERAN SIERRA: El Régimen Jurídico de la Llamada Reproducción Asistida (Tesis Doctoral); Tomo I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, p. 15.

indicar lo singular del género de substancia y se añade "de naturaleza racional" para significar lo singular de las substancias racionales (3).

Al pasar a estudiar el concepto de substancia, Tomás de Aquino distingue dos acepciones: Puede ser entendida como la "quiddidad" o "esencia de las cosas" que expresa la definición que es el sentido en que decimos que la definición expresa la substancia de los seres (esencia). También puede ser entendida para referirse al sujeto o supuesto que subsiste en el género de substancia. Continúa diciendo Tomás de Aquino que la persona puede considerarse de tres maneras, en cuanto existe en sí y no en otro, se llama substancia pues subsistente es lo que existe en sí y no en otro; asimismo en cuanto es portadora de determinada naturaleza, que lo coloca en determinado orden de seres, se le llama como realidad de naturaleza y en cuanto es sujeto de los accidentes se le llama hipóstasis o substancia. Así lo que estos tres nombres significan en general, en todo género ser substancias, eso significa el nombre de persona en el de las substancias racionales (4).

En cuanto a la palabra "individual", Tomás de Aquino dice que esta palabra ha sido puesta en la definición de persona con objeto de designar el modo de subsistir que compete a las substancias particulares (5). Desarrollando esta idea podemos decir que al ser individual se es una unidad, una realidad

3 F. BARBADO VIEJO (et alii): op. cit., p. 101.

4 Ibid, p. 105.

5 Ibid, p. 103.

idéntica consigo misma y diversa de otra; es propio de la persona ser una substancia individual, completa en sí misma, independiente e incommunicable. Tomás de Aquino advierte que la palabra individual debe tomarse no sólo por el individuo de subsistencia, esto es, por la incommunicabilidad absoluta. Asimismo, añade que no cualquier individuo en el género de la substancia, incluso en la naturaleza racional, tiene razón de persona, sino sólo aquél que existe por sí, no en cambio aquél que existe en otro más perfecto (6).

Al hablar de naturaleza dice que comúnmente se llama naturaleza a la esencia de los distintos seres, siendo este el sentido que debe dársele a la palabra "naturaleza". Así, según Boecio, naturaleza es la diferencia específica que informa a cada cosa y es la diferencia específica la que completa la definición (7).

Por último dice que la persona es el ser que por racional o inteligente es consciente de sí mismo, se autopertenece y dispone de sí. La persona, por esta libertad, tiene el dominio de su propia acción y es dueña de su destino, moviéndose libremente a obrar. Así por ser espiritual, la persona es responsable y se inscribe inmediatamente en un orden ontológico-moral en el que es siempre ella misma. Por otro lado, tenemos que la racionalidad da dignidad a la persona ya

6 Ibid, p. 106.

7 Ibid, p. 104.

que entre los demás seres, la persona es el más perfecto de los seres (8).

2. Concepto Jurídico de Persona.

En el ámbito jurídico, el concepto de persona puede ser entendido de dos maneras, como persona física o como persona jurídica o moral, por ser este último aspecto irrelevante para el presente trabajo, nos concentraremos en analizar el concepto jurídico de la persona física.

A pesar de que tanto los vocablos hombre como persona se refieren al ser humano, estos vocablos tienen un significado distinto ya que hombre se refiere al ser humano considerado como un individuo determinado perteneciente a la humanidad, mientras que el vocablo persona implica, además de lo anterior, a la dignidad del ser humano, es decir, el hombre en cuanto está dotado de libertad para proponerse a sí mismo fines y encausar su conducta a la consecución de dichos fines (9).

Pacheco explica cómo a pesar de que Hombre y Derecho nacen juntos, la persona humana es anterior al Derecho siendo el Derecho un instrumento que ordena la convivencia persiguiendo el fin de la persona humana, que por ser trascendente, es superior a todo orden jurídico (10).

8 Cfr. FRANCISCO BELTRÁN: Gran Enciclopedia Rialp; Tono XVIII, Persona, Ed. Rialp, Madrid, 1974, p. 349.

9 Cfr. IGNACIO GALINDO GARFÍAS: Derecho Civil; 7a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 301.

10 Cfr. ALBERTO PACHECO ESCOBEDO: La Persona en el Derecho Civil Mexicano; Ed. Panorama, México, 1965, - p. 24.

jurídicas, esto es, como sujeto de una relación jurídica. El concepto jurídico de persona debe sustentarse en el concepto filosófico de persona que analizamos con anterioridad, ya que se podrá ser sujeto de derechos y obligaciones en tanto se sea persona ontológicamente hablando y no del modo contrario. En relación con esto último, Mier y Terán dice:

...la noción jurídica de persona es natural, ya que viene implícita en la noción ontológica de persona, la cual es natural. Por tanto si partimos de la existencia de personas ontológicas, necesariamente concluiremos que son sujeto de derecho de un modo natural. Así que es erróneo afirmar que la noción jurídica de persona -sujeto de derecho- es de origen positivo. Al contrario, la noción ontológica de persona es presupuesto fundamental de la noción jurídica de persona...(12).

B. Los Derechos de la Personalidad.

1. Concepto.

Hasta ahora nos hemos referido al concepto de persona, pero es el momento de introducir el de personalidad para diferenciarlo con el de persona y, posteriormente, entrar por completo al estudio de los derechos de la personalidad.

No obstante que persona y personalidad son dos conceptos estrechamente vinculados, éstos no se deben confundir; la

persona es el sujeto titular de los derechos y obligaciones, mientras que la personalidad es entendida como una manifestación o proyección de la persona en el mundo objetivo (13).

Para De Castro la persona es una realidad existente y la personalidad es una manifestación de la esencia de aquélla que permite utilizar este término en sentido jurídico de manera que la personalidad es la cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica, que corresponde al hombre (como tal) y que se reconoce o concede a ciertas organizaciones humanas (14).

Por último, el citado autor define a los derechos de la personalidad como los derechos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades.

De la misma manera, se establece la distinción entre derechos del hombre y Derechos de la personalidad. Los derechos del hombre son los derechos que tienen las personas frente al Estado, es decir, son derechos políticos que se han llamado Garantías Individuales. Por su parte, los derechos de la personalidad corresponden a cualidades o atributos físicos y morales de la persona humana (15).

13 Cfr. I. GALINDO GARFÍAS: op. cit., p. 305.

14 Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: Derecho Civil de España; T. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 31.

15 Cfr. A. PACHECO ESCOBEDO: op. cit., p. 54.

Para Messineo existen poderes o derechos subjetivos que asumen como objeto propio algunos atributos esenciales de la persona, de manera que se toman en consideración no tanto aquellos atributos, sino los derechos a ellos atribuidos; hay una separación entre el status de persona y esos atributos naciendo de ellos los derechos subjetivos. De este modo, se distingue entre los derechos de la personalidad que están dirigidos a asegurar al sujeto la exclusión de otros del uso y de la apropiación de aquellos atributos. Por otro lado el status de persona, como cualidad jurídica, es la fuente de poder (16).

El tema de los derechos de la personalidad ha sido tratado ampliamente a partir del siglo XX ya que los ordenamientos jurídicos antiguos no los contemplaban sino como derechos de propiedad sobre bienes inmateriales. Así Gierke define los derechos de la personalidad como los derechos que miran garantizar al sujeto el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad (17).

Por su parte Diez Díaz define a los derechos de la personalidad como aquellos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones, psíquicas o físicas de la persona misma (18).

16 Cfr.: FRANCESCO MESSINEO: Manual de Derecho Civil y Comercial (trad. del italiano por Santiago Sentís Melendo); T. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 3.

17 Cfr.: GIERKE: Deutsches Privatrecht; T. 1, Allgemeiner Teil und Personerecht, p. 702; citado por - JOSE CASTAN TOBEÑAS: Los derechos de la Personalidad; Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, p. 8.

18 Cfr.: JOAQUIN DIEZ DIAZ: Los Derechos Físicos de la Personalidad. Derecho Sonético; Ed. Santillana, Madrid, 1963, p. 56.

Para Ferrara los derechos de la personalidad son los que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales (19). Otro concepto es el que dá Degni para quien los derechos de la personalidad son aquellos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad (20).

Ya que hemos expuesto distintos conceptos de los derechos de la personalidad podemos apreciar cómo en las definiciones anteriores todos los autores coinciden en que los derechos de la personalidad son aquellos derechos que protegen los atributos esenciales de la naturaleza humana tanto física como espiritualmente hablando.

2. Orígenes y distintas denominaciones.

Si bien es cierto que en Roma no se puede decir que los derechos de la personalidad se reconocieran como tales, en el derecho romano dentro de los actos ilícitos sancionados con pena, se encuentran los derechos de daños y los delitos de lesiones. El daño es la pérdida que sufre un propietario por

19 Cfr. FERRARA: Trattato di Diritto Civile; T. I, p. 369; citado por J. CASTAN TOBEÑAS: op. cit., p. 8.

20 Cfr. DEGNI: Le Persone Fisiche e i Diritti della personalità; Torino, 1939, p.p. 161 y sigs.; - citado por J. CASTAN TOBEÑAS: op. cit., p. 9.

detrimento de una cosa que le pertenece (21), y esta clase de delitos aparecen tipificados en la lex Aquilia que suple a las XII Tablas; dicha ley tiene tres capítulos de los cuales el primero y el tercero se refieren a los daños causados en las cosas, animales y esclavos. Las acciones derivadas de la lex Aquilia podían ejercitarse únicamente si alguien causaba el daño directamente con su cuerpo, y si el daño era causado de un modo distinto, se concedían acciones útiles (22). Asimismo, la acción persecuidora del *damnum iniura datum*, de acuerdo con la lex Aquilia, pertenecía exclusivamente al dueño de la cosa dañada.

El delito de lesiones tenía como base una injuria que en sentido estricto para Juan Iglesias (23) consiste en la ofensa contra la integridad corporal o moral de una persona. La gravedad de la lesión dependía del mismo daño, del lugar en donde se cometía, o bien, de la condición de la persona que la sufría (24), tomando en cuenta que la integridad corporal de una persona libre, así como su libertad, es algo inestimable (25).

De todo lo anterior podemos concluir que en el derecho romano, si bien es cierto que había una protección a la integridad física de las personas por las lesiones ocasionadas por otros, no podía considerarse al hombre como dueño de sus propios miembros (26) ya que dichos miembros -como comenta

21 Cfr. ALVARO D'ORS: Derecho Privado Romano; 5a. ed., Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, - p. 434.

22 Cfr. JUAN IGLESIAS: Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado; 9a. ed., Ed. Aries, Madrid, 1965, p. 501.

23 *Ibid.*, p. 503.

24 *Instit.* 4, 4, 9.

25 D. 9,3,1,5.

26 Cfr. JAVIER HERVADA: Escritos de Derecho Natural; Univ. de Navarra, Pamplona, 1966, p. 209.

Hervada- se consideraban como parte del sujeto de derecho y no cosas u objetos sobre los que pudiera recaer el dominium siendo por ello que las acciones que se referían a las cosas objeto de propiedad, no podían aplicarse respecto de los miembros del cuerpo.

Después del derecho romano donde básicamente habla una protección de tipo penal en contra de los daños a las personas, encontramos al Cristianismo que representa y constituye la mas solemne proclamación de los derechos de la personalidad humana, mediante la idea de una verdadera fraternidad universal y la inviolabilidad de la persona con todas sus prerrogativas (27). En el pensamiento medieval se reconocía implícitamente que en el hombre y no en la entidad paraestatal radicaba el fin del Derecho; es Tomás de Aquino quien crea la conciencia en occidente de que el hombre es un fin en si mismo, como un centro autónomo de intimidad y de vida. Tomás de Aquino señala que lo distintivo de la persona es la facultad de dirigirse a su fin autónomamente y no mediante el sometimiento al poder de otro (28).

Es en el Renacimiento cuando se descubre a la persona humana, esto es, cuando se vió la conveniencia de afirmar la independendencia de la persona y la intangibilidad de los derechos humanos; el hombre es en él y para él un ser aislado y potente. En el siglo XVII Gómez de Amescúa defendió la tesis de que

27 LLANO PEÑA: Derecho Natural; Barcelona, 1947, p. 342; citado por J. DIEZ DIAZ: op. cit., p. 53.

todo hombre, por ley de la naturaleza o por la ley positiva tiene una potestad sobre si mismo (potestas in se ipsum).

Posteriormente, en el mismo siglo XVII, hay una exaltación de los derechos de la personalidad en la doctrina llamada de los Derechos Naturales o Innatos, también llamados como derechos originarios, esenciales, fundamentales y absolutos ya que se trata de derechos connaturales al hombre, propios de su naturaleza, los cuales están unidos a la persona y son preexistentes a su reconocimiento por parte del Estado.

La teoría de los Derechos Naturales o Innatos alcanzó un matiz político y revolucionario, ya que como consecuencia de la Enciclopedia y de los pensadores liberales, hubo un sentimiento de reivindicaciones políticas; así se habla de los derechos del hombre y del ciudadano, derechos que son naturales, inalienables y sagrados del hombre según la Declaración de Derechos adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789. La Asamblea Constituyente hace suya la idea de que estos derechos son derechos naturales, preexistentes al Estado, no creados sino únicamente reconocidos por éste.

Para Díez Díaz, al alcanzar los derechos individuales un matiz político y no encuadrarse dentro del derecho privado, no nos debe extrañar que el movimiento codificador los dejase a un

lado y que el Derecho Civil quedase desprovisto de todo factor espiritual (29).

La Declaración de los Derechos del Hombre nace con un matiz liberal que no reconoce al Derecho Natural; para el liberalismo los derechos del hombre tienen su origen en el Contrato Social (Soberanía Popular) que es el limitante de la actuación del Estado, quien incurriría en un abuso si invadiere las esferas que pertenecen al ciudadano y que éste no ha cedido a la sociedad civil porque no son necesarios para la convivencia social.

Para Castán Tobeñas la escuela histórica y en general el positivismo jurídico del siglo XIX, borró por completo la idea de los llamados derechos innatos u originarios que nacen con la persona y competen al titular por ser persona y en cuanto lo es; lo anterior, unido al matiz político que alcanzó esta teoría, hizo que los pandectistas y civilistas se hayan visto en la necesidad de llevar la idea al derecho privado con otro enfoque, admitiendo la existencia de unos derechos que pueden ejercitarse sobre la propia persona o sus cualidades o atributos, asegurando el goce de nuestros bienes internos, de nuestras energías físicas y espirituales. Es así como se origina una concepción de los derechos de la personalidad como una nueva especie de derechos privados (30).

29 Cfr. J. DIEZ DIAZ: op. cit., p. 54.

30 Cfr. J. CASTAN TOBEÑAS: op. cit., p. 12.

Respecto a las distintas denominaciones que han recibido los derechos de la personalidad, existe una confusa terminología ya que se habla de derechos de la personalidad, derechos a la personalidad, derechos esenciales o fundamentales de la persona, derechos sobre la propia persona, derechos individuales, derechos personales o derechos del Estado, como derechos personalísimos y, por último, como derechos subjetivos esenciales. La denominación que en la actualidad ha sido más socorrida, es la de Derechos de la Personalidad, ya que se trata de derechos que está ligados indisolublemente a la personalidad del hombre; en este sentido Castán Tobeñas precisa la denominación de la siguiente manera:

...Ha de hacerse, no obstante la aclaración de que aquellos derechos son distintos de la personalidad misma. Esta es la abstracta posibilidad de tener derechos, mientras que los derechos de la personalidad son aquellas facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad; por otra parte, se ha de notar que no comprende este calificativo todos los derechos atribuibles a la persona y que dan contenido a la personalidad, sino solo aquellos que constituyen su núcleo fundamental (31).

3. Naturaleza Jurídica, Características y Clasificación.

En lo relativo a la naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, la principal discusión gira en torno al hecho de que si pueden ser concebidos como un poder que el

31 Ibid., p. 15.

hombre ejerza sobre la propia persona, esto es, que la persona tenga por objeto a sí misma (Fuchta, Windscheid). En contra de esta postura se ha argumentado que es imposible admitir la existencia de un derecho sobre la persona propia sin confundir por completo en el mismo individuo las cualidades contradictorias e inconciliables de sujeto y objeto (Savigny). Por su parte Campogrande dice que en realidad no hay confusión sino que el sujeto es todo hombre considerado como unidad física y moral mientras que el objeto consiste en una manifestación determinada de la personalidad humana; como sujeto, el hombre obra con todas sus facultades físicas y morales indistintamente; como objeto, funciona el hombre mismo pero limitándose a una manifestación especial de su personalidad (32).

