



UNIVERSIDAD AUTONOMA DE QUERETARO

ESCUELA DE DERECHO

Estudio Preliminar para una Legislación Federal que Reglamente los Trasplantes de Partes del Cuerpo Humano.

Biblioteca Central
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE QUERETARO

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
Antonio Almanza Uribe
QUERETARO, QRO. 1972

No. Reg. # 63833

Clas. 614.19

A 445e

I

A la memoria de mi abuelo, el señor Zeferino Almanza Martínez, como testimonio imperecedero.

Con todo respeto a mis queridos padres: señor Antonio Almanza Ortega y señora-Rosalía Uribe de Almanza, cuyos sacrificios y privaciones se encuentran — cristalizados en la presente tesis.

II

Con agradecimiento y respeto por la valiosa ayuda en la revisión de este trabajo:
Sr. Dr. José Alcocer Pozo
Sr. Lic. Jaime Escutia Serrano.

A mis hermanos:
Rosa Maria, Maria del Refugio, Irma, Guadalupe, Gustavo y Sergio; por el cariño, estímulo y apoyo que me han brindado en todo momento.

III

Con todo respeto y estimación
a los señores Licenciados:

Manuel Suárez Muñoz
Sergio Padilla Valdes
J. Guadalupe Ramírez Alvarez
José Juárez López
Alfredo Nieto Ramírez
Ignacio Guiza F.

IV

Para Tí Marusi,

Con el gran amor que me has inspirado.

A mis Familiares.

A mis Maestros:

Quienes a mi paso por la Universidad y con
sus enseñanzas me ayudaron a superarme.

A mis compañeros y amigos.

I N D I C E

	Pág.
PREAUMBULO	1
CAPITULO I	
La persona como sujeto en los trasplantes de órganos	12
CAPITULO II	
El pensamiento jurista en relación con los problemas de trasplantes de órganos.....	20
CAPITULO III	
Planteamiento de la posición moral.....	35
CAPITULO IV	
Análisis del trasplante de partes del cuerpo humano a la luz del derecho civil.....	45
CAPITULO V	
El derecho penal y el trasplante de órganos.....	52
CAPITULO VI	
La medicina forense y los trasplantes de cuerpo humano.....	59
CAPITULO VII	
La doctrina jurídica contemporánea y el trasplante de partes del cuerpo humano.....	72
CONCLUSIONES	83

P R E A M B U L O .

Desde la más remota antigüedad, cuando se --- confunden las fronteras de la mitología y la historia, --- ha sido humana preocupación el lograr combinaciones a ba se de partes del cuerpo pertenecientes a diversas espe--- cies animales, entre si o en yuxtaposición con elementos del cuerpo humano, Así como ejemplos de esos compuestos, está la Esfinge, cabeza de mujer y cuerpo de león; los--- Pegasos, caballos provistos de alas descomunales; Los Sá tiros, cuya mitad inferior correspondía al macho cabrío--- y la superior de hombre con testa cornamentada; La Medu sa, momstruosa criatura con cabeza de mujer cuya melena--- está formada por innumerables serpientes, afilados dien--- tes de cobre, manos de bronce y cuerpo cubierto de duri--- simas escamas; el Centauro, con cuerpo de equino y cabe za de hombre; La Quimera, extraordinaria composición con cuerpo de cabra, cabeza de león y cola de dragón, y, pa ra no ser demasiado prolijos, la Sirena, con bellísimo--- busto de mujer y cuerpo de ave (1)

(1).- Comúnmente se piensa que las Sirenas tenían medio--- cuerpo de mujer y la otra mitad de pez, basados en la --- impropia representación que de ellas hicieron algunos ar--- tistas de la antigüedad quienes se apoyaron en la descrip--- ción hecha por Horacio en su Arte Poético, de una mujer--- hermosa cuyo cuerpo termina en pez. Sin embargo las Sire--- nas propiamente tales son descritas por Circe a Ulises--- con la mitad inferior del cuerpo de ave en el Canto XII--- de la Odisea.-Diccionario Enciclopédico Salvat.-Octava--- edición. Tomo XI.- Página 687.

Mediante las imaginarias composiciones antes mencionadas, los seres humanos han tratado de superar de terminadas deficiencias o debilidades de los órganos que son propios de una especie, adecuándole los de otra u -- otras con las que se supera la malformación o la ineptitud física para acometer empresas que, si fantásticas en la mayoría de los casos, no por eso dejaron de ser y aún son profundamente anheladas. El hombre siempre ha querido alcanzar la superación de sus propias limitaciones y -- así ha inventado seres que según las necesidades fundamentales de la etapa histórica de que se trate, puedan -- realizar la satisfacción de ellas y para tal efecto no -- ha sido óbice el tomar elementos que no sean connaturales a una especie dada. si con esos elementos se adecúa al ser creado para lograr las finalidades propuestas.

No considero necesarias mayores explicaciones al respecto, sin embargo cabe mencionar como presencia de la preocupación ya aludida, el hecho de que todavía en nuestros días se presentan en las ferias populares espectáculos de ilusión óptica en los que se exhiben a la mujer serpiente, el hombre lagarto, al niño tortuga, etc., figuras que corresponden al generalmente secreto -- anhelo del hombre para poder realizar combinaciones, -- yuxtaposiciones, injertos, trasplantes de diversas partes de distintos cuerpos animales ya sean éstos raciona-

les o irracionales.

Es al hombre de nuestra época al que ha tocado plasmar su quimera— como ilusión, que no mítico engendro—al poder realizar el trasplante de órganos y la combinación de partes de diferentes especies valiéndose no de las hermosas descripciones del literato ni de las manos artísticas y hábiles del cirujano, quien con acciones maravillosas supla las deficiencias de un órgano enfermo, mediante el trasplante de otro sano, pero que en esa actividad que nos pasma, realiza al fin y al cabo — conducta humana, en sí misma considerada y en relación — con sus pacientes, sean éstos donantes o receptores de — una parte del cuerpo humano o irracional, por lo que esa conducta debe estar vigilada y regulada por normas jurídicas, aspectos este último al que va encaminado el presente trabajo.

Este estudio lo he desarrollado siguiendo el curso de las noticias que tuve de las reflexiones que — surgieron como consecuencia de ellas. Tales informaciones fueron casi siempre incompletas y a veces—dado su — origen periodístico—imprecisas o superficiales; inclu—sive, los acontecimientos se han desarrollado en una serie de etapas de sucesión vertiginosa, que el observador se encuentra obligado a seguir, tomando los datos de co—

nocimiento de la fuente a su alcance, cualquiera que ---
 ella sea.

Antecedentes y argumentos de esta laya no --
 por simples menos sugerentes--encuentran numerosisimos --
 puntos de apoyo en la mitología y en la leyenda, es de--
 cir, en la ficción pura y en ese campo de la historia --
 que toma, en diversas proporciones, elementos de la rea-
 lidad y de la fantasía. En efecto, la imaginación no re-
 conoce otros límites que la capacidad propia de los hom-
 bres que la hechan a volar y humanos de otras épocas ima-
 ginaron y previeron situaciones que en un tiempo se anto-
 jaron fantásticas, pero que la ciencia y la tecnología -
 de nuestros días han hecho realidad para fundamentar la-
 contundente sentencia De Bakey--otro de los célebres car-
 diodirujanos--acerca de que "todo lo que es capaz de ima-
 ginar el hombre, tarde o temprano, es capaz de realizar-
 lo", optimista afirmación a la que sin embargo, no se --
 puede atribuir de verdad absoluta.

Además de la indudable fascinación que los -
 trasplantes han ejercido sobre la mente humana, no me---
 nos cautivador ha sido todo lo concerniente al corazón.--
 Las orgías de Dionisio y los Ritos Religiosos de los ---
 antiguos pobladores de Anáhuac son ejemplos, entre mu---
 chos que la historia ha recogido, que atribuyen una muy-

especial categoría a la viscera cardíaca. Las referencias Bíblicas, las obras Shekespeareanas y, en fin, la literatura de todos los tiempos, revelan siempre un concepto místico o mágico del corazón, reiterado en toda indole de expresiones religiosas, artísticas y aún científicas de la actividad humana. Dicho concepto sigue motivando a las generaciones presentes y de él, muy probablemente, no se han liberado los connotados cirujanos de nuestros días.

El humano anhelo para lograr los trasplantes y la preponderancia que justificadamente o no se da al corazón, tienen un punto culminante en diciembre de 1967 y en los primeros meses del siguiente año, cuando el profesor Christian Neethling Barnard y su equipo del hospital Groote Shuur de El Cabo, Sud Africa, realizan las dos intervenciones quirúrgicas periodísticamente calificadas de "históricas", trasplantando corazones de un ser humano a otro y cuando los profesores Shumway y Kantrowitz, en los Estados Unidos de Norteamérica, pocos días después, realizan operaciones similares por cuanto al objetivo propuesto.

Tan audaces y hasta entonces insólitas operaciones; tuvieron por resultado que sólo uno de los beneficiarios sobreviviera a la etapa crítica, a pesar de-

las precauciones y cuidados de que fueron rodeados los pacientes; sin embargo los trasplantes dieron lugar a un concierto de elogios y a una ola de protestas consecuentes de las reflexiones o reservas mentales prevalecientes en los Colegios Médicos de diversos países, principalmente Francia, Alemania, la U.R.S.S. y en los mismos Estados Unidos de Norteamérica. Los juicios adversos se pusieron de manifiesto y alcanzaron algidez sobre todo cuando se habló de nuevos trasplantes a efectuar en un futuro inmediato. La idea de una sana y prudente emulación, bien preparada de antemano en beneficio de la ciencia y del enfermo a quien se trataba de salvar, se encontró oscurecida y desnaturalizada ante las acusaciones -- que calificaron de "carrera en busca de la notoriedad" o de rivalidad, en tanto que los problemas morales y de ética profesional se ponían de relieve y constituían materia de debate de amplitud cada vez mayor ante la emoción provocada por un desarrollo tecnológico excesivamente rápido y espectacular.

En cada etapa se plantean nuevas cuestiones y se hace una poca más de luz. El trabajo es arduo porque las discusiones a menudo se basan en informaciones -- insuficientes y muchas veces injustamente tendenciosas,

derivadas de la universal "querrela entre los antiguos y los modernos", que llega a su paroxismo cuando, correspondiendo a la invitación de los médicos de El Cabo, un grupo de cardiólogos, cirujanos e inmunólogos franceses, haciendo gala de recto juicio, llegaron a informarse en el lugar de los hechos y en contacto directo con los médicos del equipo Barnard acerca de la preparación, técnicas empleadas, riesgos circunstancias, esperanzas y evolución de las operaciones realizadas. Cuando regresó a Europa la comitiva de médicos, emitió una declaración pública hecha con plena competencia y con total lealtad intelectual, de tal suerte que, desde el punto de vista médico, despejó las dudas relativas al carácter científico de los transplantes y del control de los factores concurrentes a ellos, con lo que se abrió una nueva fase para proseguir los experimentos de transplantes cardiacos.

La presencia posterior del profesor Barnard en diversos países de Europa y en los Estados Unidos de América, despejaron mas todavía las dudas y reticencias acerca de la científicidad de objetivos perseguidos por los transplantes, sin embargo subsisten los titubeos y las incertidumbres relativos al complejo de factores concurrentes en la intervenciones quirúrgicas relacionadas.