También se ha dicho que el objeto de los derechos de la personalidad no debe ser buscado en la persona o en partes de ella, sino en los demás conciudadanos que deben respetar la personalidad del individuo. En este sentido Messineo dice que:

...el objeto no es la persona, sino un atributo suyo; y además, es objeto no en cuanto conexo con la persona, sino en cuanto hecho, materia de tutela jurídica, contra abusos o usurpaciones por parte de otros sujetos (33).

Castán Tobeñas (34) y Díez Díaz (35), señalan que el objeto de los derechos de la personalidad, no se encuentran ni

32 Ibid., p. 17.

33 F. MESSINEO: op. cit., T. III, p. 4.

34 Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS: op. cit., p. 18.

35 Cfr. J. DIEZ DÍAZ: op. cit., p. 57.

en la persona misma de su titular ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal, sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre, que el ordenamiento jurídico ha considerado oportuno tener en cuenta e individualizar.

Para Pacheco los derechos de la personalidad pueden ser considerados como derechos subjetivos pero sin que encuadren en el concepto genérico y común de éstos. Así, los derechos de la personalidad son derechos subjetivos entendidos como una facultad, prerrogativa o poder que tiene la persona para exigir lo que le pertenece conforme al derecho objetivo, entendido éste como la norma objetiva natural impresa en la naturaleza humana. Además - continúa Pacheco-, en los derechos de la personalidad no sólo hay una relación jurídica entre el titular del derecho y las demás personas que deben respetar esos bienes de la personalidad, sino que también existe una peculiar situación del titular consigo mismo ya que éste también tiene la obligación de respetarlos en relación con su persona (36).

Con base en las posturas anteriores podemos sostener que al hablar de los derechos de la personalidad, hay que distinguir que por una parte existe una obligación pasiva universal de respetarlos, y por otra, una situación que obliga al sujeto a respetarlos en su persona ya que se trata de derechos subjetivos que derivan de la propia naturaleza humana.

36 Cfr. A. PACHECO ESCOBEDO: op. cit., p.p. 70-71.

Las características de los derechos de la personalidad son los siguientes:

a) Son originarios o innatos: Derivan de la misma cualidad del hombre y no necesitan del concurso de requisitos o formalidades externas para existir, naciendo o extinguiéndose con la persona.

b) Son absolutos: Implican para los terceros un deber general de abstención.

c) Son personales o extrapatrimoniales: Aún cuando no pueden ser valorados pecuniariamente, su infracción lleva aparejada consecuencias de orden material (indemnización por daños y perjuicios).

d) Son inembargables y no susceptibles de cumplimiento o ejecución forzosa.

e) Son irrenunciables: Si bien no cabe la facultad de despreciarlos o destruirlos, ello no es impedimento para que de alguna manera puedan ser objeto de convenciones encaminadas a una cesión relativa de los mismos. Sin embargo, lo que es indisponible o inalienable es la personalidad misma, pero no los derechos especiales que pueden emanar de ella.

f) Son imprescriptibles e inexpropiables por su propia naturaleza.

g) Son internos: Su naturaleza íntima e interna los conduce a una estrechísima dependencia y contacto con el campo de la moral.

h) Por último, se puede decir que los derechos de la personalidad poseen una auténtica prioridad ya que son previos a otro género de derechos.

Los derechos de la personalidad han sido objeto de diversas clasificaciones cuyo contenido en términos generales es básicamente el mismo. En seguida expondremos algunas de las clasificaciones más importantes:

Degni (37) presenta la siguiente clasificación:

1. Derecho a la individualidad del propio ser (derecho al nombre, pseudónimo, título nobiliario)
2. Derecho a la integridad física (derecho al cuerpo, al cadáver).
3. Derecho a la integridad moral (derecho al honor).
4. Derecho a la propia actividad (derecho a la libertad).
5. Derecho a las producciones del ingenio (derecho de autor e inventor).

37 DENI: op. cit., p. 161.

De Cupis (38) proporciona el siguiente cuadro de los derechos de la personalidad.

I. Derecho a la Vida y a la Integridad Física.

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

II. Derecho a la Libertad.

III. Derecho al Honor y a la Reserva.

1. Derecho al honor.
2. Derecho a la reserva (se incluye el derecho a la imagen).
3. Derecho al secreto.

IV. Derecho a la Identidad Personal.

1. Derecho al nombre.
2. Derecho al título.
3. Derecho al signo figurativo.

V. Derecho Moral de Autor e Inventor.

38 DE CUPIS: La persona Humana en el Derecho Privado; en Revista de Derecho Privado; 1957, p. 868.
citado por J. DIEZ DIAZ: op. cit., p. 257.

Por otro lado Martín Ballesteró (39) hace la siguiente clasificación:

I. Derechos a la Individualidad.

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

II. Derechos Relativos a la Existencia Física.

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

III. Derechos Morales.

1. Imagen.
2. Secreto.
3. Honor.
4. Derechos de autor.

39 MARTÍN BALLESTERÓ: La persona Humana y su Contorno; p. 31; citado por J. CASTAÑ TOBEÑAS: op. cit., p. 28.

5. Derechos de familia.
6. Recuerdos familiares y sepulcros.
7. Libertades públicas.

Por último, De Castro (40) los analiza tomando en cuenta los bienes que protegen, denominándolos Bienes de la Personalidad:

I. Bienes Esenciales de la Persona.

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

II. Bienes Sociales e Individuales.

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

III. Bienes Corporales o Psíquicos Secundarios (Salud física y psíquica, sentimientos y estima social).

IV. El Nombre.

40 FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: Temas de Derecho Civil; Ed. Marisal, Madrid, 1972, p. 31.

II. DERECHO A LA VIDA.

El derecho a la vida debe ser considerado como el principal de todos los derechos humanos y el presupuesto que hace posible la existencia de los otros derechos. Diez Díaz considera que la vida es un bien inherente a la persona humana, el don más preciado de la misma, el más esencial y primero de todos los derechos del hombre, de manera que es un derecho previo y básico a los demás derechos (41).

Para Castán Tobeñas entre los derechos esenciales de los derechos de la personalidad el principal es el derecho a la vida ya que ésta es el bien supremo del hombre, sin el cual no cabe la existencia ni el disfrute de los demás bienes (42).

Por su parte Pacheco dice que el bien más importante que puede tener una persona humana es la vida misma, y sin ella, no es posible ni siquiera hablar de otros derechos, el derecho a la vida se presenta como un derecho esencial desde el punto de vista del sujeto y como uno de los pilares básicos, quizá el más importante de todo el orden jurídico (43).

No obstante su importancia, el derecho a la vida no puede considerarse como un derecho ilimitado ya que la vida no es un fin en sí, sino un medio y condición para que el hombre alcance sus fines trascendentales, es por eso que la vida no puede

41 Cfr. J. DIEZ DÍAZ: op. cit., p. 79.

42 Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS: op. cit., p. 34.

43 Cfr. A. PACHECO ESCOBEDO: op. cit., p. 78.

justificarse por sí misma, sino que la vida cobra sentido en cuanto se refiere a un fin superior y supremo siendo esto último la razón por la cual el hombre no puede disponer libremente de su propia vida. Pacheco expone dos razones para fundamentar que el hombre no puede disponer libremente de su vida:

En primer lugar, porque no se la dió, pero sin embargo, no es éste el argumento básico ya que hay otras cosas que tenemos sin habérmolas dado o sin haberlas buscado, y que sin embargo nos pertenecen completamente y podemos disponer de ellas. El sujeto no puede disponer de su propia vida, porque la vida sirve para algo más que vivir, porque el fin trascendente para el cual está llamado el hombre, no está a disposición de éste, sino que el hombre naturalmente tiende a él y vive para alcanzarlo (44).

Continúa diciendo Pacheco que el derecho a la vida tiene dos límites: la pena de muerte y la legítima defensa.

Arámbaro define el derecho a la vida como una facultad natural que tiene el hombre de procurar la conservación de su existencia para atender con ella al cumplimiento de su fin racional. Precisamente porque el derecho a la vida existe en razón del fin racional del hombre, éste tiene sus límites

...No significa ni puede significar el derecho a la vida que el hombre deba sacrificar todo a su conservación, porque entonces de la categoría de medio pasaría a tener la de fin, ni menos puede entenderse por él que el hombre haya de aspirar a evitar la muerte, que es ley de toda existencia (45).

44 Ibid; p.p. 78-79.

45 ARÁMBARO: Filosofía del Derecho II; (Nueva York-Madrid), 1928, p. 136; citado por J. HERVADA: op. cit.; p.p. 222-223.

Lo anterior significa que la vida, como medio necesario para la consecución del fin racional del hombre, debe conservarse en tanto sirva a ese fin, y si el sacrificio le sirve mejor puede llegar a convertirse en un deber, caso en el cual al haber una oposición deberá resolverse sacrificando el bien menor en aras del bien mayor o del bien mas importante.

En términos generales podemos entender que el derecho a la vida se ejercita de dos principales maneras: en condiciones de normalidad en donde se procura destruir cualquier obstáculo para la conservación de la existencia y en condiciones de anormalidad y lucha por medio de la defensa contra toda agresión violenta, injusta y actual.

Castán Tobeñas siguiendo a Mendizábal dice que la vida es una condición para realizar nuestro destino; pero no es por si misma la felicidad. Continúa diciendo que la vida y los miembros del cuerpo no son inviolables de un modo absoluto sino relativo, ya que, si bien no pueden destruirse lícitamente por actos injustos, si pueden ser destruidos por actos justos (46).

Para Puy el derecho a la vida es el derecho que tenemos a conservar nuestra integridad física, nuestro ser sustancial, de modo que podemos cumplir plenamente con nuestro destino. Es el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana, su vida plenaria, su salud

46 J. HERVADA: op. cit., p. 225.

corporal, su ser de hombre, que es el requisito indispensable para poder llegar a ser lo que está llamado a ser, de manera que el ser perfectamente dotado, puede cumplir correctamente su destino, el ser mermado en sus facultades sólo puede ejercer sus funciones imperfectamente y el ser no existente no puede realizar función alguna (47).

Hervada por su parte, afirma que el hombre tiene el ser y la vida para unos fines y encuentra la regla de la moralidad y de su perfección (o realización) personal en la ley natural: 'Dentro de la ley natural está el servicio a la sociedad' limitado por la condición de persona propia del ser humano y la 'naturaleza de la sociedad (48):

Una vez que hemos analizado la importancia del derecho a la vida y algunas limitaciones al mismo, podemos ver como la vida y la integridad física, de la que hablaremos más adelante, son derechos inviolables del individuo y los atentados contra ellas siempre dan lugar a repercusiones penales y civiles; es una necesidad social que se proteja el derecho a la vida siendo por ello necesaria una tutela pública.

Gangi señala que los derechos personales tiene por objetivo el goce de bienes fundamentales a la persona, como la vida y la integridad física; este goce resulta interesante no sólo para los particulares o interesados personalmente, sino

47 Cfr. J. HERVADA: op. cit.; p. 223.

48 Ibid., p. 241.

también para la sociedad y para el Estado. Es por ello que se encuentren protegidos desde dos puntos de vista: el sector jurídico público (leyes penales y administrativas) y el derecho privado (49).

Cuando hay una violación del derecho a la vida se puede exigir una reparación que, dada la naturaleza del bien que se protege, se materializa en una indemnización de daños y perjuicios.

De Castro (50) señala que actualmente puede considerarse firme la doctrina de que la privación de la vida por acto culpable o negligente puede originar la responsabilidad civil por parte del culpable teniéndose en cuenta el daño moral que supone. El perjuicio se le causa a la propia víctima y consiste en acortársele la vida; sin embargo, no es muy claro en doctrina la cuestión de a cuáles personas se le debe pagar la indemnización; para él, la acción correspondería a los herederos (como veremos más adelante el Código Civil para el Distrito Federal sigue esta postura).

Diez Díaz nos explica la postura de Ravà quien considera que a toda persona le asiste el derecho a no sufrir detrimento corporal en virtud de un derecho a la vida. Este derecho además de contar con una tutela penal cuenta con una tutela civil que se manifiesta en varios aspectos:

49 GANGLI: Personne Fisiche et Personne Giuridiche; 1946, p. 156 y sigs., citado por J. DIEZ DIAZ: op. cit., p. 80.

50 F. DE CASTRO Y BRAVO: Temas de Derecho...; p. 11.

1.- Indemnización civil con motivo de experimentar daños valüables;

2.- Paralela indemnización aún en el caso de que el daño que afectase a la vida fuera de naturaleza no patrimonial o moral;

3.- La vigencia del derecho a alimentos como una faceta más de protección a la vida;

4.- Seguro Social de los trabajadores que pierden la vida (51).

De lo anterior podemos ver como no es válido pensar que la indemnización tenga por objeto valorar la vida ya que ésta es invaluable, sino lo que debemos entender es que la vida puede considerarse como un bien con valor propio independiente del patrimonial siendo por esto que la privación de la vida sea causa de una indemnización.

En nuestro país se protege el derecho a la vida tanto en materia penal como en materia civil.

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal regula en el Título Décimo Noveno los Delitos contra la Vida y la Integridad Física en donde se tipifican los delitos de Lesiones, Homicidio, Parricidio, Infanticidio, Aborto y Abandono de Personas. De la lectura de los artículos del 288 al

343 nos damos cuenta cómo nuestra legislación protege a las personas en contra de actos ilícitos que pongan en peligro su vida o integridad corporal. De este modo, tenemos que el delito de lesiones es típicamente un delito que afecta exclusivamente a las personas en su integridad corporal, ya que si el agente realiza dicho delito con la intención de atentar contra la vida del ofendido, se tratará de una tentativa de homicidio.

En lo que se refiere a los delitos de homicidio, parricidio, infanticidio y aborto, constituyen delitos contra la vida ya que en todos ellos se ocasiona la muerte. Por último, en el delito de abandono de persona no se atenta directamente contra la vida o la integridad física de las personas, sino que se trata de un acto ilícito que, aún y cuando no se ocasione ninguna alteración de la salud, ni sobrevenga la muerte, tiene una sanción penal.

En materia civil también existe una protección del derecho a la vida y dentro de las fuentes de obligaciones que contempla el Código Civil para el Distrito Federal se trata el tema de la reparación del daño en caso de lesiones.

Al hablar de la reparación del daño en el caso de pérdida de la vida y de lesiones, como ya habíamos dicho, no debemos entender a la indemnización como un precio que se ponga a la vida o a las partes del cuerpo humano lesionadas, sino que hay

que entenderlas como una indemnización de carácter pecuniario que se debe pagar por la comisión de un acto ilícito y que, según el caso, ayuda a la víctima o a sus herederos a en lo futuro llevar una vida lo más apegada a la que llevaban antes de la comisión del acto ilícito.

En materia de responsabilidad civil en el caso de lesiones, el Código Civil distingue dos casos:

1. Que el daño se cause obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres (artículo 1910).

2. Que el daño se cause obrando lícita o ilícitamente a través de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosos por sí mismos, o bien, por la velocidad que desarrollen, por ser explosivos o flamables, por conducir energía eléctrica o por cualquier causa análoga (artículo 1913).

La reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior (si es posible) o en el pago de daños y perjuicios. En caso de muerte, la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima (artículo 1915). En relación con esto último no estamos de acuerdo, ya que no necesariamente son los herederos los más allegados a la persona que perdió la vida, sino que la

indemnización debería pagarse a aquellas sujetos que han sido afectados en forma directa con la muerte de esa persona.

Finalmente el artículo 1916 habla del daño moral que consiste en la afectación que una persona sufre, entre otras cosas que son irrelevantes para el presente trabajo, en su aspecto físico. Quien haya ocasionado el daño está obligado a pagar una indemnización en dinero independientemente de que se haya causado daño material.

El derecho a la vida no debe considerarse exclusivamente como un deber que tienen las demás personas de respetarla o como una encomienda del Estado para hacerla respetar, sino también como una obligación que tiene la persona para conservarla ya que a través de la vida el hombre cumple con su misión de moralidad y de justicia.

Para Rodríguez Molinero el derecho a la vida es a la vez un deber vital de las personas pudiéndose decir que la vida tiende naturalmente a la vida, el individuo nunca podrá disponer de su propia vida hasta el extremo de atentar contra ella o de aniquilarla y debe buscar todos los medios a su alcance para conservarla; continúa diciendo que el derecho y el deber a la vida de cada individuo no reconoce otros límites que los que dimanen del derecho y deber a la vida de otros seres humanos (52).