En síntesis la ciencia médica o el consenso de los mas prestigiados médicos del mundo, alavó los procedimientos del profesor Barnard y de hecho autorizó la prosecución de ese tipo de investigaciones siempre y cuando ellas se cumplan estrictamente una serie de normas no escritas que permitan, por asi decirlo, el "control de calidad del trasplante quirúrgico", de la secuela de preparación y de la fase pos-operatoria.

Por lo que concierne al problema ético que entrañan los trasplantes de organos en seres humanos, son muchos y muy diversos los criterios emitidos. Referida al trasplante cardiaco y en ocasión de la visita que el profesor Barnard hizo al Papa Paulo VI en el Vaticano, este virtió una opinión apoyada y esencialmente concordante en los lineamientos que con anterioridad habia dado el Papa Pio XII a los científicos de la medicina, en el sentido de conservar la integridad del cuerpo humano, el cual no pertenece a la persona que lo ostenta sino a su creador a - demas de que en ningun momento no por circunstancia alguna se justifica vulnerar la integridad de la persona de un tercero, a pesar de que con la experimentación científica se busque la noble finalidad de beneficiar a toda la humanidad .

En el campo de lo jurídico la confesión es

todavía mayor. El derecho positivo, aún de las legislaciones tenidas por más avanzadas, poco o nada regula respecto de este tema. Solo se encuentran algunas disposiciones demasiado casuísticas u otras que por su exagerada generalidad resultan inaplicables a los casos concretos que se plantean y nuestro país, desafortunadamente, no es la excepción.

Por lo demás, la doctrina jurídica es todavía amorfa por cuanto al tema de que se trata y los esbozos que de ella se dan, los encontramos en ensayos aislados, en artículos demasiado breves o en conferencias insuficientemente explícitas. Por otra parte la deficiente información acerca de la materia o su exagerado tecnicismo, cuando dicha información va dirigida a los especialistas médicos, dificultan considerablemente el planteamiento de las hipótesis doctrinarias que darán base a las normas del derecho positivo.

Quiere decir entonces que el Derecho sufre respecto de la materia un atraso de dos a tres décadas, que, en la época actual de vertiginoso progreso tecnológico, son equiparables a siglos en etapas históricas anteriores a la que vivimos. Desgraciadamente se ha perdido la idealidad de que la norma jurídica sea previsoramente

de conducta humana, y por lo tanto, para seguir respetando los principios de derecho, elevados en nuestro medio al rango de normas Constitucionales, de la exacta aplicación de la letra de la ley o de la interpretación jurídica de ella para calificar un caso concreto, se requiere-- que todos los estudios del derecho se avoquen al estudio de esta alucinante materia que si constituyo fantástica preocupación, en épocas anteriores, en la nuestra ha llegado a tener una vigencia de inminente solución,

Mi trabajo, que ahora someto a la consideración del honorable jurado, no tiene otro propósito que-- patentizar las inquietudes y las dudas que me han suscitado la información de esos maravillosos logros de la -- cirugía, información que es deficiente en términos generales, lo ha sido más en mi caso.

Concluyendo mi trabajo puede calificarse como un catálogo de datos generadores de preocupaciones -- y la confrontación de ellas con las hipótesis normativas de nuestro derecho vigente y tambien con la mención de-- algunas hipótesis y sus correspondientes supuestos con-- los que he tratado de superar la inquietud causada por-- el tema; todo, repito, con la deficiente información y -- las limitaciones de conocimiento del que es mi caso se--

encuentra orgulloso de haber dado cima a una carrera pero que tiene la conciencia de que apenas empieza su estudio inacabable.

C A P I T U L O I

LA PERSONA COMO SUJETO EN
LOS TRASPLANTES DE ORGANOS . -

El derecho es ordenación justa de las relaciones humanas; existe y se justifican en función de la persona humana, cuyos derechos tutela y cuya integridad protege. Todas las ordenaciones que constituyen el Derecho, se dan por razón de los hombres a los cuales se refieren. el estado democrático establece la primacía del individuo por encima de las magnitudes colectivas, aunque esto no excluye el concepto de lo social y de las limitaciones que, atendiendo a las necesidades y requerimientos de la sociedad se imponen al hombre como ente indivisible, es decir, al individuo, ya que éste se encuentra insertado en la comunidad .

Estos principios son evidentes si se considera que, la armonía de intereses, derechos y situaciones, sólo puede ser resultado de un perfecto ajuste normativo de lo individual y social. Existen en todo régimen institucional valores fundamentales que las leyes deben proteger y garantizar: el respeto a la persona humana, a su dignidad, y a su integridad material. Ningún interés social puede estar por encima de tales principios.

Luis Recasens Siches, egregio maestro de la Universidad "Nacional Autónoma de México afirma, que la vida humana es "un ser distinto a todos los demás seres del Universo, pero además es el ser fundamental. Es decir, la vida humana es la realidad primaria y radical y, a la vez, la base y ámbito de los otros seres y la clave para la explicación de estos".- (2)

Igualmente nos dice "la vida de una planta-- es un mero hecho biológico, sin ulteriores consecuencias éticas. La vida del ser humano es también un hecho biológico, pero es asimismo, además, algo esencialmente diverso y de mayor importancia: un hecho cuya realidad y cuya integridad deben ser protegidas por las normas jurídicas" Este derecho es ciertamente inseparable del hecho mismo de la vida: se tiene derecho a vivir porque ya se vive.- El techo de la vida constituye el título del derecho a la vida.

Siguiendo el pensamiento de José Ortega y Gasset, el propio Recasens Siches, afirma que aquél ha sido quien ha meditado más profundamente sobre el tema -

(2).- Recasens Siches.- La Filosofía del Derecho en el siglo XX.- Pág. 59 y sig.

lo ha aclarado y definido. Ortega sobre el particular -- afirma: "vida en todo lo que hacemos; pero eso no sería vida si no nos diéramos cuenta de lo que hacemos. Es la vida una realidad de peculiarísima condición, que tiene el privilegio de darse cuenta de sí misma, de saberse.-- Pero este saberse no es un conocimiento intelectual, sino en el carácter de presencia inmediata de la vida para cada cual. Sentirse, darse cuenta, verse, es el primer atributo de la vida".

Por otra parte el mismo maestro Recasens considera dos dimensiones fundamentales de la persona humana, a saber: el albedrío y la articularidad de los valores éticos, dimensiones que se encuentran apoyadas la una en la otra de tal suerte que constituyen en todo unitario, indivisible que es la esencia de la personalidad.

Hasta aquí he analizado algunas conceptuaciones filosóficas relacionadas con la persona, que si atribuibles a un determinado autor, son el resultado del desarrollo del pensamiento humano en la historia, Con esto quiero patentizar que no admito la autoría de los conceptos y atributos relacionados con la persona, sino que reconozco la forma magistral en que un concepto se expresa por un determinado pensador, pero éste no está propia

mente inventando su pensamiento sino que se apoya en -- las ideas y en las concepciones elaboradas por todos los sujetos pensantes que le han precedido y que han dejado, como herencia social un cúmulo de datos que se utilizan como infra-estructura para perfeccionar los conceptos.

Suena casi a perogrullada el mencionar que -- las relaciones humanas se dan únicamente entre personas. Ahora bien, ese aspecto de las relaciones humanas que -- implican los trasplantes de órganos, por consecuencia --- obvia, se dan únicamente entre personas; de ahí que la primera preocupación para el desarrollo lógico de mi trabajo sea fijar, con la mayor precisión a mi alcance, los atributos, las características, los elementos que integran a la persona humana.

Me veo precisado, para los efectos del presente trabajo, a intentar un análisis de lo que es la persona, como sujeto potencialmente afecto al trasplante de órganos.

Aparentemente no hay ninguna duda para llegar a un concepto de lo que es la persona humana, aunque el análisis de sus elementos y características me lleva--

ría a un farragoso estudio que de inmediato sería exorbitante a los propósitos de mi ensayo. Provisionalmente consideraré a la persona como a un ente perteneciente al género humano o sea a un individuo animal racional. - Hasta ahora la solución parece demasiado simplista pero al pasar al siguiente escalón y tomar en cuenta que ese ser humano es un ente capaz de derechos y obligaciones, es decir, que se trata de una persona jurídica, el problema se complica.

Al efecto y únicamente para lograr mayor claridad en mis pensamientos, voy a realizar una separación artificial de elementos de la persona humana para identificarla con el sujeto activo o pasivo de los trasplantes de órganos.

De acuerdo con la definición que ya ha tomado carta de tradicional, persona es todo ente capaz de tener facultades y deberes. Sin embargo del examen de nuestro derecho positivo deduzco otras connotaciones que son de tomarse en consideración, cuando se habla de los menores de edad, de los nonatos de los sujetos a estado de interdicción y, en fin, de los que sufren cualesquiera otras de las incapacidades marcadas por nuestras leyes. Consecuentemente la persona tiene una capacidad de-

de goce y otra de ejercicio; la capacidad de goce es ---
 connatural a la propia especie humana o sea que por el -
 solo hecho de ser hombre, genéricamente hablando se dis-
 fruta de una serie de facultades, independientemente del
 cumplimiento de las obligaciones; de tal suerte que es--
 tas facultades a que me estoy refiriendo encuentran su -
 obligación correlativa, de acción o de ~~abstención~~, a -
 cargo de los terceros universalmente considerados.

Ahora bien, el sujeto en los trasplantes de
 órganos (por lo pronto dejo a un lado el carácter de do-
 nante o receptor) tiene que ser una persona humana, pero
 además una persona jurídica, cuando menos con capacidad
 de goce, como titular de una serie de facultades, dere--
 chos o medidas protectoras primarias tendientes a la con-
 servación de su individualidad, ~~de su personalidad~~.

La persona, en los términos referidos en el
 párrafo anterior ha sido protegida por una serie de nor-
 mas para garantizar al sujeto el disfrute de esos dere-
 chos fundamentales que le aseguren básicamente la conser-
 vación de su propio ser. A manera de ejemplos mencionaré-
 los siguientes:

a).--En el proemio de la Carta de las Nacio--

nes Unidas se habla de que "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras...y...a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana..."

b).- En la Declaración Universal de Derechos del Hombre proclamó el derecho que tiene todo individuo a la vida, a la seguridad de su persona, a no ser sometido a esclavitud ni torturas y al reconocimiento de su personalidad jurídica. (Artículo 3°. 4°. 5°. y 6°.)

c).- Nuestra Carta Magna prohíbe la esclavitud y establece que nadie podrá ser privado de la vida, ni molestado en su persona, sino como consecuencia de una secuela procesal o a virtud de mandamiento escrito, siempre respetando las formalidades legales preestablecidas, además de que erradica terminantemente las penas de mutilación. (Artículos 2°. 14, 16 y 22)

d).- El código Civil del Distrito y territorios Federales, de aplicación en toda la República en materia federal, establece protección legal en favor de la persona humana a partir del momento de su concepción y - finca en su favor la presunción de tenersele por nacido,

para todos los efectos de ley. (Artículo 22). Semejantes o iguales medidas protectoras en favor de la persona humana establecen los Códigos Civiles de los Estados de la Federación.

Como se ve en la básica preocupación humana, concurrente a la de los legisladores es en el sentido de conservar a la persona en su integridad física, cuidar - de que el individuo no sufra mutilaciones ni pierda partes de su propio ser.

Frente a todas las normas jurídicas del más-alto rango a que antes me referí, ¿qué actitud debe observar el jurista, el estudioso del derecho, ante la posibilidad de los trasplantes de órganos entre seres humanos?; ¿qué acaso los trasplantes de órganos no entrañan, a la luz de las normas vigentes, mutilaciones o ataques a la integridad de las personas?. La difícil respuesta a las cuestiones fundamentales planteadas, será el contenido de los subsecuentes apartados de mi trabajo.