52 Voz Vida III, Gran Enciclopedia Rialp; Tomo XXIII, ed. Rialp, Madrid, 1975, p. 514.

Pacheco opina que la vida no le pertenece al sujeto que la posee, éste no puede dejarse morir y moralmente tiene la obligación de poner todos los medios ordinarios para conservarla, entendiendo como medios ordinarios no solo la nutrición, el descanso, etc. sino también medicinas y operaciones con un gran porcentaje de éxito dados los adelantos de la ciencia médica; sin embargo, nadie puede ser obligado desde el punto de vista moral a poner medios extraordinarios para conservar su vida (53).

Para De Castro las facultades de disposición sobre la propia vida quedan muy restringidas, por lo que no está permitido contratar el darse muerte o dejarse matar (54).

Ahora bien, hasta ahora hemos visto como cada persona tiene, podríamos decir, una obligación de vivir; sin embargo, no hay que perder de vista que en ciertos casos es moralmente lícito el ofrecimiento de la vida. Díez Díaz señala que la licitud de poner en peligro la vida es algo cuya calificación debe desplazarse a cada caso en particular para poder sopesar las características y detalles del problema planteado; en este sentido, deben tomarse en cuenta los móviles por los que el riesgo llegó a asumirse y las condiciones particulares del protagonista (55).

53 Cfr. A. PACHECO ESCOBEDO: op. cit., p. 90.

54 Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO: Temas de Derecho..., p. 14.

55 Cfr. J. DIEZ DÍAZ: op. cit., 101.

Con base en lo anterior diremos que el hombre tiene el deber de emplear medios ordinarios y el derecho de utilizar medios extraordinarios para conservar la vida, de tal modo que para que el ofrecimiento de la vida sea justificable hay que tener en cuenta que exista un fin objetivo moralmente lícito, como sería por ejemplo el arriesgar la propia vida por salvar otras vidas humanas en peligro; asimismo, debe existir una proporción razonable entre el bien que se pretende conseguir y la gravedad del riesgo al que hay que exponerse para conseguirlo. De esta manera podemos decir que la obligación de vivir no es absoluta sino que la conservación de la vida está subordinada a las leyes superiores de la moralidad y de la justicia (56).

56 Lo anterior por ningún motivo nos debe llevar a pensar que sea lícito el suicidio, antes al contrario, al privarse el hombre de su propia vida dispone de lo que no es suyo y se priva de un elemento esencial para cumplir con su fin natural.

III. DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA.

Al hablar del derecho a la integridad física lo primero que salta a la vista es la protección penal en donde el Estado, por considerarse una materia del dominio y competencia del derecho público, regula las lesiones y en general los atentados contra la integridad de la persona. Sin embargo, la tutela penal es sólo un aspecto de la protección de la integridad física y por sí misma no es suficiente, sino que al hablar del derecho a la integridad física hay que hacer referencia también a la materia civil y es por esto que la doctrina considera al derecho a la integridad física como un auténtico derecho de la personalidad, derecho subjetivo íntimamente personal que ocasiona que los preceptos penales tengan razón de ser.

Diez Díaz expone claramente las diferencias que existen entre el delito penal y el delito civil:

...1a. El ámbito de los delitos penales es menos amplio que el de los delitos civiles, en razón de su distinta naturaleza. Los delitos penales son actos antijurídicos que, por su mayor gravedad y carácter antisocial, violan el derecho público del Estado, acarreando una sanción punitiva además de la civil. Los delitos civiles son actos antijurídicos que lesionan únicamente derechos subjetivos privados, determinando una simple sanción civil.

2a. El delito civil es una categoría abstracta y genérica que sólo exige la concurrencia de la antijuricidad y culpabilidad, unidas a la

concreción del daño. Los delitos penales constituyen especies fijas y concretas en las que además de la antijuricidad y culpabilidad se añade la punibilidad (57).

El derecho a la integridad física está íntimamente relacionado con el derecho a la vida al que nos referimos en el punto anterior, de manera que lo que hemos dicho respecto a este último, es aplicable también al derecho a la integridad física, esto es, el derecho a la vida incluye el de la integridad física. En seguida haremos algunas precisiones relacionadas con el derecho a la integridad física.

El derecho a la integridad física es un derecho subjetivo, de naturaleza privada y que tiene por objeto cuidar la conservación del físico de las personas para que puedan realizar las funciones necesarias para alcanzar los fines que pretenden.

Diez Díaz lo define como la facultad de rechazar cualesquiera agresiones corporales, estableciendo un deber general de respeto que alcanza validez erga omnes en el sentido de marcar una abstención común de cuantas actividades pudieran devenir perjudiciales al organismo humano (58).

Por nuestra parte consideramos que al igual que sucede con el derecho a la vida, en el derecho a la integridad física no basta con una abstención de los demás hombres para no

57 J. DIEZ DIAZ: op. cit., p. 203-204.

58 Ibid, p. 209.

atentar contra la integridad física de una persona, sino que la propia persona tiene el deber de cuidarse a sí misma y de esta manera evitar ocasionarse un daño.

Mendizábal al hablar de la conservación de la existencia dice que la conservación total del organismo es el asunto del derecho a la integridad física y equivale a mantener la existencia en condiciones de poder utilizarla completamente para la obtención del propio fin, de manera que la necesidad y la utilidad de las distintas partes del cuerpo determinan la menor o mayor importancia del derecho que tenemos sobre cada una de ellas (59).

Puy afirma que la privación de cualquier órgano o miembro supone siempre un impedimento para el logro de los fines humanos, de la perfección del hombre. Esto es más o menos patente dependiendo de la mayor o menor importancia que tengan los miembros u órganos que sean objeto de daño o extirpación (60).

Como podemos apreciar, porque se tiene un derecho a la integridad física se tiene un respeto a cada uno de los miembros y partes del organismo y la persona debe mantener su integridad física para la obtención de sus fines. Lo anterior no significa que hablemos de un derecho absoluto a la integridad física sino que, lo mismo que en el derecho a la

59 MENDIZÁBAL: Elementos de Derecho Natural; 5a. ed., Valencia, 1908, p. 204; citado por J. HERVADA: op. cit., p. 225.

60 PUY: Lecciones de Derecho Natural; p. 403; citado por J. HERVADA: op. cit., p. 229.

vida, habrá ocasiones en que a pesar de que haya algún atentado a la integridad física de una persona, este acto será lícito siempre y cuando se persiga un fin supremo y sea mayor el beneficio que el daño que se cause.

En este sentido Hervada (61), en forma por demás clara y con quien coincidimos, habla de los límites del deber de conservar la vida, la salud y la integridad física. En primer lugar afirma que el hombre tiene el deber de conservar la vida, la salud y la integridad física mediante el uso de medios ordinarios (los medios extraordinarios pueden utilizarse pero no existe un deber); por otra parte, es lícito y en ocasiones obligatorio ponerlas en peligro cuando existan causas proporcionadas y por último, señala que en el caso del derecho a la vida, a la salud y a la integridad física opera el principio de los actos de doble efecto o voluntario indirecto y en el caso de la salud y la integridad física operan además el principio de la totalidad y el de la moderata castigatio corporis; fuera de los tres principios a los que nos hemos referido, no se admiten límites al deber de conservación. En seguida explicaremos cada uno de estos principios.

61 Cfr. J. HERVADA: op. cit., p. 244.

1. Principio voluntario indirecto.- Consiste en que el hombre no puede realizar actos cuyo efecto directo y propio (acto voluntario directo) sea su muerte, enfermedad o mutilación (en los últimos dos casos opera además el principio de totalidad que más adelante explicaremos). Sin embargo, puede realizar actos que refleja e indirectamente (acto voluntario indirecto) pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física.

En el acto voluntario directo hay un propósito específico y querido, mientras que en el acto voluntario indirecto hay dos efectos: uno querido y otro no querido, que es un efecto secundario e indirecto del primero. La diferencia esencial entre una y otra hipótesis es que en el voluntario indirecto el efecto no querido se padece y el efecto querido por el agente persigue un objetivo que para que sea válido debe ser moralmente lícito, esto es, debe consistir en el cumplimiento de los fines naturales del hombre, cumplimiento que puede ser un deber o un acto de amor o solidaridad. Por su parte, en el voluntario directo sólo hay un objetivo específico que en todo caso debe ser moralmente lícito. Así por ejemplo, la muerte en ningún caso puede ser el objeto principal de un acto; sin embargo, si se tiende a los fines propios del hombre mediante actos nobles y heroicos cuya consecución conlleve un peligro para la vida, serán válidos si dichos actos están dentro de la

ley natural; esto es, la vida debe estar encausada a cumplir con unos fines y si una persona muere persiguiendo los fines naturales, ese acto será moralmente válido.

Resumiendo, son cuatro los requisitos para que un acto voluntario indirecto sea lícito:

a) Que la acción sea buena en sí misma o al menos indiferente: Nunca es lícito realizar acciones contrarias al Derecho Natural, aunque se alcanzaran con ello óptimos efectos (el fin no justifica los medios). Para saber si una acción es en sí misma buena o indiferente hay que atender a su objeto, fin y circunstancias.

b) Que el efecto inmediato o primero que se ha de producir sea el bueno y no el malo: No es lícito hacer un mal para que sobrevenga un bien.

c) Que el fin del agente sea honesto, esto es, que el agente busque únicamente el efecto bueno y se limite a permitir el malo.

d) Que el agente tenga causa proporcionada a la gravedad del daño que el efecto malo haya de producir: El efecto es algo materialmente malo y sólo será lícito si existe una causa proporcionada.

2. Principio de Totalidad.- Este principio se aplica a la salud y a la integridad física y consiste primordialmente en que es lícito sacrificar la parte por el bien del todo. El contenido del principio de la totalidad -según Hervada- es el siguiente:

- a) La parte existe para el todo.
- b) El bien de la parte está subordinado al bien del conjunto.
- c) El todo es determinante para la parte.
- d) El todo puede disponer de la parte en su interés o provecho.

Asimismo, el todo físico tiene las siguientes características:

- a) Forma una unidad subsistente en sí.
- b) Cada parte carece de propia subsistencia, pues es parte integrante del todo.
- c) Por consiguiente, la parte está destinada por su propia naturaleza a ser encuadrada en el todo y no tener otra finalidad fuera de él.

De este modo, el hombre es un todo en sí y las partes corporales carecen de propia subsistencia y no tienen finalidad fuera del todo.

En virtud del principio de totalidad es lícita la amputación de miembros cuando es el único remedio para salvar la vida o recobrar la salud.

3. Moderata Castigatio Corporis.- En términos generales consiste en una prudente y transitoria acción nociva sobre el cuerpo en orden a un fin racional y honesto, esto es, a un bien de valor superior al daño producido.

IV. DERECHO SOBRE EL PROPIO CUERPO.

La idea de que el cuerpo humano no puede considerarse como una cosa ha ido evolucionando a lo largo de la historia. Así tenemos que en el antiguo derecho romano si el vencido o condenado en juicio no aceptaba libremente el cumplimiento de la sentencia dictada por un pretor en caso de controversia, se seguía un procedimiento de ejecución para el cual existían dos acciones: la legis actio per pignoris capionem y la legis actio per manus iniunctionem; la primera era utilizada como un medio de ejecución directa sobre los bienes de personas deudoras por

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

tributos, algunos créditos militares y de tipo religioso. Por su parte, la *legios actio per manus iniectionem* era considerada una ejecución personal, de manera que si el condenado en sentencia a realizar una prestación no la cumpliese después de transcurridos treinta días de haber sido dictada la sentencia, podía ser llevado al magistrado quien lo entregaba al acreedor. Después de permanecer en prisión del acreedor durante sesenta días, era expuesto al público con el objeto de ver si alguien lo rescataba; si no ocurría lo anterior, el acreedor podía dar muerte al deudor e incluso partirlo en pedazos si concurrían otros acreedores o venderlo *trans Tiberim*. Lo anterior fue suprimido por la *lex Poetalia* que abolió la prisión por deudas, así como la venta y muerte del deudor. Posteriormente en el derecho pretorio comienzan a presentarse las primeras manifestaciones de ejecución sobre el patrimonio del deudor. Así pues, la ejecución sobre bienes del deudor en lugar de sobre su propia persona, significa la superación de equiparar al cuerpo humano con las cosas.

Por otro lado, como ya hablamos dicho con anterioridad, en el derecho romano no podía considerarse al hombre como dueño de sus miembros, los cuales se tomaban como partes del sujeto de derecho y no cosas u objetos sobre los que pudiera recaer el *dominium*, razón por la cual las acciones que se referían a las

cosas objeto de propiedad, no podían aplicarse respecto de los miembros del cuerpo.

No obstante los principios de derecho romano, la concepción del *ius in se ipsum* originó que se considerara al cuerpo humano como objeto de propiedad, postura que en la actualidad ha sido superada, ya que como señala Gordillo, la propiedad pertenece al campo de los derechos patrimoniales, en él se concibe y para él se configura. En cambio, el cuerpo humano es integrante de la personalidad por lo que no puede llevarse el derecho al propio cuerpo, al terreno de la propiedad (62).

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho sobre el propio cuerpo hay que atender varios aspectos que a continuación analizaremos para posteriormente llegar a una conclusión.

Aún cuando el cuerpo humano ha sido incluido entre las cosas fuera del comercio, en general la doctrina le niega el carácter de cosa, diciéndose que en todo caso debe atenderse a excluir la libre disponibilidad del propio cuerpo.

Castán Tobeñas, al referirse a las facultades de disposición del propio cuerpo, explica cómo el derecho a la vida y a la integridad corporal son irrenunciables y no susceptibles de disposición; afirma que no puede decirse que

62 Cfr. ANTONIO GORDILLO CAÑAS: Trasplantes de Organos: piedad familiar y solidaridad humana; Ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 31.

exista un derecho al suicidio ni un derecho a la autolesión o mutilación consentida. El propio cuerpo es una de las cosas que no están en el comercio de los hombres y por consiguiente, están excluidas de la contratación (63).

El cuerpo humano -como explica Gordillo (64)- no puede reducirse a la condición de cosa sin que con ello se resienta el valor supremo de la personalidad. Asimismo, continúa diciendo, la comerciabilidad o susceptibilidad de tráfico jurídico evoca inevitablemente la idea de la convertibilidad pecuniaria.

De este modo podemos decir que la disposición de órganos y tejidos de seres humanos no puede ser susceptible de valoración económica alguna, esto es, es un derecho de naturaleza extrapatrimonial.

En la legislación mexicana, como vimos en el primer capítulo, el artículo 21 del Reglamento en materia de disposición de órganos y tejidos señala que la disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito. Por nuestra parte creemos que este dispositivo está incompleto ya que se refiere exclusivamente a la disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos, lo que puede interpretarse en el sentido de que tratándose de otros fines, como sería el científico, podría no ser gratuito.

63 Cfr. J. CASTAÑ TOBEÑAS: op. cit., p. 37.

64 Cfr. A. GORDILLO CAÑAS: op. cit., p. 22.

En lo referente a que si el derecho que se ejerce sobre el cuerpo es de naturaleza real o personal, Diez Díaz advierte que un derecho en relación al cuerpo humano adquiere únicamente sentido enfocado como derecho genuinamente personal, claramente opuesto al carácter de los derechos reales (65).

Para Borrell, el cuerpo de una persona viva no puede ser objeto de propiedad como cualquier cosa, aunque la esencia de los derechos dominicales es la misma aún y cuando se aplique sobre aquel (66). Si el hombre -continúa diciendo- tiene facultades sobre uno de sus miembros, sobre su cuerpo, de las características que atribuyen los derechos dominicales, habremos de concluir que tiene el dominio sobre ellos, se consideren o no como res. De igual manera, al aceptar el dominio sobre nuestro propio cuerpo, aparece justificado que percibamos una indemnización por los daños morales que se reciban y por el contrario, si no aceptamos el dominio sobre nuestro propio cuerpo, resulta difícil justificar la indemnización por tal concepto. Por último, Borrell explica cómo de no admitirse el derecho o el dominio sobre nuestro propio cuerpo, surge la dificultad de justificar la propiedad y la comerciabilidad de los productos separados del mismo (67).

Para Gordillo la propiedad pertenece al campo de los derechos patrimoniales, sólo en este campo se concibe y para él se configura; considera que el cuerpo humano es integrante de

65 Cfr. J. DIEZ DÍAZ: op. cit., p. 53.

66 Cfr. ANTONIO BORRÉL MACIÀ: La Persona Humana. Derecho Sobre su Propio Cuerpo Vivo y Muerto; Derecho Sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de Otros Hombres; Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, - p. 25.

67 Ibid, p. 26.

la personalidad, de manera que no puede llevarse el derecho al propio cuerpo al terreno de la propiedad, sin patrimonializar con ello a la personalidad en su dimensión corporal. La naturaleza del derecho sobre el propio cuerpo -dice- es la de los derechos sobre la propia persona y en concreto la de los derechos de la personalidad, por lo que el régimen de la propiedad no es trasplantable al derecho sobre el propio cuerpo (68).

Para Pérez Serrano el derecho a la disposición del propio cuerpo exige la constitución de una nueva categoría jurídica dentro de los derechos de la personalidad. Afirma que la admisión de una potestad nueva implica, paralelamente, la asunción de una responsabilidad; una adecuada libertad se hace acompañar siempre de una severa disciplina interior y unas vigorosas fronteras exteriores (69).

En opinión de Pacheco, en principio, el sujeto no tiene derechos sobre su propio cuerpo. Esta afirmación la precisa diciendo que cuando la disposición del propio cuerpo no llegue a poner en peligro la vida, al menos no en forma directa, no puede negarse el hecho de que el sujeto posea una cierta disposición sobre su propio cuerpo. El bien del cual no puede disponer el sujeto -continúa diciendo- es su propia vida, pudiendo disponer de su cuerpo en tanto que esta disposición no ponga en peligro aquella. De igual manera, el sujeto puede

68 A. GORDILLO CAÑAS: op. cit., p. 31-33.

69 PÉREZ SERRANO: Los Actos de Disposición Sobre el Propio Cuerpo; conferencia del 8 de febrero - de 1945 en La Escuela Social de Madrid, editada en 1946; citado por J. DIEZ DÍAZ: op. cit., - p. 257.

disponer de su cuerpo para las acciones ordinarias en la vida, o en orden a recuperar la salud y en todo aquello que no ponga en peligro su vida (70).

Hervada, al hablar del derecho sobre el cuerpo, señala que la vida, la integridad corporal y la salud, están íntimamente unidas y, no obstante que tengan una relación íntegra, puede hablarse de tres derechos diferentes aunque relacionados. En base a estos derechos encontramos un deber que primariamente es consigo mismo y en última instancia con Dios. Para explicar cómo es que un deber moral, en lugar de originar un deber jurídico dá lugar a un derecho, dice que hay deberes morales que por su objeto (deberes que pertenecen a la intimidad de la persona), lo que originan ante el ordenamiento es un derecho y no un deber; a este tipo de derecho corresponde el deber de la sociedad de protegerlos, fomentarlos y ayudarlos (71).

Continúa diciendo Hervada que para entender la naturaleza de estos derechos es necesario recurrir a dos aspectos propios del hombre: su condición de persona y su modo de inserción en la sociedad. Ser persona es un modo de ser superior, el más alto en los grados de participación en el ser. En la persona hay dos rasgos: La persona posee el dominio (hablando filosófica y no jurídicamente) sobre su propio ser y que la persona es fin en sí misma.

70 Cfr. A. PACHECO ESCOBEDO: op. cit., p.p. 93-94.

71 Cfr. J. HERVADA: op. cit., p. 234.

El hombre depende en su conducta de una ley superior, la ley natural que le lleva a la plenitud o perfeccionamiento, ya que el hombre es finito y depende ontológicamente de Dios; no obstante esta dependencia, el hombre es realmente libre, en el plano ontológico domina su actividad y en el plano moral la ley natural es la que se cumple mediante la libertad.

Teniendo en cuenta las bases anteriores Hervada pasa a analizar el tema que había sido planteado por los moralistas quienes consideraban que el hombre no tenía dominio sobre sus propios miembros. Para Hervada la expresión de los moralistas "homo non est dominus membrorum suorum" significa que, en el plano moral, el hombre no es un ser absoluto dejando a su libre arbitrio como único criterio del bien y del mal, es decir, implica dos aspectos, por un lado, un principio de finalidad y por el otro la existencia de la ley natural que incide en la vida, en la salud y en la integridad física, bienes que no están dejados a la arbitrariedad del hombre ni a su libre disposición. El dominio es para unos fines y conforme a unas reglas.

El citado autor nos explica el principio de finalidad diciendo que el hombre ha sido creado con unos fines intrínsecos a su ser cuya consecución representa la perfección del hombre, tender a conseguir esos fines es exigencia de la naturaleza humana. En este sentido, el hombre es un

ser-para-unos-fines y esto implica que la vida, la salud y la integridad física se tienen para unos fines, y en tanto son y constituyen el acto de ser del hombre, se ordenan al fin supremo y subordinadamente a los fines particulares del ser mismo del hombre. Así debe considerarse al hombre como dueño de sí sin perder de vista que tales bienes los posee en orden a unos fines y debe usarlos conforme a la ley natural, entendiéndola a esta última como la regla de la actividad humana, que ordena al hombre hacia su deber ser, hacia el fin supremo y hacia los fines particulares intrínsecos de la naturaleza humana.

Las ideas anteriores deben unirse a la consideración de la sociabilidad del hombre. El hombre es por naturaleza social sin que por ello debe entenderse que es una parte del todo social ni que es un medio para los otros, ya que lo anterior nos llevaría al totalitarismo. Así pues, considerando que el hombre es por naturaleza social sin que por ello sea puro medio ni simple parte del todo social, tenemos que el hombre está al servicio de los demás y es parte de la sociedad. El criterio que debe seguirse -según Hervada- para determinar la inserción del hombre en el todo social es, por una parte, considerar los fines a los que está destinado y la ley natural como medida de la tendencia a dichos fines, y por otra, la autonomía de la persona. Estos dos aspectos son las coordenadas que en cada

situación concreta, señalarán el ámbito de los derechos y el deber de servir a la colectividad.

Finalmente concluye Hervada afirmando que el derecho que tiene el hombre sobre su vida, su salud y sus miembros, no es un derecho de propiedad, sino de otro tipo: un derecho natural y fundamental a existir y a conservar íntegras sus facultades, el derecho a ser y vivir. La disposición sobre el propio cuerpo y sobre sus facultades no es absoluta. El hombre tiene el ser y la vida para unos fines y encuentra la regla de la moralidad y de su perfección personal en la ley natural. Dentro de la ley natural está el servicio a la sociedad limitado por la condición de persona propia del ser humano y la naturaleza de la sociedad.

Hasta ahora nos hemos referido básicamente al derecho que tiene el hombre sobre su propio cuerpo considerándolo como un todo, en las próximas líneas nos referiremos en particular al derecho que se tiene sobre las partes separadas del cuerpo.

Como brevemente apuntábamos con anterioridad (72) para Borrell si no se consideraba el derecho al dominio sobre nuestro propio cuerpo, surgía la dificultad de justificar la propiedad y comercialidad de los productos separados del mismo como pudieran ser el cabello, las uñas, los dientes, etc.

72 Ver not. 67.

Castán Tobeñas nos explica como casi existe unanimidad entre los autores para admitir el derecho a la disposición de partes separadas del cuerpo. Algunos consideran que en virtud de la separación, esas partes del cuerpo dejan de formar parte del mismo y se convierten en cosas en sentido jurídico que pueden ser objeto de propiedad y de tráfico. Sin embargo -opina Castán- estas afirmaciones son demasiado absolutas; la propiedad y la comercialidad de las partes separadas del cuerpo solo pueden tener lugar en tanto que la ley y las buenas costumbres no se opongan (73).

Badenes Gasset trata en particular distinto productos corporales y piezas separadas. Para él, no puede hablarse en forma genérica sobre la moralidad de disponer sobre partes separadas del cuerpo, sino que debe atenderse al caso concreto. Para el citado autor no existe inconveniente para que sean objeto del comercio productos orgánicos humanos como el cabello, por ejemplo, ya que al estar separados del cuerpo que los contenía, forman verdaderos objetos de derechos independientes de aquél (74). En particular, Badenes Gasset trata el caso del tráfico de esperma, considerándolo como acto ilícito por las propias características de este producto orgánico (75). Por último, se refiere a las piezas separadas del cuerpo que, según él, merecen un tratamiento distinto al de los productos orgánicos, ya que si en algunas ocasiones pueden

73 Cfr. J. CASTÁN TOBEÑAS: op. cit., p. 39.

74 Cfr. RAMÓN BADENES GASSET: Los Derechos del Hombre sobre el Propio Cuerpo; Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958, p. 16.

75 Ibid.

considerarse dentro del comercio jurídico (uñas, dientes, etc.), en otras podrán ser objeto de apropiación sólo en ciertos casos y para ciertos fines (experimentos científicos, preparaciones de museo, etc.).

Para Gangi el derecho de disposición sobre las partes separadas del cuerpo deriva del derecho personal de disposición del mismo, adoptando otra naturaleza, ya que por el hecho mismo de la separación, esas partes corporales han devenido en cosas, objetos capaces de derecho real; propiedad que surge como una transformación del primitivo derecho de disposición existente sobre todo el cuerpo (76).

De Cupis reconoce que las transformaciones externas del cuerpo del hombre quedan fuera de la íntima tutela personal de modo que las partes deben considerarse cosas a pesar de que posean cierto origen, sello o huella personal. Asimismo, afirma que con la separación la parte cesa de estar recogida en el elemento corpóreo que integraba uno de los derechos de la personalidad; la propiedad de dichas partes pasa a atribuirse al individuo que las sustentaba (77).

Para mayor abundamiento del tema que estamos tratando en este apartado, agregaremos algunas manifestaciones que ha hecho la Iglesia Católica que se relacionan con el mismo. Su Santidad Pío XII en la encíclica *Casti Connubii* señala que los

76 GANGI: op. cit.; citado por J. DIEZ DIAZ: op. cit., p. 266.

77 DE CUPIS: op. cit., p. 868; citado por J. DIEZ DIAZ: op. cit., p. 267.

mismos hombres privados no tienen otro dominio en los miembros de su cuerpo que el que pertenece a sus fines naturales, y no pueden consiguientemente, destruirlos, mutilarlos o por cualquier otro medio inutilizarlos para dichas funciones naturales, a no ser cuando no se pueda proveer de otra manera al bien de todo el cuerpo. En un discurso dirigido a los médicos del I Congreso de Hispatología del Sistema Nervioso el 13 de septiembre de 1953, el mismo Pío XII manifestó que el paciente y en general el individuo, no es dueño absoluto de sí mismo ni de su cuerpo ni de su espíritu. No puede por lo tanto disponer de sí mismo como le plazca, y los mismos motivos por los que obra, no llegan por sí solos a convertirse en suficientes o determinantes. El hombre posee únicamente un derecho de "uso" siempre limitado por la finalidad natural de sus funciones. Precisamente por ser usufructuario, y no propietario, carece de un poder ilimitado para cometer actos de destrucción o de mutilación de carácter anatómico o funcional.

Para concluir este apartado y tomando en cuenta algunas de las opiniones que se han expuesto, podemos decir que al hablar del derecho que tienen los hombres sobre su cuerpo hay que distinguir dos aspectos: El derecho que tiene el hombre sobre su propio cuerpo entendido éste como una unidad y el derecho que tiene el hombre sobre partes separadas de su cuerpo.

En relación con el primer asunto, hay que tener presente que el cuerpo humano no puede recibir el tratamiento de una cosa, ya que sería ir en contra de la dignidad que encierra el concepto de persona. El cuerpo debe ser entendido como una unidad, como parte integrante de la persona y por ende, no puede ser objeto de propiedad y menos aún, ser objeto de comercio. Asimismo, el derecho que se tiene sobre el propio cuerpo no es absoluto sino que debe ser dirigido en orden a que la persona humana cumpla con los fines que le son naturales y que sean acordes con la ley natural.

En lo referente a los derechos sobre las partes separadas del cuerpo podemos decir que éstas, por el hecho de estar desmembradas del cuerpo podrán ser objeto de propiedad en virtud de que las partes separadas del cuerpo al dejar de formar parte de él, ya no cumplen con sus y adoptan una naturaleza distinta. Así pues, las partes separadas del cuerpo pueden considerarse como cosas y pueden ser objeto de propiedad que corresponderá al sujeto que las sustentaba por ser algo que formaba parte de él. Sin embargo, el derecho que se tiene sobre las partes separadas del cuerpo no es absoluto sino que debemos puntualizar en el sentido de que esta facultad de disposición tiene la limitación de que no puede ir en contra de la ley ni de la moral. Además, no hay que perder de vista que las partes separadas del cuerpo deben utilizarse para fines honestos, esto

es, no por el hecho de que puedan ser objeto de propiedad queremos decir que sean susceptibles de tráfico comercial.

V. DERECHO SOBRE EL CADAVER.

A lo largo de la historia del hombre podemos ver cómo en distintas culturas se manifiesta la presencia de una veneración al cadáver y cómo el hombre se ha comportado frente a los restos humanos de manera especial.

A continuación trataremos de determinar la naturaleza jurídica del derecho que se tiene sobre el cadáver y las posibilidades para disponer de él.

La muerte supone la extinción de la personalidad, es un hecho jurídico por el cual el hombre deja de ser sujeto de derechos y obligaciones, deja de ser persona. No obstante lo anterior, el cuerpo de la persona que ha muerto no puede ser considerado como una cosa sino que merece un trato y protección especial por lo que ese cuerpo representó mientras vivía la persona.

A cerca de la condición jurídica del cadáver existen opiniones muy diversas aunque la gran mayoría de los autores sostienen la extracomerciable del cadáver.

Para Ennecerus -citado por Castán Tobeñas- aún cuando se considera que el cadáver no es cosa que pertenezca en propiedad al heredero, ni sea susceptible de apropiación, admite que en primer lugar el cónyuge y después los parientes próximos, tienen derecho a velar por el muerto considerándolo como un derecho de familia, cuyo contenido consiste en disponer del cadáver con el fin de hacerle un entierro adecuado. Por otro lado -añade-, deben considerarse admisibles de un modo casi general los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo para fines científicos, ya que un contrato oneroso, de acuerdo con la opinión dominante, habría considerarse nulo como contrario a las buenas costumbres (78).

Fadda y Bensa consideran que no se puede ostentar un derecho de propiedad sobre el cadáver ya que esto sería ir en contra de principios de orden público, sanidad pública y de moral social; el destino normal del cadáver es el de ser dejado a la paz del sepulcro de acuerdo a la ley que haya fijado el Estado, siendo este destino incompatible con el de la comerciabilidad del cadáver. Lo anterior no obsta para que el hombre tenga una facultad para disponer del propio cadáver en los límites de su propio destino, la cual, puede pasar a los herederos o parientes moralmente gravados con la carga de darle sepultura en el caso de que el difunto no haya dispuesto nada. Una persona puede, inclusive, privar a su cadáver del destino

78 J. CASTÁN TOBEÑAS: op. cit., p. 40.

normal y consagrarlo a fines científicos o humanitarios; pero fuera de él nadie que no sea la autoridad pública puede sustraer el cadáver su destino natural (79).

Para De Cupis el cadáver es una res extra commercium, no pudiendo ser objeto de derechos patrimoniales porque a pesar del cambio fundamental operado en su sustancia y función, se constituye en conservador de la huella humana y residuo efectivo de un ser viviente; su comerciabilidad estaría en contraste con el significado de la dignidad humana. El cadáver es objeto de un derecho privado no patrimonial, deducido de la costumbre y que implica la facultad de precisar la manera de proveer a su normal destino. En la concepción de De Cupis -comenta Gordillo- el derecho que recae sobre el cadáver es un derecho de naturaleza especial y susceptible de diferenciarse según se trate del derecho del individuo para disponer sobre su propio cadáver o del poder de los familiares sobre el cadáver del fallecido. En este sentido se considera que el derecho de la persona para disponer de su propio cadáver puede considerarse como una derivación post mortem del derecho de la persona sobre su propio cuerpo, es decir, así como se reconoce al hombre la facultad para disponer de sus bienes para después de su fallecimiento, debe reconocérsele la facultad y la libertad para disponer sobre su propio cadáver siempre y cuando no sea ilícito o contrario a la moral (80).

79 PADDÀ Y BENA: Notas al Diritto delle Pandette de Wincheid; T. IV, 1930, p.p. 136-151; citado por J. CASTAN TOBÉNAS: op. cit., p. 41.

80 Cfr. A. GORDILLO CAÑAS: op. cit., p. 34.

Por otro lado, las personas que pueden disponer del cadáver de un fallecido, según dice Gordillo, no necesariamente son los herederos sino que quienes pueden llegar a tener esta facultad son los familiares; no se trata ni de un derecho de naturaleza real, ni de un derecho, propiamente hablando, de la personalidad. Es a los familiares a quienes debe reconocérseles un interés protegible y propio sobre el cadáver ajeno, se trata de un derecho de contenido muy limitado (ordenar la forma y modo de la sepultura y excluir cualquier actuación sobre el cadáver lesiva a la dignidad de éste y de los sentimientos de los familiares) fundamentado en la piedad familiar, esto es, se trata de un derecho de carácter personal y con encuadramiento específicamente familiar (81).