C A P I T U L O I I

EL PENSAMIENTO JURISTA EN RELACION CON EL
PROBLEMA DE LOS TRASPLANTES DE ORGANOS.

Como toda conducta humana que tiene manifestación exterior, es decir que pone en interrelación a — dos o más personas hipotéticamente consideradas, la realización de los trasplantes de partes del cuerpo humano — tiende a ser y debe ser regulada por el derecho; sin embargo, como ya he manifestado anteriormente, la carrera — vertiginosa en que la tecnología de los tiempos actuales ha colocado a las disciplinas científicas, no ha sido lo — suficientemente propicia para la Ciencia del derecho.

Lo antes afirmado no significa en forma alguna que los estudiosos del derecho hayan dejado de preocuparse por todos los fenómenos sociales generados por — los adelantos científicos y concretamente por el tras — plante de partes del cuerpo humano, preocupaciones que — desembocan en especulaciones doctrinarias, en la elaboración de verdaderos sistemas de doctrina, en los análisis de todos y cada uno de los factores concurrentes en — el fenómeno no eminentemente jurídico, todo ello como — premisa indispensable para llegar a plasmar, en un futu—

ro mediato, las normas jurídicas que regulen las hipótesis de que se trata.

. Congruente con la secuela lógica que he esbosado líneas arriba, me apoyaré en las opiniones que en - relación con el tema de mi trabajo, han vertido ilustres jurisconsultos para mejor estructurar mis ideas al respecto y dar mis puntos de vista hijos más de la preocupación por el tema que del conocimiento del mismo, pero- de ninguna manera con la intención de enmendar la plana a los maestros a que enseguida me referiré .- (3).

Entre las opiniones de los juristas, resulta particularmente interesante la del maestro de Derecho - del trabajo licenciado Alberto Trueba Urbina.

Considera deben fijarse normas para la práctica de los trasplantes cordiales: pero advierte que— en su concepto la ciencia está por encima del derecho:

Este queda al margen-dice Trueba Urbina-acomete sus audaces vuelos hacia adelante. De otro modo, la

(3).- "Los Trasplantes de Organos Humanos".- Biblioteca-Criminalia.- Colección "Gabriel Botas".-1969.- Pags 83 y sigs.

expansión de la experimentación científica y de la investigación quedarían limitadas a estrechos campos de reducidas posibilidades.

-¿Cuál es el momento en que legalmente se -- considera muerta a una persona?--preguntamos--.Y Trueba Ur bina responde:

- Cuando cesan las funciones vitales. Es decir, cuando han cesado los latidos del corazón, la res--piración y las funciones cerebrales.

- ¿ Y si alguna de ellas pudiese ser reversi ble? --preguntamos-- Responde:

- He aquí porqué el jurista es el único que puede determinar legalmente cuando esta muerta una per--sona puesto que para esperar una posible reversibilidad de vida, se prescribe en el código Sanitario el lapso de 24 horas para la inhumación de un cadáver, en los casos penales. se practica la autopsia, como comprobación final del deceso y de las causas que lo motivaron.

¿Es utilizáble un corazón a las 24 horas de la muerte o del cese de las funciones vitales? y, ¿sería

legal arrancar el corazón a un hombre accidentado por - considerarlo "necesariamente muerto", aún cuando no haya ocurrido el deceso? entonces contesta el Maestro Trueba-Urbina:

-Ese es el problema de los cirujanos y de la ciencia, y es, al mismo tiempo, cuando el derecho se margina. Y en un arranque metafórico comenta: "Por eso la - justicia , a veces, aparece con una venda en los ojos".

-¿Hasta dónde tienen derecho los parientes - de un "donante involuntario" para autorizar que se aproveche de sus órganos vitales?

Trueba Urbina replica al instante: ¡Ningún - derecho! El cuerpo humano no es objeto de comercio y por ende no es tampoco de herencia. Jurídicamente es ilícito que un pariente otorgue permiso para que un cadáver sea mutilado. Moralmente, además, es inadmisibile. Y teológicamente, inconcebible. La muerte como la vida, son dignas de todo respeto. Y si nos remontamos más atrás del - problema, yo negaría que el propio donante tuviese jurídicamente derecho a disponer en vida de uno de sus órganos vitales para donarlo a otra persona, porque tal donador es miembro de una colectividad y por ello no es --

dueño de su propio cuerpo. De otro modo estarán equivocadas las legislaciones que condenan el suicidio o la aut^o mutilación.

-¿Y si es en interés de la ciencia y en beneficio de otra persona a quien va a salvársele la vida?

-Es el momento en que Themis se pone la venda en los ojos... Por otra parte, es de considerarse, dice Trueba Urbina, que el hecho de poder frangmentar el cuerpo no confiere legalidad al acto. Pero lícita o ilícitamente, todos los trasplantes realizados hasta ahora han contado con la aquiescencia de los parientes del "donante".

Los planteamientos formulados por una comisión de la honorable Barra Mexicana de Abogados, que despertaron interés entre los juristas dejaron sentado que la licitud de la disposición del donante es irrestricta y que puede disponer "en vida" el destino que ha de darse a su cuerpo, ya sea respetado de su inhumación o incineración, o bien donando parte o partes del mismo, pero siempre dentro de lo moral y del orden público, pues la Barra no pierde de vista que la ley, la costumbre, los sentimientos religiosos y el interés, de la

colectividad, debe sobreponerse a todo otro interés, por humanos que sean sus propósitos.

De ello se deriva, que si el donante puede - disponer la cesión de su corazón o cualquiera otro de - sus órganos para despues de su fallecimiento, correspon- de a sus deudos cumplir su voluntad, a menos que presen- ten argumentos válidos en contrario. De tal derecho, pue- de concluirse , contra la afirmación del maestro Trueba Urbina, que los deudos del fallécido pueden otorgar su - consentimiento para el aprovechamiento del corazón del - muerto, o pueden oponerse a tal acción. En uno u otro ca- so, según el criterio del planteamiento de la Barra, de- berá tenerse en cuenta el orden público y los dictados - de la moral.

Entre otra de las opiniones que ha recogido, está la del abogado Juventino Castro. Hábil en materia - Administrativa y Civil, quien ha incursionado por los ve- ricuetos del penalismo.

El Licenciado Castro coincide en algunos pun- tos con el criterio de la Barra de Abogados, pero en su - concepto, lo importante es que se formule una legisla- ción práctica y congruente con el admirable avance cien-

tífico, que ha culminado con la operación del injerto de un corazón sano en la cavidad de un corazón enfermo. — Manifiesta además que no es prudente sumergirse en la investigación de lo que es la vida y de lo que es la muerte, puesto que toda discusión filosófica se basa en el pensar, en el sentir y en el querer de cada uno y sería imposible hacer coincidir en fundamentales materias a dos o más personas. Lo útil en estos momentos es que los juristas, los médicos, los sociólogos y el público mismo, se percaten de que la ciencia médica se encuentra en una "sublime encrucijada", que ofrece, por una parte, perspectivas insospechadas y, por otra, problemas complejos que abarcan los ámbitos de la moral, de la conciencia social, del derecho y de la religión.

El primer problema que toca el licenciado -- Castro es el del donador. Opina que la ley debe establecer normas sobre cuándo puede considerarse legalmente -- muerta a una persona es decir, que no se incurra en el binomio "eutanásico" de confundir el desahucio con la muerte, pues una cosa es morir y otra estar condenado a muerte. Despejado ese primer punto, queda por resolverse la licitud de la utilización del corazón de una persona fallecida, para salvar la vida de un esperanzado paciente que yace moribundo en espera de ser salvado.

-Si el donante ha dispuesto en vida donar su corazón u otro órgano para beneficiar a una tercera persona, nada hay que la moral y la ley puedan objetar. La cesión del propio cuerpo es legal, si el ejercicio de -- tal derecho tiende a un fin noble como es el de salvar o tra vida. La moral, en mi concepto, gozará de regocijo -- ante un hecho de tan ejemplar solidaridad humana.

Es legal, si el trasplante es positivamente-mecesario. El derecho protege valores y ningún valor es más alto que la vida humana. Pero de no ser evidente la- utilidad de la operación del injerto cordial, la ley de be regular la desenfrenada carrera de trasplantes que se ha iniciado en el mundo. Un cardiaco podrá ser mantenido con vida por algún tiempo a base de los numerosos proce- dimientos que tiene a su alcance el médico; pero en tan- to que no se haya demostrado la eficacia del trasplante para prolongar la vida del paciente y se hayan resuelto- los problemas del rechazo, la ley debe limitar los casos en que el injerto sea positivamente necesario.

La interpretación religiosa de la vida-soplo divino-se concreta en el ser, y el ser es la conjunción- de alma y cuerpo. La cesación de la vida, pues, ocurre -- cuando el alma se separa del cuerpo. La interpretación --

biológica considera a la muerte como la suspensión de las funciones vitales (cesación de actividad cardial, cerebral y demás signos exteriores de suspensión de funciones). La interpretación jurídica, por su parte, funda su criterio en un procedimiento híbrido, en el cual el derecho acude al asesoramiento científico del médico, pues de acuerdo con el criterio doctrinario, para cumplir su cometido el Derecho tiene que acudir a las ciencias auxiliares. Cuando el legista o médico forense ha manifestado la muerte de una persona, su afirmación tiene carácter legal.

"Ninguna de las tres áreas de interpretación, sin embargo, puede precisar el momento en que ocurre el deceso de una persona. El organismo no muere de golpe simultáneamente. Después de la muerte real, prosigue las funciones glicogénicas del hígado; el estómago continúa con el proceso de digestión; los espermatozoides viven horas. Además todos sabemos que algunas de estas funciones continúan en actividad en personas que han sido declaradas biológicamente muertas, así como son el crecimiento de la barba, del cabello, de las uñas y otros signos que podrían introducir la duda sobre la eficacia del veredicto de muerte. La explicación es obvia: la cesación de las funciones fisiológicas no se realiza sino --

gradualmente, es decir, paulatinamente ocurre la destrucción estructural del cuerpo humano".

Ni la Constitución Federal, ni las de los -- Estados de la la republica, ni las leyes complementarias que reglamenten la aplicación de sus principios, ni el -- Código Penal Vigente promulgado en 1931, ni los particulares de las Entidades Federativas, ni los ordenamientos sanitarios existentes, contienen alguna norma que pudiera referirse a la licitud o a la expresa prohibición de las prácticas de los trasplantes de vísceras humanas.

No ocurre esto por imprevisión del legisla-- dor, sino que se debe al simple hecho de que en las le-- yes anteriores a los días que vivimos no pudieran ser -- previstas realidades entonces inexistentes.

Al ser iniciados los trasplantes de vísceras humanas, en su forma más arraigada y espectacular de corazón, de hígado, de páncreas, etc. nuestros juristas, -- como los de todo el mundo, participaron del mismo estu-- por que tan excepcionales operaciones quirúrgicas, des-- pertaron en todas las gentes del mundo.

Considero que hay dos notas fundamentales co mo son la espectacularidad y lo relativamente reciente

de la realización de los trasplantes cordiales, para que sea éstos, principalmente, a los que se refieran las -- opiniones antes transcritas. Sin embargo estimo que para intentar un estudio, aunque sea limitado del problema, - debo adoptar un método y de los existentes, examino los- fundamentales o más comunmente conocidos de análisis y - de síntesis otanado por éste último en atención a los ra- zonamientos que más adelante pergeñaré y que no anticipo referidos exclusivamente al método, para evitar cansadas repeticiones en un trabajo tan breve como el presente.