Para Castán Tobeñas el cadáver no es susceptible de apropiación ni de comercio, sino que es una res extra commercium sujeta a normas de interés público y social.

Finalmente, Pacheco explica cómo a pesar de que el cadáver ya no es persona, no se le puede clasificar jurídicamente como una cosa o por lo menos no debe sujetársele al régimen de las demás cosas ya que ninguna de ellas ha sido antes persona. Es por esto que el cadáver debe tener un régimen especial en virtud de la dignidad de la persona a la que perteneció y cuya forma y apariencia sigue conservando. Asimismo, aún cuando no puede decirse que la persona sea

81 Ibid, p. 36.

propietaria de su propio cuerpo, se considera que el sujeto puede disponer de su propio cadáver, no ejerciendo un derecho de propiedad sino por las consideraciones de respeto que debe merecer su misma condición de persona (82).

Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que la capacidad jurídica de las personas físicas se pierde por la muerte. Por otro lado, el artículo 336 de la Ley General de Salud dispone que los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y que siempre serán tratados con respeto y consideración.

La Suprema Corte de Justicia ha emitido en relación con el tema que nos ocupa, dos tesis que a continuación transcribimos:

El derecho a la disposición del cadáver es de carácter familiar, que se desplaza del orden común de las relaciones jurídicas para constituir un derecho sui generis, cuyo contenido es de carácter moral y afectivo, y que compete a los parientes que por lazos de estimación, afecto, respeto y piedad, estén más vinculados con el difunto y tales vínculos no pueden ser otros, más fuertes, que los establecidos, naturalmente entre madre e hijo, a más de que, en justa correspondencia a las obligaciones y deberes que a los padres impone la patria potestad (como es el derecho de guarda que implica el deber de velar sobre el cuerpo y la memoria del hijo después de su muerte, y de regular las exequias y sepultura de éste) se encuentra la obligación del hijo (artículo 411 del Código Civil) de honrar y respetar a sus padres, cualquiera que se la edad y condición de aquél, y

82 A. PACHECO ESCOBEDO: op. cit., p. 118.

esa obligación de honrar y respetar a los padres debe entenderse que se prolonga aún después de que éstos mueran; obligación que solo se puede cumplir cabalmente reconociendo al hijo el derecho (a falta de disposición expresa del difunto) de escoger el lugar en que ha de ser sepultado su progenitor, pues sólo así puede cumplir con esa obligación y, correlativamente, ejercitar el derecho, cuya exteriorización es una suerte de tutela sobre el destino de mejor conservación de los mismos, y especialmente destinada a perpetuar su memoria y mantenerla viva en el seno de la familia y de la sociedad.

Amparo directo 2435/70, María del Carmen Mendoza Vargas.- 29 de octubre de 1970.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Ernesto Solís López.- Séptima época, Volumen 22, 4a. parte, página 35.

La doctrina es unánime al sostener que el cadáver es extracomercial y no puede ser objeto del derecho de propiedad, esto es, que no es cosa que pertenezca en propiedad al heredero, no puede ser susceptible de apropiación, debido a que los más elementales principios de orden público, de sanidad pública, de moral social, están en directa oposición con el concepto de una propiedad sobre el cadáver, pues el destino normal del cadáver humano, según la conciencia general, es el de ser dejado a la paz del sepulcro, bajo aquella forma que la ley del Estado haya fijado y este destino es absolutamente incompatible con el concepto de comerciabilidad del cadáver. De un modo casi general, deben considerarse admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo para fines científicos; en cambio de acuerdo con la opinión dominante, un contrato oneroso de semejante contenido habría considerarse nulo, como contrario a las buenas costumbres. Las disposiciones de última voluntad sobre el cadáver (entierro, incineración, etc.) se deben considerar válidas en concepto de modos o disposiciones sobre ejecución del testamento. Los negocios jurídicos de los parientes o de los terceros sobre el cadáver, que no se refieran al funeral, a la autopsia o a cosas parecidas, se deben considerar en general, como nulos en concepto de inmorales en virtud de que la

personalidad del hombre exige respeto aún después de la muerte.

Amparo directo 2435/70, María del Carmen Mendoza Vargas.- 29 de octubre de 1970.- Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Ernesto Solís López.- Séptima época, Volumen 22 4a. parte, página 49.

Visto lo anterior podemos decir que el cadáver ya no puede ser considerado como una persona, toda vez que ésta se ha extinguido; por otro lado, tampoco lo podemos considerar como a una cosa ya que ninguna otra cosa ha sido persona antes. De este modo, sostenemos que el cadáver merece un trato especial por lo que ese cuerpo representó mientras vivía la persona y cuya apariencia sigue conservando, es por ello que debe tratársele con dignidad y respeto. Asimismo, el cadáver debe ser considerado como una res extra commercium, esto es, no puede ser objeto de propiedad y el derecho que se tiene sobre el mismo es un derecho de carácter no patrimonial.

Este derecho sui generis que se tiene sobre el cadáver puede considerarse en dos aspectos: como una facultad que se tiene para disponer del propio cuerpo para después de la muerte y como una facultad que tiene un tercero para disponer del cadáver. En referencia al primer aspecto es innegable el derecho que se tiene para disponer del propio cuerpo para después de la muerte, y para fundamentar esto podemos decir en primer lugar que, así como una persona puede disponer de sus bienes para después de su muerte, con más razón podrá disponer

de aquello que le sea más personal, su cadáver; y, en segundo lugar, diremos que si una persona estando en vida puede disponer de su cuerpo, más aún lo podrá hacer con respecto a su cadáver en donde su persona ya se habrá extinguido. Cabe hacer la advertencia de que este derecho que se tiene sobre el cadáver no es ilimitado o absoluto sino que en todo momento la disposición debe hacerse sin contravenir los preceptos legales y los principios morales.

Ahora bien, si una persona no dispuso la manera en que se debía proceder en relación con su cadáver, hay dos posturas: La primera considera que quienes tendrán este derecho de disposición serán los familiares más allegados que podrán coincidir o no con los herederos ya que son los interesados en que se vigile por la dignidad y decoro con quien en vida tuvieron un parentesco. La segunda postura considera que si una persona no dispuso nada sobre su cadáver, a quien corresponde esta facultad es a la autoridad pública ya que involucra aspectos de interés público.

Por nuestra parte diremos que si una persona no dispuso la manera en que debía procederse en relación con su cadáver, la facultad para disponer de él corresponde al Estado por existir un interés público de por medio. Consideramos que en nuestros días, dados los avances de la medicina, se deben utilizar todos los medios al alcance para conservar una vida o

la salud del mayor número posible de personas, para nosotros es injusto el hecho de que órganos y tejidos provenientes de cadáveres que pueden salvar la vida o mejorar la salud de una persona, se dejen de aprovechar porque los familiares del fallecido, que no tienen ningún derecho sobre el cadáver, se opongan.

C A P I T U L O I V .

TRASPLANTES DE ORGANOS EN SERES HUMANOS.

En nuestros días, gracias a los adelantos de la medicina, el tema de los trasplantes de órganos en seres humanos ha adquirido gran importancia y ha sido estudiado desde diversos puntos de vista como son el legal, ético, médico y social. Estos avances han ocasionado que tanto el pensamiento jurídico como el moral se refieran a cuestiones que hasta el presente siglo no habían sido contempladas y menos aún tratadas. Es por ello que surge la necesidad de que el Derecho Positivo ante una nueva realidad, deba cuidar que no se cometan actos que sean contrarios al Derecho Natural y atenten contra los derechos de la personalidad a los que nos referimos en el capítulo anterior.

Ante una nueva realidad que ha superado al ordenamiento jurídico, surge la necesidad de elaborar un sistema que sienta las bases y fije las condiciones para poder efectuar trasplantes de órganos y tejidos provenientes de seres humanos vivos y de cadáveres. En el presente capítulo trataremos de proponer ese sistema, y para ello lo hemos dividido en dos

partes, la primera relativa a los trasplantes de órganos y tejidos provenientes de seres humanos vivos y la segunda relativa a los trasplantes de órganos y tejidos extraídos de cadáveres.

I. Trasplantes de Órganos y Tejidos Extraídos de Seres Humanos Vivos.

Al efectuar un análisis sobre los trasplantes de órganos y tejidos extraídos de seres humanos vivos debemos considerar varios aspectos:

- 1.- El órgano que se va a trasplantar;
- 2.- La persona a la que va a extraérsele el órgano;
- 3.- La persona receptora del órgano; y,
- 4.- La relación existente entre donante y receptor.

A. Órgano Objeto del Trasplante.

Antes de pasar a tratar el tema que nos ocupa en este inciso consideramos oportuno hacer una precisión terminológica en relación con las palabras órgano y tejido. Para el Diccionario de la Lengua Española, órgano es "cualquiera de

las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función" (83). Por otro lado, la palabra tejido significa "cada uno de los diversos agregados de células de la misma naturaleza, diferenciadas de un modo determinado, ordenadas regularmente y que desempeñan en conjunto una determinada función" (84).

La Ley General de Salud en el artículo 314 define al órgano como "Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico" mientras que el tejido lo define como "Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función".

Una vez hechas las precisiones de terminología y en relación con los órganos objeto de trasplantes podemos decir que no pueden ser objeto de extracción aquellos órganos que sean vitales, o bien, que al ser extraídos pongan en grave peligro la vida del donante o tengan como consecuencia que el donante, en lo futuro tenga que llevar una vida que no le permita realizar sus funciones normales y cumplir con sus fines. Fuera de los casos anteriores será posible extraer órganos de personas vivas para ser trasplantados en otra persona, sustentando lo anterior en el principio de totalidad al que nos referimos en el capítulo anterior.

83 Voz Órgano; Diccionario de la Lengua Española: Real Academia Española; Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970, p. 948.

84 Voz Tejido; Diccionario de la Lengua Española: Real Academia Española; Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970, p. 1249.

En este sentido el segundo párrafo del artículo 322 de la Ley General de Salud dispone:

Queda prohibido realizar el trasplante de un órgano único esencial para la conservación de la vida y no regenerable, de un cuerpo humano vivo a otro cuerpo humano vivo.

B. El Donante.

El tema de los trasplantes de órganos en relación con la persona del donante involucra el derecho a la vida, a la integridad física y a la disposición sobre el propio cuerpo derechos de la personalidad que tratamos en el capítulo anterior. Como explicamos, en relación a estos derechos no sólo existe la obligación de los terceros de respetarlos, sino que además la persona tiene por una parte el deber de conservarlos mediante el uso de medios ordinarios y, por otra parte, es lícito ponerlos en peligro cuando exista una causa proporcionada en donde sea mayor el beneficio que el daño que se cause.

De igual modo señalamos que en el caso del derecho a la vida y a la integridad física los límites en el ejercicio de éstos eran el principio voluntario indirecto y para el derecho a la integridad física, era aplicable además el principio de totalidad.

También explicamos cómo el derecho que tiene una persona sobre su propio cuerpo es un derecho de tipo personal y por ende no se puede hablar de un derecho de propiedad; afirmamos que el derecho que tiene una persona sobre su cuerpo no es absoluto sino que tiene limitaciones tendientes a que el hombre cumpla con los fines que le son naturales y que estén de acuerdo a la ley natural.

Trasladado el planteamiento anterior al tema de los trasplantes de órganos habremos de decir que:

1) El principio de totalidad no puede ser aplicado en el caso de los trasplantes de órganos ya que no se puede hablar del sacrificio de una parte por el bien del todo, sino que en los trasplantes de órganos, si bien existe un sacrificio en la persona del donante, el beneficio no lo recibe él sino quien lo recibe es el receptor.

2) En relación al principio voluntario indirecto señalamos que eran cuatro los requisitos para que un acto voluntario indirecto fuera lícito:

a. Que la acción fuera buena en sí misma;

b. Que el efecto primero que se produjere fuera el bueno;

c. Que el fin del agente fuera honesto; y,

d. Que el agente tuviera una causa proporcionada a la gravedad del daño que el efecto malo hubiere de producir.

Como podemos advertir, en el tema de trasplantes de órganos, el problema se presenta en relación con el segundo requisito ya que el efecto primero de un trasplante de órgano es la extracción del mismo, extracción que origina un daño en el donante y el beneficio viene en segundo término, cuando el órgano es trasplantado. Sin embargo, debemos considerar que la mutilación de un órgano es lícita cuando hay razones suficientes -objeto, fin y circunstancias- que la justifiquen; así como la extracción de un órgano es lícita cuando se pretende salvar la vida o mejorar la salud de una persona, cuando exista una causa que justifique la extracción del órgano, ésta ya no sería ilícita. En este mismo sentido, no hay que perder de vista que aún cuando el daño se causa en un principio, en nuestros días no es difícil pronosticar el éxito de la intervención, sobre todo si tomamos en cuenta que existe la obligación de que antes de efectuar el trasplante se deben hacer todos los estudios necesarios para verificar la compatibilidad entre donante y receptor y asegurar el éxito del trasplante.

Finalmente señalaremos que para Hervada se deben reunir cinco requisitos para que un trasplante sea lícito:

1) Que no haya simple traslado de daño, esto es, que no se restablezca la integridad corporal de una persona a cambio de que otra persona quedara mutilada (ejemplo: trasplantar un riñón de una persona sana a otra que ya cuenta con uno);

2) Que el donante después de la extracción del órgano pueda llevar una vida prácticamente normal;

3) Que sea necesario para la salud del receptor o de suma utilidad para su desenvolvimiento;

4) Que sea imposible acudir a otros medios; y,

5) Que no sea un acto de venta sino de solidaridad (85).

De lo anterior podemos concluir que la donación de órganos y tejidos entre personas vivas sólo procede para fines terapéuticos y no para fines científicos.

En relación con el consentimiento del donante podemos decir que éste debe manifestarse de una manera indubitable y con plena libertad; además, para una mayor seguridad, el consentimiento debe constar por escrito en un documento idóneo, teniendo el donante la facultad de revocarlo en cualquier momento sin que exista una responsabilidad para él.

85 Cfr. J. HERVADA: op. cit., p. 276.

La Ley General de Salud toma estos principios que acabamos de señalar en su artículo 324 donde dispone que

"Para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere del consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables... El disponente originario podrá revocar el consentimiento en cualquier momento y sin responsabilidad de su parte".

Asimismo, hay que tomar en cuenta que dada la naturaleza de los derechos de la personalidad a los que nos hemos referido, el consentimiento sólo puede ser expresado por el donante, de manera que aquellas personas que sean incapaces o que por cualquier razón no puedan otorgar libremente su consentimiento no podrán ser donantes.

Así, la Ley General de Salud en el artículo 326 establece:

No será válido el consentimiento otorgado por:
I. Menores de edad;
II. Incapaces, o
III. Personas que por cualquier circunstancia no puedan expresarlo libremente.

Por otro lado, las mujeres embarazadas sólo podrán otorgar su consentimiento para la toma de tejidos con fines terapéuticos cuando el receptor estuviere en peligro de muerte y que no implique riesgo para la salud de la mujer o el

producto de la concepción (Art. 327). Finalmente, el artículo 328 permite a las personas privadas de la libertad otorgar su consentimiento para donar órganos únicamente en el caso de que el receptor sea su cónyuge, concubinario, concubina o familiar del disponente originario.

No podemos terminar este apartado sin mencionar que en los trasplantes de órganos el ánimo de lucro debe excluirse por completo ya que, como referimos con anterioridad, el cuerpo humano no puede ser objeto de comercio y los derechos que recaen sobre el mismo son de carácter extrapatrimonial; decir lo contrario sería tratar de dejar a un lado la dignidad de la persona. Con lo anterior no queremos decir que el donante sea necesariamente quien soporte los gastos de la extracción de los órganos, sería injusto para él ya que, además de haber sufrido la extracción del órgano, todavía tendría que absorber los gastos que se ocasionaran. Para evitar esto, consideramos que es perfectamente válido y no presenta ningún inconveniente que el receptor cubra los gastos derivados de la extracción del órgano.

El artículo 21 del Reglamento establece:

La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito.

Como ya habíamos apuntado, consideramos que la redacción de este artículo es deficiente ya que podría interpretarse que si se persiguiera un fin distinto al terapéutico, por ejemplo el científico, podría disponerse de los órganos y tejidos a título oneroso. La exclusión de la onerosidad debe de ser tajante incluso tratándose de los trasplantes de órganos extraídos de cadáveres, es por ello que la redacción de este artículo sería más afortunada si se suprimieran las palabras "para fines terapéuticos".

Para terminar este inciso agregaremos que, en nuestra opinión, es necesario que en la ley se contemple la posibilidad de que el donante pueda pedir una indemnización en caso de que se le ocasione un daño que no estuviere previsto en la intervención quirúrgica, como podría ser el caso de que muriera o que los daños que se le causaron le impidieran seguir realizando la actividad o profesión que desempeñaba hasta antes de que se le extrayera el órgano. Ahora bien, en relación con esto último, debe tenerse cuidado para evitar que la indemnización sea un medio para simular el pago de una contraprestación por la obtención del órgano.

C. El Receptor.

Al hablar del derecho a la vida dijimos que éste no sólo debía considerarse como un deber que tenían las demás personas de respetarla, sino que el derecho a la vida debe ser entendido también como una obligación que tiene la persona para conservarla. Así, vimos cómo algunos autores sostienen que el hombre tiene moralmente la obligación de poner todos los medios ordinarios para salvar su vida y que, sin embargo, nadie podía ser obligado a utilizar medios extraordinarios para conservarla.

Al estar estudiando el tema de los trasplantes de órganos debemos atender básicamente a un problema: un trasplante de órgano debe ser considerado como un medio ordinario de conservar la vida o como un medio extraordinario.

Consideramos que este problema no tiene una solución absoluta que pueda ser aplicada por igual a todos los casos ya que, lo que pueda ser considerado hoy como un medio extraordinario, el día de mañana, dada la rapidez de los avances médicos, puede ser considerado como un medio ordinario.

En otro orden de ideas, no debemos perder de vista que con todos los conocimientos y los elementos con que cuenta la medicina en nuestros días, puede resultar altamente previsible

el éxito de la intervención quirúrgica de trasplante de un órgano. Así pues, tomando en cuenta lo anterior, podemos decir:

1o. No podemos establecer un principio general para determinar cuando estamos ante la presencia de un medio ordinario, y cuando ante uno extraordinario; sino que en cada caso y en base a los elementos con que se dispongan, sabremos ante qué clase de medio estamos.

2o. Un elemento que puede influir para precisar si estamos ante un medio ordinario o uno extraordinario, será las probabilidades de éxito que se tengan en la operación, entre mayores sean las posibilidades de éxito menos extraordinario será el medio.

3o. Una vez que se haya determinado que estamos ante la presencia de un medio ordinario, existirá la obligación por parte del receptor de conservar su vida y su salud; si estamos ante la presencia de un medio extraordinario no existe la obligación de emplear dicho medio, sino un derecho de utilizarlos.

En relación con este último punto, es el momento de tratar lo relativo al consentimiento por parte del receptor. La Ley General de Salud no trata este tema sino que es el Reglamento el que dispone que el receptor de un órgano o tejido debe expresar su voluntad por escrito una vez que haya sido

informado del objeto de la intervención, de sus riesgos y de las probabilidades de éxito (art. 25 fr. IV). Cuando por alguna razón (minoridad, incapacidad, imposibilidad física, etc.) el receptor no pueda manifestar su voluntad, lo podrán hacer su cónyuge, concubinario, concubina, ascendientes, descendientes o sus parientes colaterales hasta el segundo grado, siguiendo las reglas de parentesco del Código Civil, o bien, por los representantes legales de menores o incapaces (art. 27).

Como vemos, en relación con el receptor, a diferencia de lo que sucede con el donante, el consentimiento para trasplantar un órgano, en caso de que no pueda ser otorgado por el receptor, puede ser otorgado por las personas que señala el Reglamento, ya que en este supuesto no se afecta o mutila alguna parte del cuerpo sino que, por el contrario, se busca mejorar la salud de una persona.

El receptor, por otro lado, no puede oponerse a recibir los medios médicos ordinarios para cuidar su vida y mantener su buena salud, sino que está obligado a recibirlos. Sólo en el caso de medios extraordinarios -como señalamos con anterioridad- no existe un deber sino un derecho, afirmar lo contrario sería tanto como sostener que una persona podría provocar su propia muerte y por ende, la licitud de la eutanasia negativa (86).

86 En relación con la eutanasia negativa, el único tipo que puede considerarse como lícito es la llamada distansia que consiste en omitir los medios extraordinarios para conservar la vida; sobre este tema véase A. PACHECO ESCOBEDO: op. cit., p. 102-103.

D. Relación Jurídica entre Donante y Receptor.

Es el momento de pasar a tratar la naturaleza jurídica de la relación que existe entre el donante y el receptor en materia de trasplantes de órganos y tejidos.

Realmente, ¿podemos decir que existe una obligación entre donante y receptor?

La definición clásica de obligación la da Justiniano en sus Institutas: "La obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad" (87). A la definición anterior se han sumado muchas más; Borja Soriano nos relaciona algunas: para Aubry et Rau "Una obligación es la necesidad jurídica a consecuencia de la cual una persona está sujeta hacia otra a dar o hacer, o no hacer alguna cosa"; para Planiol la obligación "es una relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada acreedor, tiene el derecho de exigir cierto hecho de otra que se llama deudor"; Bonnacase dice que "el derecho de crédito es una relación de derecho en virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene el poder de exigir de otra, llamada deudor, la ejecución de una prestación determinada, positiva o negativa y susceptible de evaluación pecuniaria" (88).

87 Inst. 3, 4.

88 MANUEL BORJA SORIANO: Teoría General de las Obligaciones; 10a. ed., Ed. Porrúa, México, 1965, p. 70.

Como vemos, de las definiciones anteriores se desprenden tres elementos que se repiten en cada una de ellas: los sujetos, una relación jurídica y el objeto.

Los sujetos son las personas aptas para ser titulares de derechos y resultar obligadas y que, cuando menos, deben ser el sujeto activo, o sea, el que ostenta el derecho subjetivo y tiene la facultad; y el sujeto pasivo, o sea, el que soporta la deuda y tiene el deber correlativo (89). En ambos casos puede hablarse de una pluralidad de acreedores o de deudores. Por otro lado, hay que tomar en cuenta que tanto sujeto activo como pasivo, si bien en un principio pueden ser indeterminados, al momento de exigirse la obligación deben ser determinados.

La relación jurídica es el vínculo entre sujeto activo y sujeto pasivo, por el cual es exigible el cumplimiento de la obligación. Al hablar de la relación jurídica debemos de considerar dos doctrinas:

La doctrina francesa afirma que la característica peculiar de la relación jurídica es que se traduce en una necesidad de cumplimiento exigible coactivamente, esto es, el deudor debe cumplir con su obligación y si no lo hace voluntariamente, el acreedor puede obtener el cumplimiento forzado.

89 Cfr. MANUEL BEJARANO SANCHEZ: Obligaciones Civiles; 3a. ed., Ed. Harla, México, 1987, p.p. 7-8.

La doctrina alemana por su parte, señala que la coacción no es un elemento de la obligación, sino una consecuencia de la responsabilidad nacida del incumplimiento de la obligación. Se distingue entre el débito (Schuld) y la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación (Haftung). El débito (relación jurídica) se agota en el poder de exigir por parte del acreedor y el deber de prestar por parte del deudor; si hay incumplimiento por parte del sujeto pasivo, éste puede ser obligado a cumplirla por parte del sujeto activo, valiéndose de la fuerza pública. Para esta doctrina lo que caracteriza a la obligación no es la coacción, sino que es una relación creada por la norma de derecho. Nosotros consideramos más acertada esta última postura.

Finalmente trataremos al objeto que puede ser entendido de dos maneras: el objeto directo, o sea, el contenido de la conducta del deudor y el objeto indirecto, es decir, la cosa sobre la que versa la prestación del deudor.

En la doctrina se discute si el objeto de la obligación debe de ser de contenido patrimonial, esto es, si el contenido de la obligación debe representar un aumento económico para el acreedor o únicamente puede consistir en una ventaja aún de carácter extrapatrimonial.

Una primera postura es la de Aubry et Rau y Baudry-Lacantinerie et Barde, para quienes la prestación debe ser susceptible en sí misma de apreciación pecuniaria y, además, debe representar para el acreedor una ventaja apreciable en dinero.

La segunda postura la sostienen Ihering, Windscheid y Demogue, quienes afirman que no toda obligación debe tener un valor patrimonial; debe existir un interés para el acreedor aunque este interés no sea de naturaleza patrimonial.

La tercera postura es la de Castán Tobeñas y Puig Peña entre otros, quienes desarrollan la segunda postura y sostienen que hay que distinguir, por una parte, el interés que el acreedor tiene en obtener la prestación (que puede ser de naturaleza no patrimonial) y por otra, la prestación misma que debe ser de tal naturaleza que en caso de su incumplimiento se pueda condenar al deudor al pago de su equivalente económico (90).

En la legislación mexicana el Código Civil de 1884 requería que el objeto de la obligación pudiera ser reducido a un valor exigible (art. 1306 frac. II). El Código Civil de 1928 no contiene la disposición anterior, por lo que podemos deducir que en México, el contenido de la obligación no debe ser

90 Cfr. M. BORJA SORIANO: op. cit., p. 74.

necesariamente de contenido patrimonial. En este sentido, Bejarano sostiene que:

Cualquier ventaja puede ser objeto de la obligación, aún cuando no incremente el patrimonio del acreedor; cualquier interés cuya satisfacción no sea impedida por las leyes de la naturaleza o del Derecho, ya sea que se trate de un interés económico o espiritual, constituye el posible contenido de una obligación jurídica" (91).

Llevando los conceptos anteriores al tema de los trasplantes de órganos entre seres humanos vivos vemos cómo si podemos hablar de un sujeto activo (receptor) y de un sujeto pasivo (donante); en relación con el vínculo jurídico vemos como si hay una deuda (schuld) entre donante y receptor, el donante se obliga a permitir que un órgano le sea extraído a fin de que sea trasplantado en el receptor. Ahora bien, en caso de que el donante se oponga a cumplir con su obligación no podrá ser constreñido a efectuar la prestación ni tampoco se le podrá demandar responsabilidad alguna por su incumplimiento. Finalmente, el objeto directo de la obligación es lo que señalábamos, el donante permite la extracción de un órgano de su cuerpo para que le sea implantado al receptor; el objeto indirecto es el órgano o tejido que se va a trasplantar.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que si existe una obligación jurídica entre el donante y el receptor. En este orden de ideas y precisando más, consideramos que dadas las

91 M. BEJARANO SANCHEZ: op. cit., p. 12.

características que tiene una obligación en materia de trasplantes de órganos, estamos en presencia de una obligación natural.

Para Bejarano la obligación natural es aquella que consiste en la necesidad de prestar una conducta en favor de un acreedor, quien puede obtener y conservar lo que el deudor le pague, pero no puede exigirlo legítimamente por medio de la fuerza pública (92).

Siguiendo la teoría alemana a la que nos referimos con anterioridad, diremos que las obligaciones naturales constituyen una deuda (Schuld) pero su incumplimiento no origina responsabilidad civil (Haftung).

Bejarano explica cómo la jurisprudencia francesa ha descubierto que todas las obligaciones naturales tienen en común ser deberes morales que alcanzan carácter jurídico porque el Derecho las tiene en cuenta; de este modo, la obligación natural existirá cuando objetivamente pueda considerarse que el deudor está sujeto a pagar por un deber de conciencia. El citado autor, siguiendo a M. Luban, afirma que las obligaciones naturales nacen casi siempre de una misma causa: el retraso de la legislación positiva con respecto a la conciencia jurídica del momento (93).

92 Ibid, p. 520.

93 Ibid, p. 521.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1894 reconoce a las obligaciones naturales:

El que ha pagado para cumplir una deuda prescrita para cumplir un deber moral, no tiene derecho de repetir.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 324 de la Ley General de Salud establece que

El disponente originario podrá revocar el consentimiento en cualquier momento y sin responsabilidad de su parte.

Resumiendo, podemos afirmar que en materia de trasplantes de órganos entre seres humanos vivos estamos frente a una obligación natural ya que entre donante y receptor existe una prestación sancionada por el Derecho que consiste en que el donante permite la extracción del órgano de su cuerpo para ser trasplantado en el receptor; en caso de incumplimiento, el donante no tendrá responsabilidad alguna y no se le podrá exigir el cumplimiento forzoso.

Una vez precisada la naturaleza jurídica de la relación entre donante y receptor hay que analizar de dónde emana esta obligación.

Como sabemos, según la doctrina son fuentes de las obligaciones el contrato, la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios,

los hechos ilícitos, la responsabilidad objetiva y el daño moral.

Antes de seguir consideramos oportuno aclarar que en materia de trasplantes de órganos, en virtud de estar involucrados los derechos de la personalidad que son de carácter extrapatrimonial, no se pueden aplicar los mismos principios de la teoría general de las obligaciones.

En relación con el origen o fuente de las obligaciones que existen entre donante y receptor, hemos considerado conveniente distinguir dos momentos que se presentan al practicar un trasplante de órganos. El primer momento comprende desde que el donante se ofrece para que le extraigan un órgano o tejido hasta cuando éste le es extraído. En este primer periodo, no hay propiamente un vínculo jurídico entre donante y receptor en virtud de que el donante puede oponerse a que le extraigan el órgano o tejido sin que se le pueda obligar a realizar su prestación; además, su negativa no puede originar responsabilidad alguna para él. Como podemos apreciar, en este primer momento estamos en presencia de una declaración unilateral de voluntad por la cual el donante ofrece realizar una prestación de hacer consistente en permitir que le extraigan un órgano o tejido. Esta oferta del donante es revocable en cualquier momento hasta antes de que le extraigan

el órgano o tejido sin que surja responsabilidad alguna para él.

El segundo momento comprende desde que el órgano o tejido es extraído hasta que éste es trasplantado en el receptor. En este segundo periodo consideramos que ya existe un acuerdo de voluntades: por una parte está el donante que permite la extracción del órgano o tejido para ser trasplantado y por otra está el receptor que acepta el trasplante; al haber acuerdo de voluntades podemos afirmar que hay un contrato. En seguida expondremos algunas nociones generales de los contratos para después precisar la naturaleza jurídica del contrato en materia de trasplantes de órganos y tejidos.

El Código Civil para el Distrito Federal define contrato:

Art. 1792. - Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Art. 1793. - Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Como sabemos, la noción de contrato implica un medio general de obligarse en el cual las partes pueden libremente pactar y estructurar el contenido de sus prestaciones, teniendo como límite el interés público.

Dentro de la vasta clasificación de los contratos atenderemos, en primer lugar, a aquella que los clasifica como contratos nominados y contratos innominados o atípicos.

Sánchez Medal dice que los contratos nominados son los estructurados expresamente en el Código Civil mientras que los contratos innominados o atípicos son los que no están especialmente reglamentados en el Código Civil (94).

Atendiendo a esta clasificación y dadas las características del contrato que analizamos, salta a la vista que estamos en presencia de un contrato innominado o atípico ya que "los contratos sobre el propio cuerpo" (por llamarlos de algún modo) no pueden encuadrarse dentro de ningún contrato de los que reglamenta el Código Civil.

Borja Martínez señala que el contrato innominado o atípico es aquel que no encuentra una reglamentación expresa en el Derecho Positivo, quedando incluidos aquellos contratos que, aún teniendo un nombre, no tienen una regulación legislativa. Para el citado autor es irrelevante el nombre que se les dé: contrato innominado, contrato atípico o contrato no regulado.

Dentro de las clases de contratos atípicos el maestro Borja Martínez los clasifica en varias categorías, una primera categoría es la de los contratos atípicos puros, que son aquéllos contratos que presentan un contenido absolutamente

94 RAMON SANCHEZ MEDAL: De los Contratos Civiles; 9a. ed., Ed. Porrúa, México, 1968, p.p. 112-113.

original que no puede considerarse como una desviación de un contrato típico. Esta clase de contratos no podría presentarse ya que se necesitaría imaginar un negocio con contenido fuera de la vida real.

Una segunda categoría de contratos atípicos sería aquellos que, separándose sustancialmente de un determinado tipo, constituyen un contrato autónomo, pero que por su origen presentan semejanza sólo con el tipo que les sirve de antecedente.

Finalmente, la tercera categoría sería la de los contratos mixtos que son aquellos contratos atípicos que toman sus elementos de diversos tipos regulados por la ley (95).

Consideramos que la segunda categoría es la que se aplica al contrato objeto de nuestro estudio. El contrato sobre el propio cuerpo es un contrato atípico que tiene las suficientes notas características que lo diferencian de cualquier otra clase de contratos, tiene un contenido autónomo y una originalidad incuestionable. De igual modo, pensamos que el contrato tipo que serviría de antecedente, siempre y cuando tengamos en cuenta que estamos en dos campos distintos, sería el contrato de donación que regula el Código Civil para el Distrito Federal haciendo las siguientes precisiones:

95 MANUEL BORJA MARTINEZ: Apuntes del Curso de Derecho Civil IV durante el curso 88-89, impartido en la Universidad Panamericana.