Así pues intentaré llegar al análisis de los trasplantes de corazón y de otros órganos del cuerpo hu- mano a partir de las situaciones y conceptos más genera- les.

Aquí la explicación de que reiteradamente me haya referido- y lo haré así @posteriormente-a trasplan-- tes de partes del cuerpo humano puesto que, si menciono- órganos en general o algún órgano en particular, se está dejando fuera determinadas partes del cuerpo humano que- de acuerdo con las técnicas médicas son susceptibles de - ser trasplantados, pero que de acuerdo con las conceptua- ciones biológicas y fisiológicas no alcanzan la catego-- ría de órganos en estricto sentido; verbigracia, pedazos

de piel, porciones de cartilago, pelo, etc. que son partes del cuerpo humano con los que se realizan trasplantes y que no constituyen órganos en sí mismos a la luz de la ciencia especial que los ha estudiado y clasificado.

Ahora bien, pasando también a las máximas generalizaciones en el terreno de lo jurídico, ¿el trasplante de partes del cuerpo humano es un hecho en sentido lato, un hecho jurídico o un acto jurídico?; a mayor abundamiento, ¿el trasplante de partes del cuerpo humano puede llegar a constituir lo que en doctrina conocemos como negocio jurídico?. Conviene analizar, examinando paralelamente dos ejemplos de trasplante, el de pelo y el de corazón.

Es innegable que el trasplante de pelo, como el de corazón constituyen un hecho en sentido lato,-- puesto que son acontecimientos que tienen una existencia y una objetividad, que modifican el estado de las cosas o de las personas las cuales a virtud de ese hecho-modificación, dejan de ser como eran en un momento dado, y pasan a ser como no eran.

Los mismos trasplantes, capilar y cordial, a

que me vengo refiriendo, ¿son hechos jurídicos?. Indudablemente que sí, porque cualquiera que sea la situación-imaginable de la que hagamos derivar la realización de los trasplantes, producirán consecuencias de derecho, En efecto si pensamos en el menos problemático trasplante -capilar, tendremos como concurrentes las voluntades tanto del donante como del receptor, además de una tercera-voluntad manifestada por el sujeto que desarrolla la técnica del trasplante; eventualmente la obligación del receptor de pagar una contraprestación al donante y al --trasplantador y, eventualmente también, la responsabilidad del realizador del trasplante frente al donante y al receptor por la deficiente aplicación de la técnica utilizada para el trasplante, que ocasione daños en agravio de los dos primeramente mencionados.

En relación con la más trascendental opera--ción de trasplante cordial, no considero necesario repetir las digresiones hechas para el capilar, a fin de llegar a la evidencia de que un trasplante de corazón produce necesariamente consecuencias jurídicas.

Al examinar en el párrafo anterior los dos--ejemplos propuestos de trasplante, apareció el elemento-voluntad que no es esencial al hecho jurídico y en cambio se es indispensable en la conceptualización del acto ju-

rídico. Considero que en los ejemplos propuestos se trataría de actos jurídicos porque la realización del acontecimiento trasplante (hecho en el sentido lato) requiere para su realización de la voluntad de las partes y dicho acontecimiento produce efectos jurídicos, independientemente de que la voluntad de los sujetos haya querido -- que tales efectos de derecho se produzcan. Examinaré mi acerto a través de los ejemplos señalados: tanto en el -- trasplante capilar, como en el cordial, se requiere de -- la voluntad de cuando menos uno de los sujetos interve-- nientes para lograr el acontecimiento trasplante, sin -- que importe si la voluntad operante haya tenido la efica-- cia suficiente para preveer, por ejemplo, la eventual -- responsabilidad del técnico en los trasplantes, al haber cobrado determinados honorarios por un injerto de pelo -- que a la postre resultó fallido y provocó una infección -- en el receptor que tuvo que ser atendida por otro médico que a su vez percibió honorarios, todo lo cual redundaría -- en un menoscabo patrimonial del sujeto receptor, posi-- blemente en un enriquecimiento legítimo por parte del -- sujeto que hizo el trasplante, es decir, daños reclama-- bles mediante el ejercicio de las acciones consagradas -- por la legislación.

Finalmente atacaré la última interrogante -- planteada acerca de si los trasplantes deber considerarse

se como negocios jurídicos, advirtiéndolo de una vez que — siempre considere una sutileza (pero muy digna de tomarse en consideración) de la doctrina Italiana, al considerar dos etapas, por así decirlo de la voluntad concurrente para que se produzcan consecuencias de derecho: — a) la voluntad para que se realice el acontecimiento y, — concurrentemente, b) la voluntad para que la realización del acontecimiento produzca consecuencias jurídicas.

A pesar del calificativo que de sutil atribuí al concepto negocio jurídico, considero que los trasplantes de partes del cuerpo humano deben quedar englobados con todas las características del negocio jurídico, por las siguientes razones :

a).— El acontecimiento, trasplante, debe — ser plenamente consentido por todos los sujetos que en — el intervengan y

b).— Todos los sujetos intervinientes en un trasplante deben tener cabal conocimiento de los efectos jurídicos que puede provocar dicho trasplante y manifestar su voluntad en el sentido de desear que todos estos efectos jurídicos se produzcan.

C A P I T U L O III

PLANTEAMIENTO DE LA POSICION MORAL

Examinando el problema médico, que entrañan los trasplantes, el problema moral, ético, debe recibir también una resolución admitida de modo general y satisfactorio. Porque aquí, tanto como en el dominio precedente, las controversias se han sucedido y la inquietud de unos aumenta al mismo tiempo que la intransigencia de otros. El tono de la discusión corre el riesgo de elevarse, y ya se sabe que no hay nada más difícil de calmar después, que las controversias de los filósofos y las disputas de los teólogos, esto dicho con el respeto debido.

Esto se ha podido constatar en el momento de la clausura del centésimo Congreso de Cirugía de Alemania del Norte, que tuvo lugar a fines de diciembre de 1967 en el Anfiteatro de la Universidad de Hamburgo. El principal orador, el profesor Teólogo Fhielicke, evocó algunos problemas fundamentales a los cuales la terapia moderna, que ha experimentado un gran desarrollo, no ha sabido responder todavía. La cuestión de saber si el médico puede y debe hacer todo lo que la técnica moderna le permite, ha hecho surgir unas discusiones apasionadas

en el curso de los grandes congresos médicos de estos últimos años. El médico no puede atribuirse por sí solo la responsabilidad de decidir donde se detiene la cirugía untraradical. Porque los problemas que hace surgir esta cuestión, desembocan en la moral a causa de los principios que pone en tela de juicio.

La técnica ha hecho tales progresos después de la última Guerra Mundial, que es necesario en efecto, preguntarse cada vez más seriamente, si las funciones biológicas salvaguardadas por medio de aparatos modernos están todavía ligadas a la personalidad del sujeto y donde se encuentran los límites de lo humano, ¿Se puede aún hablar de existencia humana cuando las funciones biológicas han podido conservarse y la personalidad se ha extinguido totalmente?. Por otra parte, un cierto número de enfermos padeciendo una afección grave o hereditaria son mantenidos en vida, gracias al arte de los médicos y a los descubrimientos de la industria farmacéutica. Estos transmiten sus taras hereditarias a la generación siguiente, de lo que resulta una selección negativa. Las taras se multiplican en sus descendientes. De este modo, si bien el médico ayuda al individuo hace, en cambio, pesar una carga importante sobre sus sucesores: ¿Se tiene el derecho de intervenir para modificar la naturaleza y conseguir un alivio momentáneo que puede te-

ner consecuencias nefastas sobre la descendencia?.

El teólogo se ve así enfrentado con el gran problema del reemplazo de órganos. Desde el momento en que se plantea, tiene que salvar un escollo de lo más importante, de los obstáculos inmunológicos opuestos por la naturaleza; pero sobre el plano ético las concepciones son más atrasadas con relación a los descubrimientos científicos: tenemos como prueba de ello el que numerosas personas que pertenecen a algunas sectas religiosas se oponen por ignorancia a la trasfusión sanguínea, incluso cuando su vida esta amenazada, porque están convencidas de que ello podría transformar su ser. Además cada trasplante de órgano o el empleo de un corazón, pulmón o el de un riñón artificial, llevan consigo grandes gastos que pocos enfermos pueden soportar. El médico se encuentra así de nuevo colocado ante un dilema que es menos de orden técnico que moral. ¿A quién ayudar? ¿Se deberá escoger entre las personas que tienen un valor, en cuanto a su existencia, y a las que no lo tienen para la comunidad?. Se confía bruscamente al médico el papel de un juez que decide entre la vida y la muerte de sus pacientes, un papel para el que ciertamente no está preparado.

Una situación análoga se presenta en los casos de trasplante de órganos puesto que no existe toda--

vía, a la hora actual, ninguna definición satisfactoria de la muerte fisiológica; cuando se quiere practicar un trasplante de órganos es necesario que estos últimos estén todavía "frescos"; pero los límites que separan la vida de la muerte se hacen cada vez más borrosos. Hasta una época reciente se consideraba todavía la detención del corazón como un criterio infalible de fallecimiento, hoy se recurre al electroencefalograma. La persona fallecida se convierte, en cierto modo, en una conserva de vida cuyos órganos pueden ser vueltos a utilizar después de su propia muerte para salvar otras existencias humanas. ¿Cómo conciliar estas contradicciones y hacer desaparecer esas dudas, desde el punto de vista de las exigencias de la ética?

Ante estas dificultades se comprenden las opiniones vacilantes o contradictorias de los moralistas de los teólogos. Es así como en el curso de una conferencia de prensa, el obispo auxiliar de México, (Monseñor Orosco Lomeli,) ha declarado según noticias de agencia del 13 de enero que en las circunstancias presentes la Iglesia Católica tiene por inmoral el injerto de corazón y que ciertos médicos comparten esta opinión, porque los trasplantes de órganos deben ser hechos con una certeza absoluta de ver salvar una vida. Los médicos que --

han emprendido desde ahora estas operaciones deben, en consecuencia, perfeccionar primero el sistema en laboratorio sobre animales y no sencillamente prolongar la agonia de los enfermos.

No es, por el contrario, inmoral para un moribundo el autorizar la extracción de órganos de su cuerpo.

Buscando la respuesta en los tres principios que el Papa Pio XII había expresado en un discurso pronunciado el 14 de septiembre de 1952 en el Primer Congreso de Histopatología del Sistema Nervioso principios que justifican a los ojos de la moral el empleo de procedimientos nuevos, de tentativas y de métodos terapéuticos nuevos el Doctor Castelli emite la opinión siguiente: (4)

1º.- Desde el punto de vista de la ciencia médica suele ocurrir que un método no puede ser empleado sin dañar el derecho de terceros. En este caso incluso si se tiene por objetivo el hacer progresar la ciencia

(4) Citado por el Profesor Jean Graven.- "Nuevas aportaciones al trasplante".- Revista Mexicana de Derecho Penal.- N°.29 .- Pags. 128 y sigs.

cia, tal medida no es moralmente admisible, según Pío XII. Como consecuencia el consentimiento previo del paciente no puede evidentemente justificar la licencia de operación puesto que un hombre no puede conferir al médico un derecho que él no posee puesto que nadie puede disponer la propia vida según su libre antojo, el paciente de Ciudad El cabo no ha podido en ningún caso ceder este derecho a los cirujanos.