1.- La donación recae sobre derechos patrimoniales; en materia de trasplantes de órganos estamos en presencia de derechos de carácter extrapatrimonial.

2.- La donación recae sobre cosas; los trasplantes sobre órganos y tejidos separados de la persona que están excluidas del comercio.

3.- La donación puede ser revocada; un trasplante de órgano, una vez efectuado, no puede ser revocado.

4.- En la donación hay ejecución forzada; en materia de trasplantes de órganos y tejidos en caso de que el donante revoque su consentimiento, no tiene ninguna responsabilidad.

En seguida, señalaremos algunas características que presenta el contrato sobre el propio cuerpo:

1.- Es un contrato, por regla general, unilateral ya que sólo una de las partes, el donante, es la que se obliga a dar el órgano o tejido, el receptor no queda obligado. Excepcionalmente puede ser bilateral en el caso de que se establezcan cargas al receptor como sería, por ejemplo, pagar los gastos médicos que ocasionara la intervención quirúrgica, pero en ningún caso puede establecerse una prestación de carácter remuneratorio en favor del donante. El artículo 21 del

Reglamento establece que la disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito.

2.- Es un contrato gratuito ya que el provecho es solo para el receptor, no hay ventajas recíprocas.

3.- Es un contrato real ya que se perfecciona en el momento en que el órgano o tejido es extraído del donante y trasplantado en el receptor.

4.- Es un contrato formal, en este sentido el artículo 324 de la Ley General de Salud en su primer párrafo establece:

Para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos, y con las demás formalidades que al efecto señalen la disposiciones aplicables.

En relación con el consentimiento ya vimos cómo éste debe ser expreso, además, debe tratarse de personas que no sean menores de edad, ni incapaces o que puedan expresarlo libremente (art. 326). Asimismo, en el caso de mujeres embarazadas, el consentimiento es admisible solamente para la toma de tejidos con fines terapéuticos y si se reúnen dos requisitos: que el receptor estuviere en peligro de muerte y que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción (art. 327). De la misma manera, las personas

privadas de la libertad sólo pueden otorgar su consentimiento para que les extraigan órganos y tejidos cuando el receptor sea su cónyuge, concubinario, concubina o familiar del disponente originario (art. 328).

5.- Es un contrato de ejecución instantánea toda vez que el órgano es extraído del donante en un solo momento para ser trasplantado al receptor. No obstante lo anterior, consideramos que en algunos casos el contrato puede ser de ejecución sucesiva como sería el de las transfusiones sanguíneas donde la prestación se prolonga por un espacio de tiempo.

II. Trasplantes de Organos y Tejidos Extraídos de Cadáveres.

Ya en el capítulo anterior desarrollamos el tema del derecho sobre el cadáver y decíamos que este derecho podría considerarse desde dos puntos de vista: como una facultad que se tiene para disponer del propio cadáver y como una facultad que tiene un tercero para disponer de un cadáver. En este apartado, además de desarrollar las ideas anteriores, abordaremos otros aspectos que no pueden pasarse por alto al analizar el tema de los trasplantes de órganos y tejidos extraídos de cadáveres.

A. Determinación de la muerte.

El primer problema que se nos presenta al hablar de este tema es el dilucidar si un ordenamiento legal debe formular o no el concepto de muerte. Esta cuestión tiene gran relevancia ya que en base a ello sabremos cuándo una persona debe considerarse muerta y se pueda proceder a la extracción de sus órganos y tejidos.

Consideramos que este problema debe responderse afirmativamente porque estamos en un campo en donde, por la relevancia de los bienes jurídicos que se tutelan, debe existir una seguridad y deben señalarse los criterios objetivos que determinen el momento en que deba considerarse que una persona ha perdido la vida. Para lograr lo anterior, el Derecho debe auxiliarse de la ciencia y el concepto legal de muerte debe partir de los conocimientos actuales de la medicina; de esta manera, corresponde al Derecho precisar los criterios objetivos que deben tomarse en cuenta para determinar la muerte y al médico, el aplicar sus conocimientos para decidir, dentro del marco legal, cuándo se ha producido la muerte, esto es, el concepto legal de muerte tiene que coincidir con el concepto clínico de muerte, todo lo anterior con la finalidad de garantizar la protección del moribundo.

En nuestros días, el criterio que se considera más seguro para el diagnóstico de la muerte es el que se basa en un deterioro sustancial e irrecuperable del cerebro, esto es, cuando se produce la muerte cerebral. Una persona puede entenderse clínicamente muerta una vez que la recuperación de las funciones del cerebro, que son rectoras de todo el organismo y sin las cuales éste no puede seguir funcionando autónomamente, esté fuera de los alcances de la medicina (96).

García expone cómo el momento de la muerte corresponde al límite más allá del cual no es posible el retorno y la revivificación; pero no obstante lo que se ha dicho, la misma ciencia ha logrado que mediante acciones reanimadoras, puedan ser reactivadas la circulación y la respiración, produciéndose manifestaciones de vida biológica en un ser que clínicamente está muerto, lo anterior nos lleva necesariamente al tema de la eutanasia y de la revivificación (97).

Como vemos, la determinación de la muerte es un tema muy delicado y en donde debe tenerse mucho cuidado ya que cualquier descuido por parte del legislador, ocasionaría que una persona que todavía tuviera expectativas de vida, fuera declarado muerto privándosele del primero de los derechos de la personalidad, la vida, y en cierta manera sería una manera de permitir la eutanasia. Hay que recordar que dentro de la eutanasia se pueden distinguir la eutanasia lenitiva y la

96 Cfr. CARLOS M. ROMEO CASABONA: Los Trasplantes de Organos; Bosch Casa Editorial, Barcelona, - 1979, p. 63.

97 Cfr. ISIDRO GARCIA Y GARCIA-DUBERT: Aspectos Morales y Eticos del Trasplante en Trasplante de Organos; Ed. Salvat, México, 1987, p. 107.

distanasia, las cuales son consideradas como lícitas. La eutanasia lenitiva consiste en el empleo de fármacos y calmantes con el fin de disminuir el dolor físico ocasionado por una enfermedad mortal y cuya consecuencia puede ser el acortamiento de la vida. De igual modo, la distanasia se considera como una eutanasia negativa y consiste en omitir medios extraordinarios o desproporcionados para prolongar artificialmente la vida de una persona en un proceso médicamente irreversible (98).

En el tema relativo a la revivificación, el Papa Pío XII en 1957 decía a la Federación de Asistencias Médicas Católicas:

Si es evidente que la tentativa de reanimación constituye una realidad de tal peso para la familia, que no se le puede imponer en conciencia, ella puede insistir lícitamente para que el médico interrumpa sus intentos, y el médico puede condescender lícitamente con esa petición. No hay en este caso disposición directa de la vida del paciente, ni eutanasia, la cual no sería lícita (99).

En el mismo orden de ideas, en 1970 el Cardenal Villot, Secretario de Estado del Vaticano, y a nombre del Papa escribiría a la misma Asociación:

En muchos casos, ¿no sería una tortura inútil imponer la reanimación vegetativa en la última fase de una enfermedad incurable? el deber del médico consiste más bien en calmar el dolor en vez de alargar el mayor tiempo posible, con cualquier medio y en cualquier condición, una vida

98 Véase A. PACHECO ESCOBEDO: op. cit., p.p. 101-105 e I. GARCIA Y GARCIA-DUBERT: op. cit., - p. 110.

99 I. GARCIA Y GARCIA-DUBERT: op. cit., p. 110.

que ya no es del todo humana y que se dirige naturalmente a su extinción (100).

Retomando el tema de la determinación de la muerte diremos que en nuestro país la Ley General de Salud en su artículo 317 establece que, para la certificación de la pérdida de la vida deben comprobarse los siguientes signos de muerte:

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

Además, el artículo 318 de la misma Ley señala:

La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del artículo 317 o de aquellos en que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del mismo artículo, y además las siguientes circunstancias:

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

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

Si antes de ese término se presentara un paro cardíaco irreversible, se determinará de

inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.

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

De la lectura de los dos artículos anteriores salta a la vista cómo la legislación mexicana, en esta materia, se encuentra actualizada con los avances de la medicina y reconoce a la muerte cerebral como criterio para determinar la pérdida de la vida.

De igual manera, consideramos conveniente y seguro lo dispuesto por el último párrafo del artículo 318 antes transcrito, en el sentido de que los profesionales que expidan la certificación de muerte, deben ser personas distintas a las que integren el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante. Ahora bien, estimamos que por profesionales debe entenderse a médicos que estén capacitados y sean especialistas para determinar, con todo rigor y seguridad, la pérdida de la vida y que además, el diagnóstico haya sido dado en forma unánime, ya que de lo contrario no habría seguridad para determinar la muerte del paciente.

2. Extracción del Órgano del Cadáver.

Los trasplantes de órganos de muerto a vivo no presentan problemas de licitud tan serios como los que se presentan entre seres humanos vivos, ya que una vez muerto el donante, se extinguen los derechos de la personalidad y desaparecen los obstáculos del derecho a la vida, a la integridad física y al propio cuerpo. Fallecida la persona, las partes del cuerpo pierden su ordenación al bien de la persona; sin embargo, como afirmamos con anterioridad, el cadáver humano no puede ser considerado como una cosa mas, sino que merece un trato distinto en virtud de que el cuerpo ha sido parte constitutiva esencial de una persona humana, que tuvo dignidad y cuya forma y apariencia sigue conservando. Así, el artículo 336 de la Ley General de Salud dispone que los cadáveres deben ser tratados con respeto y consideración.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos afirmar que es perfectamente válido, desde el punto de vista moral y legal usar el cadáver humano para fines honestos. En este sentido, comenta Hervada que el cadáver ya no es, en el sentido de la palabra, un sujeto de derechos, de manera que la extirpación de un órgano no constituye en él privación de un bien. Los órganos no poseen en el cadáver el carácter de bienes porque ya no le sirven ni hacen relación a ningún fin (101).

La extracción de órganos y tejidos de cadáveres para ser trasplantados en seres humanos vivos, lejos de ser un problema,

101 Cfr. J. HERVADA: op. cit., p. 279.

representan una ventaja ya que es preferible, hasta donde los avances de la medicina lo permitan, obtener órganos de cadáveres donde no hay derechos de la personalidad que herir al obtenerlos, de personas vivas donde a final de cuentas se les va a mermar su integridad física. En este sentido, está redactado el artículo 322 de la multicitada Ley General de Salud que dispone que excepción hecha de la sangre o sus componentes, la obtención de órganos y tejidos o sus componentes de seres humanos con fines terapéuticos se hará preferentemente de cadáveres.

Realmente el tema en donde hay más controversia al hablar de los trasplantes de órganos y tejidos extraídos de cadáveres no es la licitud de los mismos, la cual ha sido aceptada de manera unánime entre los tratadistas, sino que el problema radica entorno a la voluntad del fallecido. Romeo Casabona (102) expone la manera en que la voluntad del difunto ha tenido distinta consideración que van desde el respeto más estricto de ella, hasta su desconocimiento. En seguida expondremos cada una de estas posturas:

a) Voluntad expresa del difunto: En este sistema es requisito previo e indispensable a la extracción, que el difunto hubiere manifestado en vida su consentimiento en forma

102 Cfr. C. M. ROMEO CASABONA: op. cit., p.p. 70-73.

expresa; tanto médicos como autoridades públicas deben respetar en forma estricta la voluntad del difunto.

b) Consentimiento del difunto o sus familiares: En este procedimiento la intervención de los familiares se subordina a los casos en que el difunto no expresó en vida su voluntad acerca de la extracción. Como comenta Romeo Casabona, este sistema amplía las posibilidades de donación en donde para que los familiares puedan consentir es necesario, además, que el difunto no se hubiere opuesto a la misma.

c) Falta de oposición del difunto o los familiares: Conforme a este procedimiento no es necesaria la manifestación formal del difunto o sus familiares a favor de la extracción sino que basta con que no se haya opuesto hasta el momento de su muerte. El fundamento de este sistema sería el consentimiento presunto de los interesados y se manifiesta un reconocimiento de la función social en el cadáver. En este procedimiento la falta de oposición del difunto puede ser suplida por la negativa de los familiares.

d) Falta de oposición del difunto: Este sistema es una variante de la anterior ya que aquí los familiares no pueden oponerse sino que se limita la posibilidad de negativa al difunto.

e) Irrelevancia de la voluntad privada: En este sistema hay un absoluto desconocimiento de la voluntad del difunto o de sus familiares en aras a las necesidades de la salud colectiva, lo anterior supone una socialización del cadáver. Este sistema al igual que el primero no han sido acogidos por ninguna legislación actual.

Cada uno de los sistemas que acabamos de exponer han sido defendidos y atacados por un gran número de autores, unos y otros exponen argumentos en pro y en contra. En seguida, trataremos a algunos de ellos.

Hervada sostiene que, en general, no debería estar permitido a los médicos llevar a cabo ablaciones sobre el cadáver sin un acuerdo con los que son depositarios del mismo, o contra la oposición formulada con anterioridad por el interesado. Tampoco -continúa Hervada- sería justo que los cuerpos de pacientes pobres, en las clínicas públicas y en los hospitales, fuesen destinados de oficio al servicio de la medicina y de la cirugía, y no lo fueran los de pacientes acomodados. Por último, explica que es preciso educar al público y explicarle con respeto e inteligencia que consentir expresa o tácitamente en intervenciones contra la integridad del cadáver, en interés de los que sufren, no ofende la piedad que se le debe al difunto y corresponde al poder público poner los medios adecuados para educar la mentalidad del público en este tema y disponer del cadáver en casos extremos y cuando no haya explícita voluntad del difunto, manifestada en vida, o de allegados conocidos (103).

Gordillo resume su postura en tres afirmaciones:

1o. La voluntad dispositiva del sujeto respecto al destino de su cadáver vincula a sus familiares; hay prioridad de la voluntad manifestada en vida por el fallecido y una subordinación a ella de sus familiares.

2o. La voluntad del propio sujeto no puede ser suplida por la de los familiares cuando se trata de dar al cadáver un destino distinto al normal.

3o. Los familiares, por otro lado, si pueden oponerse a que el cadáver sea objeto de actuaciones o manipulaciones que no hayan sido ordenadas o permitidas por el difunto. De este modo, para poder disponer del cadáver a fin de extraer órganos, se tendría que obtener la autorización o la no oposición de los familiares (104).

El mismo Gordillo sostiene que deben distinguirse tres clases de extracciones: la extracción con fines inmediatamente sólo científicos, donde hay una extracción sin trasplante con la finalidad de estudio e investigación; la extracción con fin terapéutico no inmediato, para provisión de un banco de órganos; y la extracción para trasplante *ad vitam* o *ad vitalitatem*, esto es, para proceder inmediatamente al trasplante. Para el citado autor sólo en el último caso resultaría justificada la extracción cuando no hubiera voluntad en vida del sujeto en cuyo cadáver se practica (105).

104 Cfr. A. GORDILLO CAÑAS: op. cit., p.p. 89-90.

105 *Ibid.*, p.p. 114.

Por su parte, Diez Diaz explica cómo el cadáver puede llegar a encerrar una serie de fuerzas preciosas que puedan ser aprovechadas por la demás gente. Diez Diaz sostiene que la única potestad que debe reconocerse en la disposición del cadáver, es la de su propio protagonista. Si éste no optó por su aplicación terapéutica, los familiares carecen de justificación para disponer del cadáver en forma onerosa, a menos que el titular hubiera manifestado su consentimiento; sin embargo, si la disposición fuere a título gratuito, podrían intervenir los familiares siempre y cuando no contravinieran la voluntad del de cujus y fuese de urgente necesidad (106).

Para Romeo Casabona debe existir una presunción a favor de la extracción de órganos cuando no conste la oposición del difunto expresada en vida. A lo anterior debe agregarse que el difunto cuenta con cuatro garantías:

1a. La exigencia de su muerte previa.

2a. La exigencia de que la extracción tenga fines terapéuticos.

3a. La exigencia de realizar la extracción con respeto a sus restos mortales.

4a. Establecer un procedimiento que asegure el conocimiento de los casos en que realmente hubo una declaración

106 Cfr. J. DIEZ DIAZ: op. cit., p. 373.

formal del difunto antes de su muerte oponiéndose a la extracción de órganos de su cuerpo.

En relación con los familiares -continúa Romeo Casabonahay que recordar que éstos propiamente no tienen ningún derecho sobre el cuerpo del difunto (107).