2.- Desde el punto de vista del interés del enfermo mientras que un método terapéutico no está corroborado por experiencias hechas en el animal suficientemente numerosas y prolongadas en el tiempo tales como las que hubiera hecho falta intentar en el caso de la talidomida su aplicación no puede ser admitida como hecha en interés del enfermo. Por tanto, no se puede con certeza afirmar que la intervención intentada por el Doctor Barnard sobre el paciente, y que ha costado la vida a éste, haya sido practicada en su beneficio.

3º.- En fin, en cuanto a la existencia del bonum comune, o sea, del interés de la comunidad, del mismo modo que no se pueden lanzar nuevos productos en farmacopea sin haber establecido anticipadamente la dosis letal y la toxicidad crónica, del mismo modo aparece que no se puede considerar como lícita la aplicación de nuevos métodos (en cirugía cardíaca e inmunología), -

en tanto que no hayan sido objeto de todas las observaciones previas que impone la prudencia y la ley misma.-- Hacer investigación, por muy positivo que pueda ser el resultado final, sin consideración al derecho de la persona humana (a la que no debe utilizar nunca como instrumento, por grande que sea el interes científico), equivaldría en un cierto sentido, a hacer pasar como conforme a la moral la actividad de ciertos cirujanos nazis de triste recuerdo.

4º.- Ahora bién, si como dice el lenguaje popular, siempre rico en imágenes, es más seguro dirigirse a Dios que a los santos. se puede estimar contestable la opinión fundamental sobre el principio de que el injerto de corazón estaría hoy falto de base moral. Esta opinión ha sido rebatida con argumentos decisivos por una autoridad religiosa como el R.R.Riquet, en un artículo sobre la moralidad del injerto, fundándose él mismo sobre un escrito del órgano del Vaticano, "L' Osservatore Romano", titulado "Los injertos y el orden moral", Este artículo planteaba precisamente la cuestión de saber si los trasplantes de corazón eran lícitos y hasta qué punto, y reconocía que la pregunta es angustiosa, porque la vida es don de Dios del que el hombre no tiene más que el usufructo. El Papa Pio XII en otro de sus discursos-- a un congreso de médicos, el 30 de septiembre de 1954, -

trazo grandes líneas de la respuesta, según la cual en los casos desesperados cuando el enfermo parece perdido y si no existe todavía un medio último de curarlo que tenga alguna posibilidad de éxito, se debe admitir que el médico pueda, con la autorización explícita o táctica del enfermo, proceder a un tratamiento. Pero tres condiciones son indispensables: la urgencia de la intervención, algunas posibilidades de éxito y el consentimiento del enfermo.

Al temor de la cita anteriormente señalada, la doctrina ha sido fijada, en cuanto al empleo de nuevos métodos como sigue:

Antes de autorizar en moral el empleo de nuevos métodos, no se puede exigir que se excluya todo peligro, todos los riesgos. Esto está mas allá de las posibilidades humanas, paralizaría toda la investigación científica seria y redundaría con frecuencia en detrimento del paciente. La apreciación del peligro debe ser dejada en esos casos al juicio de un médico experimentado y competente. Hay sin embargo, un grado de peligro que la moral no puede permitir. Puede ocurrir, en los casos dudosos, cuando fracasan los medios ya conocidos, que un método nuevo todavía insuficientemente experimen-

tado, ofrezca, al lado de elementos muy peligrosos, posibilidades apreciables de éxito. Si el paciente da su conformidad, la aplicación del procedimiento en cuestión es moralmente lícita.

Hay otro aspecto del problema moral por cuanto al sujeto que conciente el trasplante de órganos vitales y al respecto cabe mencionar, siguiendo las ideas de Riquett, que el sujeto de referencia tiene que apoyarse necesariamente en las experiencias científicas previas y en el adecuado control de la operación y de sus afectos, generalmente establecidos por terceras personas, para fincar un mínimo margen de seguridad respecto de los resultados siempre y cuando tales resultados no se puedan lograr por medios menos riesgosos y que, además, los propios resultados sean indispensables para la supervivencia del receptor.

Está bien entendido que la experiencia sobre el animal deberá preceder el ensayo sobre el hombre, y este ensayo deberá rodearse de todas las precauciones necesarias para asegurar el éxito de la tentativa, cuyo primer objetivo es el de salvar la vida del hombre, más aún que la de ejecutar con éxito una experiencia espectacular.

Quisiera volver a repetir, para terminar el presente capítulo, las consideraciones de elevada belleza del teólogo. Estas ponen el sello de la serenidad al debate, que ha sido a veces poco parco en el choque de las convicciones adversas: ¿No es acaso un noble gesto para los suyos, el de ofrecer sus órganos más preciosos—para que en el momento que hayan cesado de servirle permitan el salvar otra vida humana?— Para expresar el fervor de la amistad que le mostraban los primeros cristianos de Galacia, San Pablo decía "Si hubiera sido posible, os hubierais arrancado los ojos para dármelos.— Lo que no era entonces sino una figura teórica, se convierte hoy en realizable por la virtuosidad de nuestros cirujanos. Se pueden dar los ojos para que después de la muerte—;no antes!—sirvan todavía para iluminar una vida humana. Se puede hoy dar hasta el corazón. La solidaridad humana, como la caridad cristiana, encuentran ahí— una expresión nueva y grandiosa.

C A P I T U L O I V

ANALISIS DEL TRASPLANTE DE PARTES DEL CUERPO
HUMANO A LA LUZ DEL DERECHO CIVIL.--

En apartado precedente, llegué a la conclusión de que el trasplante de partes del cuerpo humano debe considerarse, en el campo del Derecho, dentro de la -conceptuación que la doctrina italiana hace del negocio-jurídico. Como nuestra legislación no tiene incorporada la connotación del negocio jurídico., me concretaré a --considerar los trasplantes como actos jurídicos, que por entrañar una volición de los sujetos intervinientes, producen consecuencias de derecho, independientemente de -que tales consecuencias sean queridas o no por los sujetos.

Establecida esa premisa, paso a examinar algunas de las situaciones más fácilmente inaginables y -que son consecuentes del trasplante de órganos, al tamiz de algunos otros conceptos fundamentales del Derecho Civil.

Tomo nuevamente, para facilitar mis razonamientos, los dos ejemplos de trasplante a que ya antes -aludí: el capilar y el cordial. Los referidos ejemplos -

no fueron escogidos por simple coincidencia, sino que -- dentro de los trasplantes que ya en la práctica se efectúan, marcan dos puntos que si bien caen en el común denominador de " trasplantes de partes del cuerpo --- humano" , salta a la vista que sus móviles y consecuencias son totalmente diversos; en efecto, cuando pensamos hipotéticamente en un trasplante de pelo, se nos antoja -- que se realiza por vanidad en el sujeto receptor y las -- conductas tanto del sujeto donante, como del técnico que ejecuta el trasplante están condicionadas por esa vani-- dad que generará en su provecho la percepción de ganan-- cias que son lícitas, de acuerdo con las normas positivas, las conductas que las motivaron no resisten un severo -- análisis desde el punto de vista moral.

No quiero dejar de mencionar, (y una vez es tablecer el casuismo a que nos puede conducir el análi-- sis de las situaciones en particular) otra factible hipó-- tesis en relación con el trasplante de cabello y es el-- caso de una persona que, como consecuencia de una lesión recibida en la zona parietal, pierde el pelo de esa área, conservándolo en el resto del cráneo, lo que puede equi-- pararse a una cicatriz perpetua, a una marca en una par-- te visible del rostro que le provocará una situación aní-- mica adversa en el desenvolvimiento de sus actividades --

normales. Es inconcluso que en esta nueva hipótesis planteada, la realización de un trasplante capilar no está regida por factores de vanidad y, consecuentemente, tiene plena justificación normal, además de estar plenamente admitida por el derecho, siempre y cuando el realizador del trasplante tenga los conocimientos suficientes y actúe de conformidad con los estatutos aplicables.

Por oposición, se necesitaría forzar demasiado la imaginación para llegar a establecer un ejemplo hipotético de trasplante cordial, en el que el receptor no buscara la conservación de su vida, en virtud de encontrarse desahuciado por los demás recursos médicos a su alcance.

En las ideas antes expresadas, saltan a la vista dos elementos perfectamente identificables con los conceptos jurídicos consentimiento y objeto. A ellos me referiré:

Considero que por lo que toca a los trasplantes de partes del cuerpo humano, como regla general prevalezca que el consentimiento debe ser manifestado expresamente por los sujetos intervinientes, pero principalmente por el donador y por el receptor, pero además manifestado en forma personalísima y que debe hacerse a un lado la ficción jurídica de la representación.

Cabe mencionar los casos en que el receptor se encuentre imposibilitado de manifestar su voluntad o de que a ésta deba atribuírsele ineficacia, verbigracia, por tratarse de estados de enajenación mental, de sujetos a interdicción o de menores de edad; situaciones en las que el legislador deberá prever que el consentimiento sea otorgado únicamente por determinadas personas cuya vinculación con el receptor del trasplante los coloque fuera de toda sospecha, y sólomente en esos casos -- de pretender realizar mediante el trasplante una maquina ción contraria a la integridad del sujeto.

Aún existiendo el expreso consentimiento, -- manifestado por persona jurídicamente capacitada para el efecto, no deajo de tomar en cuenta que tal expresión de voluntad puede ser violentada, u otorgada erróneamente -- o como consecuencia de maquinaciones de un tercero, es -- decir quedar afectada por vicios del consentimiento. Al respecto y toda vez que el propósito de mi trabajo es sólo lamente generalidades, planteo la siguiente interroga ción ; cuando se trata de un consentimiento viciado para realizar el trasplante de partes del cuerpo humano, es -- suficiente esgrimirlo como invalidador de la situación -- jurídica planteada o debe siempre resolverse por medio de la sanción penal aplicada al sujeto que propició o tole ró el vicio del consentimiento ?.

Por cuanto al objeto de los trasplantes, para evitar confusiones, en primer lugar me referiré al objeto a trasplantarse, en sí mismo considerado y, simplemente y por definición del fenómeno que me ocupa, mencionaré que es una parte del cuerpo humano. Ya antes apuntaba que el objeto, con la connotación que se toma en este apartado, puede ser cualquier elemento, simple o complejo, que integre el cuerpo humano y que dados los avances técnicos ya logrados o por alcanzar, admita la posibilidad de ser quitado de un sujeto para ser incorporado en otro, en el cual seguirá viviendo.

Vistas las cosas en los términos planteados las partes del cuerpo humano reúnen, en principio, dos de las características que la ley marca para que puedan considerarse como objeto de un acto jurídico; existen en la naturaleza y son determinadas o determinables por -- cuanto a su especie. El tercer requisito legal para que las partes del cuerpo humano puedan considerarse afectas a la realización del acto jurídico trasplante, merece -- comentario aparte.

De acuerdo con la generalidad que he planteado al mencionar partes del cuerpo humano, es indudable que a la fecha, varias de ellas se encuentran en el comercio. Así, tenemos bancos de sangre, de huesos, de-

cartílagos, de piel y posiblemente de algunas otras partes, en los que con las debidas autorizaciones gubernamentales se comercia con esos elementos. Es de conocimiento vulgar que en los bancos de sangre, por ejemplo, se tienen grupos de personas donadoras, que mediante un precio unitario, fijado por las leyes de la oferta y la demanda, se sometieron a la extracción de un número de centímetros cúbicos de sangre en cantidad que no afecte a su integridad, sangre que debidamente clasificada según tipos, se almacena en las condiciones indispensables para su conservación y después es vendida a las personas que necesitan de ella, mediante el pago de un precio fijado en el mercado correspondiente y en el cual se incluye una ganancia para el intermediario.