Expuesta la doctrina, pasaremos a tratar las disposiciones legales que existen en México.

El artículo 325 de la Ley General de Salud establece:

Quando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y sus componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta ley; excepto cuando la autoridad competente, de conformidad con la ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

Por otro lado el artículo 336 dispone:

Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración.

Como vemos, la ley sigue en forma genérica, el sistema de la falta de oposición del difunto o de los familiares; solamente cuando sea ordenada la necropsia se sigue el sistema de la falta de oposición del difunto.

107 Cfr. C. M. ROMEO CASABONA: op. cit., p.p. 75-77.

Por nuestra parte opinamos que en este aspecto nuestra legislación presenta un atraso con respecto a las legislaciones de otros países y con los avances de la medicina; consideramos que debemos dejar a un lado viejos prejuicios supersticiosos y atávicos y ajustarnos a los avances científicos donde un cadáver pueda ser un medio para conservar la vida de otra persona, sería un gran desperdicio el hecho de que órganos y tejidos que ya no cumplen con su finalidad dentro de un organismo y susceptibles de ocasionar un beneficio en otro, se desaprovecharan. Es por ello que a continuación proponemos las bases y los lineamientos que deben observarse en el procedimiento de la extracción de órganos y tejidos de cadáveres.

A nuestro juicio, mientras no conste la oposición del difunto expresada en vida, debe existir la presunción de que toda persona pueda ser donante de un órgano, ya sea para fines terapéuticos o para fines científicos, sin que los familiares puedan oponerse ya que éstos no tienen ningún derecho sobre el cadáver. Ahora bien, la afirmación anterior se complementa con las siguientes limitaciones:

- 1o. Para poder verificar la voluntad del difunto sobre la extracción del órgano deben instrumentarse los siguientes medios:

Un registro central de oposición a la extracción de órganos el cual sea de fácil acceso al público y cuya información esté disponible tanto para médicos como para familiares y que esté en estrecha comunicación con los establecimientos autorizados para efectuar extracciones y trasplantes de órganos.

Las autoridades sanitarias (Secretaría de Salud) deben tener un estrecho control sobre los establecimientos en donde se autoricen los trasplantes de órganos y tejidos; fuera de estos establecimientos no podrán efectuarse trasplantes.

Los establecimientos autorizados para efectuar trasplantes de órganos deberán informar a todos los pacientes que se internen, el hecho de estar autorizados para efectuar extracciones de órganos de cadáveres y al efecto deberán contar con un registro donde los pacientes manifiesten su conformidad o inconformidad con la extracción.

Se debe informar y educar al público sobre los beneficios de los trasplantes de órganos y tejidos extraídos de seres humanos muertos.

2o. En las extracciones de órganos y tejidos deben observarse las siguientes reglas:

Antes de efectuar la extracción del órgano debe expedirse una certificación de pérdida de la vida.

La certificación de pérdida de la vida debe ser expedida por un cuerpo colegiado de médicos especialistas en la materia y distintos del grupo que efectuará el trasplante.

Toda extracción será a título gratuito .

La extracción debe efectuarse guardando el debido respeto y consideración al cadáver, la razón de esto ya lo apuntábamos en el capítulo anterior: el cadáver merece un tratamiento especial por lo que ese cuerpo representó mientras vivía la persona y cuya apariencia sigue conservando.

Toda extracción debe efectuarse respetando los principios de derecho natural y las buenas costumbres.

3o. La extracción debe efectuarse ya sea para fines terapéuticos o para fines científicos: fines terapéuticos son aquellos con los que se pretenda curar o mejorar la salud de una persona ya sea que el órgano o tejido sea trasplantado inmediatamente o que se deposite en un banco de órganos para ser trasplantado con posterioridad (a final de cuentas, en ambos casos se persiguen fines terapéuticos). Los fines científicos son aquellos que se refieren al estudio e investigación de los órganos y tejidos y que están encaminados

a seguir desarrollando los conocimientos médicos y mejorar la salud de las personas. La experimentación sobre órganos y tejidos de cadáveres es una necesidad inevitable para el avance de la medicina.

CONCLUSIONES .

1. Toda disposición de órganos o tejidos provenientes de seres humanos debe hacerse respetando los derechos de la personalidad entendidos éstos como aquellos derechos que protegen los atributos esenciales de la naturaleza humana tanto física como espiritualmente hablando. Asimismo, no hay que perder de vista que los derechos de la personalidad por una parte implican una obligación pasiva universal y, por otra, una obligación del propio sujeto de respetarlos en su persona.

2. El derecho a la vida es el más importante de los derechos de la personalidad y constituye el presupuesto que hace posible la existencia de todos los otros derechos. Es un derecho que no debe considerarse únicamente como un deber de los demás de respetarlo o como una responsabilidad del Estado para hacerlo valer, sino que el derecho a la vida debe considerarse también como una obligación que tiene toda persona para conservarla con el propósito de que cumpla con sus fines naturales; el hombre tiene el deber de emplear medios ordinarios y el derecho de utilizar medios extraordinarios para conservar la vida.

3. En el hombre, en virtud de que se tiene un derecho a la integridad física, se debe respetar a cada uno de los miembros y partes del organismo, toda persona debe mantener su integridad física para alcanzar sus fines naturales. Sin embargo, el derecho a la integridad física no es absoluto sino

que en ocasiones se puede poner en peligro cuando existan causas proporcionadas que la justifiquen, de manera que sea mayor el beneficio que el daño que se cause.

4. Al hablar del derecho sobre el propio cuerpo hay que tomar en cuenta dos aspectos: el derecho que tiene el hombre sobre su propio cuerpo, entendido como una unidad, y el derecho que tiene el hombre sobre partes separadas de su cuerpo. En relación con el primer asunto, debemos enfatizar que el hombre es un todo en sí, el cuerpo debe ser entendido como una unidad y parte integrante de la persona, siendo por ello que no pueda considerarse como objeto de propiedad. En relación con el derecho que tiene el hombre sobre las partes separadas de su cuerpo, diremos que las partes corporales carecen de propia subsistencia y no tienen finalidad fuera del todo, por lo que adoptan otra naturaleza que hace posible que sean objeto de propiedad, derecho que le correspondería al sujeto que las sustentaba por haber sido algo que formaba parte de él. Ahora bien, el derecho de propiedad que recae sobre las partes separadas del cuerpo, debe ejercerse siguiendo fines honestos y de acuerdo con los dispuesto por los ordenamientos legales.

5. En relación con el derecho que se tiene sobre el cadáver sostenemos que el cadáver, no obstante que haya sufrido un cambio sustancial, debe recibir un trato especial por lo que ese cuerpo representó mientras vivía la persona y cuya apariencia sigue conservando. El derecho que se tiene sobre el cadáver es un derecho de carácter extrapatrimonial, no puede ser objeto de propiedad. De igual modo, afirmamos que la

facultad que se tiene para disponer del cadáver corresponde, en primer lugar, al propio sujeto ya que si una persona puede en vida disponer de su cuerpo, con más razón podrá disponer de él para después de su muerte. Si una persona no dispuso en vida la manera en que se debía proceder en relación con su cadáver, la facultad de disposición del cadáver corresponde al Estado en virtud de que existe un interés público: la protección de la vida y la salud del mayor número de personas mediante el aprovechamiento de órganos y tejidos provenientes de cadáveres. Ahora bien, en todo momento el cadáver debe ser tratado con dignidad y respeto y sin contravenir los principios morales y las disposiciones legales.

6. Los trasplantes de órganos y tejidos de seres humanos entre personas vivas merecen un trato distinto al de los trasplantes de órganos y tejidos provenientes de cadáveres.

7. En los trasplantes de órganos y tejidos de seres humanos entre personas vivas se debe observar lo siguiente:

a) No pueden ser objeto de extracción aquellos órganos que sean vitales, o bien, que al ser extraídos pongan en grave peligro la vida del donante o que le impidan realizar sus funciones normales y cumplir con sus fines.

b) El trasplante debe tener exclusivamente fines terapéuticos. Asimismo, previamente deben realizarse todos los estudios médicos necesarios que garanticen, de alguna manera, el éxito del trasplante.

c) El donante debe ser capaz y manifestar su voluntad de una manera clara y con absoluta libertad.

d) El trasplante debe hacerse a título gratuito, se debe excluir cualquier ánimo de lucro.

e) El receptor no puede oponerse a recibir los medios ordinarios para conservar su vida o salud y en tratándose de medios extraordinarios, no tiene un deber sino un derecho.

8. Para precisar la naturaleza jurídica de la relación que existe entre donante y receptor en los trasplantes de órganos y tejidos entre seres humanos vivos, debemos distinguir dos momentos:

a) En el primer momento, que transcurre desde que el donante se ofrece a que le extraigan el órgano o tejido hasta que éste le es extraído, no podemos hablar de la existencia de un vínculo jurídico entre donante y receptor ya que el donante puede oponerse a la extracción sin que exista ninguna responsabilidad para él. Aquí estamos en presencia de una declaración unilateral de voluntad de realizar una prestación de hacer que consiste en permitir que le extraigan el órgano o tejido para efectuar el trasplante. Esta declaración unilateral de voluntad es revocable en cualquier momento sin responsabilidad alguna para el donante.

b) En el segundo momento, que se inicia a partir de que se extrae el órgano o tejido, ya podemos decir que hay un acuerdo de voluntades entre donante y receptor siendo entonces

cuando surge un contrato, contrato cuyas características quedaron precisadas en el capítulo IV de este trabajo.

9. En los trasplantes de órganos y tejidos de seres humanos vivos provenientes de cadáveres deben observarse las siguientes reglas:

a) Antes de efectuar la extracción debe expedirse una certificación de pérdida de vida expedida por un cuerpo colegiado de médicos especialistas en la materia y distintos del grupo que efectuará el trasplante.

b) Debe atenderse la voluntad manifestada en vida por la persona de cuyo cadáver se va a efectuar la extracción.

c) Si el de cujus no dispuso nada, debe existir la presunción de que estaba a favor de la extracción del órgano o tejido, pudiendo la autoridad sanitaria efectuar la extracción aún sin el consentimiento de los familiares.

d) Toda extracción debe ser a título gratuito.

e) La extracción puede tener fines científicos o terapéuticos.

f) Al realizar la extracción debe guardarse respeto al cadáver por lo que ese cuerpo representó mientras vivía la persona y cuya apariencia sigue guardando.

B I B L I O G R A F I A .

A. Legislaci3n Consultada.

C3digo Civil para el Distrito Federal en Materia Com3n y para toda la Rep3blica en Materia Federal; 57a. ed., Porr3a, M3xico, 1989.

C3digo Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Com3n y para toda la Rep3blica en Materia de Fuero Federal; 3a. ed., Ed. Delma, M3xico, 1990.

Constituci3n Pol3tica de los Estados Unidos Mexicanos; 86a. ed., Porr3a, M3xico, 1989.

Ley General de Salud; 4a. ed., Porr3a, M3xico, 1989.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposici3n de 3rganos, Tejidos y Cad3veres de Seres Humanos; 4a. ed., Porr3a, M3xico, 1989.

B. Publicaciones Peri3dicas Consultadas.

DORAL, JOSE A: "Concepto Filos3fico y Concepto Jur3dico de Persona"; en Persona y Derecho; Universidad de Navarra, Pamplona, 1975, Vol. II.

KORNPROBST, ANDRE: "Ethique medicale et transfusion Sanguine"; en Persona y Derecho; Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, Vol. V.

POLAINO-LORENTE, AQUILINO: "Limitaciones Éticas a las Investigaciones Humanas"; en Persona y Derecho; Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, Vol. III.

PRIETO-CASTRO, LEONARDO: "Responsabilidad Médica, Tribunal y Proceso." - en Persona y Derecho; Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, Vol. III.

C. Obras Consultadas.

BADENES GASSET, RAMON: Los Derechos del Hombre sobre el Propio Cuerpo; - Instituto Editorial Reus, Madrid, 1958 (26 páginas).

BARBADO VIEJO, FRANCISCO(et alii): Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino; Tomo II-III, Ed. Católica, Madrid, 1959 (1099 páginas).

BEJARANO SANCHEZ, MANUEL: Obligaciones Civiles; 3a. ed., Ed. Harla, México, 1987 (622 páginas).

BORJA MARTINEZ, MANUEL: Apuntes del Curso de Derecho Civil IV durante el curso 88-89, impartido en la Universidad Panamericana.

BORJA SORIANO, MANUEL: Teoría General de las Obligaciones; 10a. ed., Ed.-Porrúa, México, 1985 (732 páginas).

BORREL MACIA, ANTONIO: La Persona Humana. Derecho sobre su propio cuerpo vivo y muerto; Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres; Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954 (240 páginas).

CARBONNIER, JEAN: Derecho Civil; Tomo I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960 (382 páginas).

CASTAN TOBEÑAS, JOSE: Los Derechos de la Personalidad; Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952 (64 páginas).

- CASTRO VILLAGRANA, BERNARDO: Los Trasplantes de Corazones; Editorial Nuevo tiempo, México, 1970 (266 páginas).
- D'ORS, ALVARO: Derecho Privado Romano; 5a. ed., Universidad de Navarra, - Pamplona, 1983 (642 páginas).
- D'ORS, ALVARO (et alii): El Digesto de Justiniano (Versión Castellana); - Tomo I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1968 (734 páginas).
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO:
Derecho Civil de España; Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952 (596 páginas).
Temas de Derecho Civil; Ed. Marisal, Madrid, 1972 (186 páginas).
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA: Real Academia Española; Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970 (1424 páginas).
- DIEZ DIAZ, JOAQUIN: Los Derechos Físicos de la Personalidad. Derecho Somático; Ed. Santillana, Madrid, 1963 (404 páginas).
- DIEZ-PICASO, LUIS (et alii): Sistema de Derecho Civil; Vol. I, 5a. ed., - Ed. Tecnos, Madrid, 1985 (575 páginas).
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO : Derecho Civil; 7a. ed., Ed. Porrúa, México, - 1985 (754 páginas).
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO: Derecho Penal Mexicano; 21a. ed., Ed. Porrúa, México, 1986 (470 páginas).
- GORDILLO CAÑAS, ANTONIO: Trasplantes de Organos: pietas familiar y solidaridad humana; Ed. Civitas, Madrid, 1987 (116 páginas).
- GRAN ENCICLOPEDIA RIALP:
 Tomo XVIII, Ed. Rialp, Madrid, 1974 (876 páginas).
 Tomo XXIII, Ed. Rialp, Madrid, 1975 (908 páginas).

- GUIA Y AZEVEDO, JESUS: Humanismo y Medicina Socializada; Ed. Polis, México, 1967, (384 páginas).
- HERVADA, JAVIER: Escritos de Derecho Natural; Universidad de Navarra, Pamplona, 1986 (682 páginas).
- IGLESIAS, JUAN: Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado; 9a. ed., Editorial Aries, Madrid, 1985 (774 páginas).
- KUMMEROW, GERT: Perfiles Jurídicos de los Trasplantes en Seres Humanos; - Universidad de los Andes, Mérida (Venezuela), 1971 (72 páginas).
- LOZANO NORIEGA, FRANCISCO: Curso de Derecho Civil. Contratos; 5a. ed., - Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1987 (742 páginas).
- MESSINEO, FRANCESCO: Manual de Derecho Civil y Comercial (trad. del italiano por Santiago Sentís Melendo); Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971 (620 páginas).
- MIER Y TERAN SIERRA, SALVADOR: El Régimen Jurídico de la llamada Reproducción Asistida (Tesis Doctoral); Tomo I, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989 (712 páginas).
- ORTOLAN, M.: Instituciones de Justiniano; Ed. Heliasta, Buenos Aires, - 1976 (370 páginas).
- PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO: La Persona en el Derecho Civil Mexicano; Ed. - Panorama, México, 1985 (194 páginas).
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO (et alii): Los Delitos de Peligro para la Vida y la Integridad Corporal; 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971 (175 -- páginas).
- REGAN, A. : Los Trasplantes: En Pro y en Contra; Ed. El Perpetuo Socorro, Madrid, 1970 (144 páginas).

- ROMEO CASABONA, CARLOS M.: Los Trasplantes de Organos; Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1979 (183 páginas).
- SANCHEZ MEDAL, RAMON: De los Contratos Civiles; 9a. ed., Ed. Porrúa, México, 1988 (608 páginas).
- SANTIAGO-DELPIN, EDUARDO (et alii): Trasplante de Organos; Ed. Salvat, México, 1987 (734 páginas).
- VARGA, ANDRE: Bioética. Principales Problemas; Ediciones Paulinas, Bogotá, 1988 (356 páginas).