Ahora bien, se puede argumentar en contra de la ejemplificación que he hecho, relativa a los trasplantes de sangre (transfusiones), que no se trata de órganos vitales o bien que por entrañar situaciones tan exhaustivamente exploradas en el terreno técnico-médico, han sido comúnmente aceptadas y por ende, adecuadamente reguladas por las leyes especiales.

Sin embargo, aceptando las críticas, quiero establecer las siguientes premisas:

a) Antes de que la medicina experimentara -

suficientemente las transfusiones, la sangre humana se encontraba fuera del comercio.

b) La sangre humana, en la cantidad que se extrae a los donantes, no puede considerarse como parte vital del cuerpo humano, pero sí podemos atribuirle ese carácter a la totalidad de la sangre de un ser humano e inclusive a una cantidad que sea superior al volumen mínimo para que el organismo no perezca.

De todo lo anteriormente expuesto deduzco que las partes del cuerpo humano en general, sí pueden ser objeto del acto jurídico trasplante y llegar a tener todos los atributos que al objeto señalan nuestras leyes positivas, a condición de que se fijen en las leyes especiales los márgenes permisibles en que puede utilizarse y aún comerciarse con las partes del cuerpo humano; todo ello con absoluta independencia de la forma en que se otorgue el consentimiento para la realización del trasplante, situación ésta que a mi modo de ver debe ser regulada y en forma más estricta de tal suerte, que como señalé líneas arriba, no se preste a torcidas maquinaciones el humano anhelo de suplir las deficiencias de un ser mediante el trasplante de las partes del cuerpo de otro.

C A P I T U L O V

EL DERECHO PENAL Y EL TRASPLANTE DE ORGANOS.

Desde que el Dr. Christian Neething Barnard y su equipo hizo a fines de 1967 en el Hospital de Groote Shuur, en la ciudad del Cabo Sudáfrica, el primer -- trasplante de corazón, operación que se ha repetido en o -- tros países, se ha planteado a la conciencia médica y -- al Derecho, el problema de si dicha operación es jurídicamente lícita. No falta quien la objete, pero la historia de la ciencia muestra que no debe limitarse su desarrollo, máxime cuando, como en este caso, lo que se busca es conservar una vida, utilizando un órgano de un ser que ha desaparecido.

Las disposiciones actuales de carácter punitivo, que norman la actividad médica, establecen que hay responsabilidad cuando existe falta en la acción del profesionalista, siempre que éste hubiera podido evitarla con más vigilancia sobre sí mismo o sus actos, o cuando el -- hecho reportado sea de tal naturaleza que resulte inexcusable el haberlo cometido. Desde antaño se ha legislado acerca de la responsabilidad de los que ejercen la medicina. Ya las leyes de las siete partidas prevenían: "Si los profesores de las ciencias médicas administrasen por impericia, medicina tan desacertada que mate al enfermo-

incurrren en la pena de cinco años de destierro y pérdida del oficio".

Ahora bien, en el caso del trasplante de -- órganos, no existen normas especiales porque el legislador no ha previsto estos casos, pero a la luz de los mandamientos generales, hay responsabilidad médica si como consecuencia de su conducta, culposa o dolosa, se comete un delito. A este respecto el cirujano que interviene, -- cuando la vida del enfermo está en peligro y en la operación que realiza observa las recomendaciones científicas , trasplantándole un órgano con el fin de conservarla, obra justificadamente.

Algunos penalistas han considerado que esas actividades del cirujano pueden considerarse como delitos, a virtud de que en caso del corazón la persona a la que se le quita este órgano fallece. Pero el problema -- no existe si al donante de tal víscera se le quita después de haber expirado. Es decir, la cuestión radica en saber en qué momento sobreviene la muerte:

A este respecto, la ciencia médica está en aptitud de certificar con seguridad la muerte de una persona según se demostró en la Reunión Internacional sobre Trasplantes, celebrada en Ginebra en junio de 1968, en --

la cual se fijó el criterio para calificar con certeza - un fallecimiento; dicho criterio estriba en el estado de abolición total e irreversible de las funciones cerebrales.

En tal virtud, sería conveniente que como - lo propone el Dr. Javier Palacios Macedo en su excelente estudio sobre este asunto, la certificación de la muerte del donador no sólo sea hecha por un cardiólogo, sino -- también por un neurólogo o neurocirujano, ajenos al grupo que realizará la operación del trasplante, y única -- mente después del dictamen relativo al deceso, deben proceder el cirujano.

Igualmente debe tenerse en cuenta que la - persona que recibe el trasplante reúna condiciones especiales, que a juicio del Dr. Barnrd son las siguientes: - debe haber recibido todas las otras curaciones sin resultado y, finalmente, debe haber llegado a la fase final de su enfermedad. Sólo en este caso a su juicio se debe realizar el trasplante.

Si cuando ha dejado de existir un sujeto, - se le quita a su cuerpo el corazón o cualquiera otro de los órganos calificados como vitales, para colocarlos en

un individuo receptor, que aún conserva la vida, aunque en condiciones precarias, no creo que haya ningún hecho-punible. Sin embargo la frecuencia con que tales hechos se suceden, sobre todo en los últimos tiempos, marcan la urgencia para establecer una normación que regule dichas operaciones quirúrgicas, a tal grado que, insertadas en los cuerpos codificados actualmente en vigor, tengan establecida a su favor una presunción excluyente de responsabilidad, siempre y cuando se de cumplimiento a un mínimo de principios y recomendaciones de carácter médico, - para actuar tratando de salvar vidas por medio de los -- trasplantes de órganos.

Es evidente que el delito de lesiones y el de homicidio, tal como se encuentran tipificados en nuestro derecho positivo, no existe en las intervenciones-quirúrgicas, porque no aparece el elemento subjetivo del delito, independientemente de que las huellas externas - de la actuación humana, sí nos proporcionan los elementos objetivos. Dicho en otras palabras, existe el cuerpo del delito en estricto sentido, pero, en términos generales, no se presenta la responsabilidad del sujeto, - Sin embargo y aun a riesgo de que se me tache de exageradamente mal pensado cabe meditar en la hipótesis de que exista la dañada intención en el sujeto que practica el trasplante, sin que por el momento tenga mayor rele--

da.

El profesor Crispini, que es autor de la teoría que no sólo sostiene la ausencia de dolo en el acto del cirujano, sino también la falta del elemento objetivo, ya que cuando se obtiene buen éxito en la operación, el resultado es contrario al que busca el delincuente. Pero además el hecho se lleva a cabo en el ejercicio de una profesión reconocida por el Estado, y por lo mismo no es un acto antijurídico, puesto que las acciones se realizan en cumplimiento de un objetivo grato a la sociedad y admitido por la ley. Se trata en consecuencia, de fines lícitos, pues persiguen asegurar la salud, es decir, salvar una vida.

En resumen, como dice Jiménez de Asúa, el fundamento jurídico justificativo del tratamiento médico quirúrgico, esta en el reconocimiento por parte del Estado, del fin perseguido, y su límite es la oportunidad del medio resultante, de las reglas de la ciencia y del arte médicos. En consecuencia, como no existen disposiciones reguladoras de los trasplantes, creo necesario que se elabore un ordenamiento de carácter especial, para salvaguardar el buen éxito de las operaciones y en particular los intereses del que dona alguno de sus órga

vancia la causa, motivo o fin determinante de esa intención maligna. Además, caben también las hipótesis en las que el médico, sujeto activo de la relación trasplante, actúe si no con intención dañada, sí con falta de pericia, experimentando intervenciones cuya técnica no tenga perfectamente dominada, o con negligencia inexcusable. Finalmente, cabe mencionar otra situación hipotética de la que puede derivarse conducta constitutiva de hechos delictuosos y es el caso de que, el médico interviniente, en el trasplante, actúe en sí mismo considerado, con estricto apego a las normas médicas, morales y legales, sin embargo algunos de los integrantes del equipo humano por él conjuntado (habida cuenta de que el tipo de intervenciones quirúrgicas a que me vengo refiriendo no pueden ser verificadas, en su planeación y ejecución, por un solo individuo), para practicar el trasplante, llegue a incurrir en alguna de las hipótesis dolosas o culposa a que antes me referí. Debo concluir que, afortunadamente, las situaciones planteadas, no corresponden a una realidad objetiva; los médicos llegan a las altas especializaciones técnicas, después de pasar por esfuerzos sobrehumanos y someterse a disciplinas inquebrantables, que traen como corolario el acrisolamiento de las más altas virtudes éticas: el médico no actúa para lesionar o matar, sino para mejorar la salud o salvar una vi-

nos al morir.

En cuanto a la disposición del cadáver, para que una de sus partes sea utilizada en un trasplante, no hay ningún problema si la persona que falleció, autorizó previa y expresamente que se tomara alguno de sus órganos, pero a falta de su consentimiento expreso, son los familiares los que podrían donar o permitir que se utilizara algunos de los órganos del extinto.- Estos pormenores y otros como el que han pedido algunos médicos para que la operación de los trasplantes únicamente se haga en hospitales que dispongan del equipo adecuado, podrían incluirse en una reglamentación especial, pues ante el número creciente de trasplantes del corazón que para estas fechas sobrepasan los ciento cincuenta, es menester tener en cuenta todas las informaciones necesarias para que dichas operaciones se lleven al cabo con la mayor seguridad. Por ejemplo, el doctor Barnard ha mencionado que debían reunirse tres condiciones en el donador: detención cardíaca; detención respiratoria y, sobre todo, la prueba de muerte, esto es, el fin de la actividad cerebral.

C A P I T U L O I V

LA MEDICINA FORENSE Y LOS TRASPLANTES DE
CUERPO HUMANO.

Por las notas consignadas en las partes precedentes de mi trabajo se puede facilmente deducir que, en principio y obedeciendo a lo que puede considerarse como ensayo de clasificación, si se quiere demasiado general, podemos dividir los trasplantes de partes del cuerpo humano en dos grandes guupos a saber: a) Aquellas en las que el donante está vivo y en perfecto estado de salud, a tal grado que le permite ceder una parte de su cuerpo, sin que ello entrañe amenaza a su integridad física; por ejemplo, las transfusiones sanguíneas, los injertos de -cabello, los de pequeñas porciones de piel, etc., y

b) Los trasplantes de órganos vitales que suponen necesariamente y por definición, la muerte del agente donante.

Por descontado tenemos el hecho de que no se -debe provocar la muerte de una persona para tener la disponibilidad de cualquiera de sus órganos vitales, para -ser trasplantados a otra persona, a la que, con ese traspante se le libre de un padecimiento y se le prolongue -

la vida.

Dicho en otros términos no es lícito, ni ~~im~~ moral, ni va de acuerdo con las normas éticas de la profesión médica y choca con el Derecho Natural, el hecho de cambiar la vida por vida, porque nadie está capacitado y pienso que nunca lo estará para poder determinar ~~cu~~ cual hay que segar, en aras de otra que se pretende salvar.

La hipótesis que plantea el primer agrupamiento de trasplantes, está suficientemente experimentada y los problemas morales y legales que puede entrañar, ya han sido resueltos satisfactoriamente y, aunque no ~~con~~ con la perfección que es de desearse, se encuentran regulados por normas jurídicas desgraciadamente demasiados dispersas en los diversos ordenamientos especiales de nuestro derecho positivo.

Es el segundo caso el que tiene una problema tica aún no definida y, consecuentemente, más lejos está todavía de alcanzar las adecuadas soluciones. La sola ~~men~~ mención de la premisa fundamental de éste tema da la medida de su trascendencia: ¿Qué es la muerte?; ¿Existe ~~una~~ una sola muerte? o ¿Cuántas clases de muertes hay?.

Las gentes sencillas consideraban que la muerte era una sola, al igual que la vida; pero al removerse en el escenario mundial de los trasplantes de corazones el concepto de científica y jurídicamente fija y determina cuando una persona ha fallecido, surgen hipótesis variadas sobre lo que es la muerte.

Para los juristas, la muerte es la cesación de las funciones vitales, es decir, la muerte funcional, que es cuando se suspende la circulación, la respiración y toda manifestación cerebral. La cesación funcional, empero está condicionada a la vigilancia médica durante un lapso, ante la posibilidad de que la suspensión de las funciones sea reversible, ya sea mediante el resucitador de corazón u otros estímulos que intenten reanimar el organismo yacente.

Esta muerte condicional podría denominarse -- también muerte técnica.

Los médicos aceptan como buena la anterior interpretación y se acogen a la muerte funcional. Sin embargo saben también de la muerte estructural o sea la -- destrucción total de los órganos vitales, ya sea por un medio traumatizante o por enfermedades violentas.

Hay así mismo, en la práctica forense, otra clase de muerte, cuando el dictaminador dice: la persona examinada -- presenta señales de muerte aparente. También figura en -- el vocabulario de la medicina legal, la "muerte real".

El deceso efectivo de una persona pues, esta a merced de la interpretación del facultativo que la atiende, o bien, atendido a la necesaria práctica de la autopsia, en los casos de muerte violenta.

CONVIENE EXAMINAR ALGUNOS DE LOS CONCEPTOS -- REFERIDOS A LA "MUERTE REAL" Y A LA "MUERTE APARENTE".-- Desde la antigüedad la ley y la sociedad han aceptado -- que la vida se extingue en un momento determinado, pero-- hasta ahora nadie se había preocupado por definir con -- precisión ese momento.

Comenzaremos por citar algunas definiciones-- tradicionales sobre este concepto. De esta manera. Martí-- nez Murillo define la muerte en medicina "como la aboli-- ción definitiva y permanente de las funciones vitales de un organismo (paro funcional de la circulación, respira-- ción, desaparición de las facultades activas, intelectua-- les, efectivas etc.).

El doctor Juan Carlos Smith dice que "muerte es la cesación o extinción de las funciones vitales, Es el fin natural del proceso evolutivo.

Ciertos tratadistas han manifestado que existen dos clases de muerte real y la muerte aparente.

En la muerte real, se presentan las aboliciones a que se refieren las definiciones transcritas con antelación, siendo las exteriorizaciones más perceptibles de este estado: la inmovilidad, la facies cadavérica y la relajación de esfínteres (la primera de estas es el signo característico externo fundamental de los cadáveres). La facies cadavérica, llamada también hipocrática, es el aspecto facial que presenta el cadáver, aspecto que proviene de la inmovilidad de los músculos del rostro. La relajación de esfínteres viene siendo el conjunto de fenómenos dentro de los cuales quedan comprendidos la dilatación pupilar, la caída de la mandíbula inferior, la abertura de los ojos, la relajación del esfínter anal, etc.

Además de estos signos que pueden ser percibidos sensorialmente, existen otros fenómenos físico-mecánicos que complementan externamente el cuadro de la muerte. Quedan comprendidos aquí, el enfriamiento (des--

censo térmico), la deshidratación, la coagulación sanguínea y las livideces cadavéricas cutáneas.

Muerte aparente, es aquella en la que se presentaron ciertos estados morbosos que son capaces de simular la muerte real.

Las enfermedades y accidentes capaces de simular la muerte real son: el histerismo, la asfixia, la congelación y algunos envenenamientos, la conmoción cerebral, la anemia, el síncope y en general todos los estados de shocks. "Es bien conocido que algunos estados histeriformes denominados con el término de catalepsia, simulan la muerte hasta el punto, como sucedía antes, de enterrar a una persona en ese estado, ya que por horas o por días la persona en estado cataléptico permanece insensible, inmóvil, haciendo creer en la cesación completa de la vida, en realidad no extinguida".

Durante los últimos años se ha venido admitiendo casi universalmente que el criterio decisivo es la muerte del cerebro y no la del corazón; por esa razón se han hecho grandes esfuerzos para encontrar una definición fidedigna de la muerte cerebral.

Los franceses acordaron en una convención --

que se debería establecer una definición actualizada sobre la muerte, habiendo determinado que con el advenimiento de los modernos ingenios de recuperación, la antigua definición de extinción aparente de la vida, con base en la ausencia de latidos de corazón la falta de respiración dejaría de estar en vigor. En ella se decidió también, que el certificado de defunción podría extenderse siempre y cuando hubiera una pérdida definitiva e irreversible de las funciones de un órgano indispensable para la vida en el curso de una operación quirúrgica del mismo. Se acordó igualmente que el signo que podía ser tomado como prueba irrefutable de la muerte fuese el de la cesación de las funciones vitales del cerebro.

Un simposio Médico Mundial que se organizó en Edimburgo en 1966, recomendó una fórmula para el mismo efecto, que estuvo basado en los siguientes requisitos:

- a).- Ausencia total de reflejos.
- b).- Silencio respiratorio.
- c).- Caída de la presión sanguínea.
- d).- Interrupción del riesgo sanguíneo al cerebro.

e).- Carencia de impulsos cerebrales reflejados por electroencefalograma.

Muy diversos organismos y entre ellos la Asociación Médica Mundial en 1968, han tratado de precisar la definición formulando la llamada Declaración de Sidney

De esta declaración, hemos tomado los siguientes conceptos:

Una dificultad es que la muerte es un proceso gradual a nivel celular, ya que la capacidad de los tejidos para soportar la falta de oxígeno es variable, sin embargo el interés clínico no reside en el estado de conservación de las células aisladas sino en el destino de la persona. En consecuencia, el momento de la muerte de diferentes células y órganos no tiene ni mucho ni menos la misma importancia que la certidumbre de que el proceso se ha hecho irreversible, cualesquiera que sean las técnicas de resucitación que puedan aplicarse" "Esta conclusión ha de basarse en el juicio clínico, completado en caso necesario por diversos instrumentos auxiliares de diagnóstico, de los cuales el más útil es actualmente el electroencefalógrafo. En cualquier caso, ninguna prueba instrumental aislada es enteramente satis

factoria en el estado actual de la medicina ni ningún mé todo técnico puede sustituir al dictámen global del mé dico".

Es importante transcribir la relación entre la muerte cerebral y la muerte cardíaca, que Frikholm ha resumido del siguiente modo:

1.- Todo sujeto cardiológicamente muerto está también cerebralmente muerto.

2.- No todos los cerebralmente muertos están cardiológicamente muertos, pero lo estarán al cabo de pocos minutos a menos que se les aplique una asistencia intensiva. En este caso, la muerte cardíaca se puede retrasar hasta tres semanas, pero no evitar.

3.- La individualidad está vinculada a la función cerebral.

4.- La muerte cerebral por consiguiente, es sinónimo de muerte del individuo.

5.- En consecuencia, la muerte cerebral debe constituir un criterio generalmente válido de muerte.

6.- Los índices indirectos utilizados durante siglos para probar la muerte cardíaca (V.Gr. Desaparición) constituyen la prueba igualmente sólida de la muerte cerebral.

Un comité especial establecido por la Escuela de Medicina de Harvard para estudiar la definición de muerte, publicó en un artículo titulado "Definición del Coma Irreversible", los resultados de sus declaraciones basándose este comité en que no siempre se dispone de un electroencefalograma en los casos de coma, la definición debe basarse entonces en los signos clínicos, en la falta de circulación (determinada mediante el examen de los vasos retinianos) o en la ausencia de actividad cardíaca. Dicho comité remarcó la importancia de los siguientes -- signos:

1.- Inconciencia total y falta de respuesta a los estímulos externos.

2.- Falta de respiración (comprobada tras una hora de observación o por la ausencia de movimientos respiratorios espontáneos cuando se para el respirador durante tres minutos.).

3.- Ausencia de reflejos.

4.- Electroencefalograma plano.

5.- Electrocardiograma plano.

El comite de referencia, dió toda clase de detalles sobre estos índices, definiendo con especial cuidado los conceptos de electroencefalograma planos y electrocardiograma.

Es interesante señalar que en la Gran Bretaña, en un paciente al que le ha sido aplicado un complejo cardíaco pulmonar, no presenta una recuperación cerebral en un tiempo determinado, se considera como práctica aceptada la suspensión de la asistencia mecánica, dejando de esta manera expirar al paciente.

En cambio en Africa del Sur, los médicos que hagan tal cosa, corren el riesgo de ser expulsados de la profesión.

En consecuencia de lo anterior, parece que la cirugía de los trasplantes puede convertirse en un procedimiento médico establecido, es necesario que la ciencia médica proporcione una clara definición sobre el monto de la muerte ya que esta controversia da lugar a interrogantes: ¿cuándo puede considerarse inútil seguir manteniendo la circulación y la respiración, fundándose-

en que la función cerebral está ya irremisiblemente perdida?, ¿en qué momento puede considerarse legítimo extraer los órganos de un sujeto aparentemente muerto, con la certeza de que sus funciones vitales han cesado total y permanentemente?.

Desde luego pues, que hemos de atenernos a la respuesta que nos proporcione la ciencia médica para que desentrañe ese momento, hasta donde hoy por hoy, le sea posible, coadyuvando de esta manera para la resolución de los problemas legales que se pudieran suscitar con motivo de la extracción de órganos vitales para su reimplantación en otro ser humano.

Para concluir, los trasplantes de corazones pueden seguir en su marcha espectacular; pero hay el peligro de que se establezca un "negocio de corazones u otros órganos" y que sólo los económicamente poderosos tengan a su alcance un corazón o algún otro órgano de repuesto. Si la operación de Barnard costó cerca de cuatrocientos mil pesos mexicanos, ¿que será cuando ya exista un negocio de vísceras cuyo precio estará fuera del alcance de la gente modesta? ¿En lo sucesivo, los donadores y sus parientes van a ser aún tan generosos de

ceder el órgano cordial gratuitamente?.

Para evitar que se cree un repugnante negocio de la que otrora fuera "sublime mercadería", deben tener en cuenta los médicos que practiquen la operación la calidad de quien reciba el beneficio de un nuevo órgano. Un gran estadista, un prohombre de ciencia, un artista - creador, un tecnico o un trabajador productivo, deben -- ser los seres preferidos para realizar los trasplantes, -- pues el propósito debiera ser el de salvar una vida... -- pero una vida que merezca ser salvada. No debe quedar a merced del dinero un avance tan alto y a la vez tan profundo de la ciencia médica.

Ahora me afirmo en la opinión de que la medicina por lucro es inmoral. No digo sino un lugar común al expresar que el destino de la medicina es la socialización. Tiempo vendrá en que se considere que atender un enfermo por dinero es ilícito. Y no sólo esto.- Con la evolución de las costumbres --ya gradual, ya violenta-- el lucro tendrá que desaparecer definitivamente como -- factor determinante de la producción, ya sea del pan, de la cultura o de la salud,

Además es erróneo que se piense que los servicios sociales prestados al hombre son una gracia o mer--

ced del soberano, del partido que manda. En realidad -- no son otra cosa que una obligación del Estado, la cual en México todavía no se realiza plenamente debido a la - corrupción que existe.

C A P I T U L O V I I

LA DOCTRINA JURIDICA CONTEMPORANEA Y EL TRAS-
PLANTE DE PARTES DEL CUERPO HUMANO.

Las implicaciones jurídicas provenientes de los trasplantes del cuerpo humano, son objeto principalísimo de estudio para los doctrinadores del derecho, quienes - sobre todo en la última década, se encuentran trabajando a marchas forzadas para llegar a discernir y tipificar - las calidades de los sujetos intervinientes en los trasplantes, los vínculos jurídicos que entre dichos sujetos se establecen, las causas o motivos determinantes para - la realización de los trasplantes y las consecuencias jurídicas que de ellos puedan derivarse.

En nuestro medio, debo mencionar al efecto, - el dictamen presentado ante el Consejo Directivo de la - Barra Mexicana de Abogados, por la Comisión designada - y que integraron los señores licenciados Manuel Palavicini, Javier Creixell del Moral, Benjamín Flores Barroeta - y Licio Lagos Terán.

Los lineamientos generales del dictamen de, -- que se trata podemos reducirlos al siguiente cuadro esquemático:

1º.- Derecho de la persona a disponer de partes de su cuerpo:

- a).- En vida.
- b).- De partes esenciales, que sean además regenerables.
- c).- De partes, esenciales o no pero regenerables.
- d).- De partes no regenerables.
- e).- Para después de su muerte.

2º.- Vínculos jurídicos resultantes de la disposición hecha por la persona de partes de su cuerpo.

- a).- Con respecto al destinatario de la disposición en la vida del autor de ella.
- b).- Con respecto al destinatario de la disposición, a la muerte del autor de ella.
- c).- Con respecto a los sucesores del autor - de la disposición, a la muerte de éste.

3º.- Derecho de terceros a disponer de partes del cuerpo de una persona:

- a).- En vida de ésta.
- b).- A su muerte.

No podría afirmarse que el tema sobre Trasplante de Organos Humanos haya sido estudiado exhaustivamente. En consecuencia, la Comisión al rendir su informe, exhortó a las autoridades competentes para que se avoquen, dentro de sus respectivas jurisdicciones, al estudio del problema y a proponer, en su caso la legislación que se requiera en las distintas codificaciones.

Como tarea previa al analisis de los puntos de referencia, la Comisión consideró diversas cuestiones. Se tuvieron presentes los hechos que desde tiempo atrás han venido ocurriendo con anterioridad al actual problema derivado de los trasplantes de corazón, así, las transfusiones y donaciones de sangre, los trasplantes de tejidos, la cesión de córneas, los injertos de huesos, los trasplantes de riñón, vasos sanguíneos, glándulas de secreción interna, testículos, paratiroides, tiroides, pulmones, páncreas, etc., del mismo modo que cuestiones vinculadas con el tema central, como las disposiciones relativas al propio cadaver y las que se refieren al cuerpo inerte del familiar. Puede apreciarse en torno a todo esto, por una parte, el cuantioso volumen de los hechos y prácticas personales, no sólo en el sentido de ausencia o trabas para autodeterminación, sino en la dirección que asegura la libertad para el desarrollo de su propia individualidad con base en esta idea de la liber-

tad, el individuo ha de estimarse moralmente soberano para la disposición de su físico, sin admitir imposición -- de ninguna especie, salvo las que resulten de la convivencia y con tal de que la disposición sea de acuerdo -- con un destino moral.

Conectado con lo anterior, en una primera -- aproximación al campo de la convivencia, es universal -- la aceptación del derecho a la integridad física, que -- representa una barrera de no agresión que incumbe a terceros, con una vigencia "erga omnes"; prohibición y correspondiente sanción a los atentados personales y deber social de respeto para con el cuerpo.

Desde otro punto de vista, no hay duda de la importancia que tiene para este tema la consideración de los datos de la ciencia en cuanto a la precisión de la muerte: la paralización de los centros nerviosos generales, la paralización de la respiración, la terminación -- de las funciones circulatorias y el manejo de las pruebas más avanzadas, entre las que al parecer cabe citar -- la que investiga el paro en la corteza cerebral.

Desde los puntos de vista de la moral, de la convivencia y de la ciencia, cabe hacer las siguientes -- aplicaciones al campo jurídico.

a) La persona tiene el derecho de disponer de parte de su cuerpo si ello redunda en su salud y bienestar corporal.

b) En ejercicio del derecho anterior, la persona puede disponer de partes esenciales o no, que sean regenerables o que no lo sean, pues la idea dominante es la salud y el bienestar del todo.

Por lo tanto, esto explica su consentimiento - válido para los tratamientos médicos más extremos en la medida de su necesidad.

c) La persona tiene derecho de disponer en vida de partes de su cuerpo, para beneficio de otra, con tal de que el motivo que la impulse sea conforme al orden público y a las buenas costumbres, esto es, a la moral.

Por lo tanto, serán válidos los actos de disposición que se guien por determinaciones justificables - conforme a la moral, como la caridad, lo que será motivo de apreciación en cada caso singular.

d) El derecho últimamente expresado tiene el límite de lo que es meramente un acto de administración-

del cuerpo, mas no la disposición que entrañe su aniquilamiento.

En consecuencia, la disposición sólo ha de ser posible respecto de partes no esenciales y que sean también regenerables. Esto no sólo por virtud de la idea moral que veda la autodestrucción, sino en función de la colectividad por cuanto al orden público que significa la conservación de la personalidad y los derechos de terceros que pudieran resultar afectados, por ejemplo, los de familiares menores con derechos a alimentos, por no hablar de acreedores en general y del Estado mismo.

e) En todo caso, la disposición no debe ser estimada como vinculatoria con respecto al destinatario de ella, pues ha de ser absolutamente libre y siempre revocable, ya que de otra suerte se atendería a la irrestricta libertad de la persona en esta materia y se permitiría la disposición, por parte de terceros de su cuerpo.

f) En concordancia con lo anterior debe desecharse el derecho de terceros a disponer de partes del cuerpo de una persona, con la salvedad de que se trate de intervenciones médico-quirúrgicas indispensables para su salud y no fuera posible obtener su consentimiento. En este punto nos encontramos en el campo de la responsa

bilidad médico-profesional y en la posibilidad en que -- eventualmente se encuentren los familiares o representantes de la persona para resolver.

g) Aunque pudiera parecer que la disposición del cuerpo para después de la muerte es por completo libre y que por tanto no cabría señalar ninguna limitación jurídica, máxime si se considera el carácter de -- cosa que en cierta forma pudiera corresponder al cadáver, no debe olvidarse la grave influencia de las costumbres, de la religión y de la moral, que desde antiguo pasa encunanto al cuerpo muerto. Por tanto, aun cuando es dable sostener el principio de la libertad personal para disponer de su cuerpo señalando el destino que se le haya de dar después de su muerte, los deudos, los familiares, la colectividad han de estar en posibilidad de no cumplir -- la voluntad del autor si contradice la moral, las buenas costumbres, y/o el orden público.

h) La disposición del cuerpo para después -- de la muerte es revocable y libre por su autor, por lo -- que si al morir éste, había revocado la disposición, no -- habrá nacido derecho alguno en favor del destinatario.

i) La disposición del cuerpo para después de -- la muerte es en principio vinculatoria con respecto a --

los sucesores del autor; dejando a salvo la posibilidad en que los deudos, los familiares y la colectividad deben omitir el cumplimiento de esa voluntad, en vista de la moral, de las buenas costumbres, y del orden público.

j) En principio los sucesores pueden disponer de los restos mortales y puede hacerlo también la colectividad, pero únicamente si la disposición es de acuerdo con la moral, con las buenas costumbres y con el orden público, con arreglo a los criterios señalados para el caso de disposición que hubiera hecho en vida el difunto.

l) En fin, en todo caso de disposición de la propia persona, de los sucesores, en vida o para después de la muerte habrá que examinar sobre todo el motivo lícito, orden público, buenas costumbres y moral; pues la cuestión no radica en la comerciabilidad del cuerpo sino en la causa socialmente valiosa que determine la disposición. En consecuencia, siempre debe tener la sociedad, el derecho de aprobar o reprobar la disposición hecha.

El anterior estudio que se ha llevado a cabo, conduce a responder que nuestro Derecho Positivo, no da una pauta cierta para la resolución de los problemas de que se trata.

En el orden Constitucional, en nuestra leyes-civiles como ya apunté al inicio de mi trabajo, sólomente se encuentran disposiciones en el sentido de la afirmación de la personalidad del ser humano, del derecho a la vida y del respeto debido a la persona, en lo que cabría calificarse del deber social de no agresión que incumbe a terceros.

En derecho privado, el régimen de los contratos, aplicable a los negocios y actos jurídicos en general, sólo podrían verse com preceptos aplicables los que se refieren a la posibilidad y a la licitud de objeto, -- lo mismo que a la licitud del motivo o fin determinante. De otra parte, el régimen de las sucesiones no arroja mayores luces sobre el particular, pero, nuestro régimen legal no sólo peca de silencio al respecto, sino que podría admitir su interpretación en sentido negativo a los trasplantes de órganos, siendo de reflexionarse que aún en sistemas jurídicos en que, como en el Italiano, Código Civil Portugués y Código Civil de Etiópía, se hace expresa alusión a los actos de disposición del propio cuerpo, la mateira en estudio es fruto de numerosas polémicas.

Llegando a este punto de mi trabajo, considero conveniente destacar los aspectos a que en seguida me

referiré y que sirven de base a las conclusiones de mi tesis:

1.- El problema jurídico que entrañan los ---- trasplantes de partes del cuerpo humano, radica fundamentalmente en la eficacia que legalmente debe reconocerse a la voluntad manifestada para disponer de alguna parte del cuerpo humano propio o perteneciente al que en vida pudo atribuirse el carácter de tercero.

2.- Generalmente al margen de las disposiciones legales, por no ser éstas lo suficientemente explícitas, desde hace bastante tiempo se han llevado al cabo - actos de disposición de partes del cuerpo humano. Cabe hacer mención que, en términos generales, dichas voluntades manifestadas, se han sujetado a la moral, las buenas costumbres y al orden público.

3.- La conciencia colectiva - tomada como suma de las individuales - manifiesta una franca tendencia para admitir los trasplantes de partes del cuerpo humano y los actos volitivos que los generan, siempre y cuando el fin perseguido sea éticamente valioso.

4.- La doctrina jurídica ha efectuado amplísimos estudios acerca de la materia, pero aún faltan por -

examinar innumerables aspectos y posibles situaciones -- concretas de donde se derive el común denominador que dé base a las hipótesis normativas que regulen los trasplantes de partes del cuerpo humano.

5.- Se necesita una mayor comunicación entre la medicina y el derecho, de tal suerte de ampliar el campo de la medicina legal, a tal grado que el jurisperito llegue a tener un amplio acervo de conocimientos médicos relativos a los trasplantes, para poder soslayar la adecuada normación de ellos.

6.- La mayor parte de los sistemas de derecho positivo no han acogido de manera expresa normas que regulen los trasplantes y, por excepción, induyen disposiciones al efecto, pero aisladas y no constituyendo un cuerpo codificado especial.

7.- En particular, el Derecho Mexicano, carece de una reglamentación específica para los trasplantes.

C O N C L U S I O N E S .

PRIMERA.- Es necesidad social inaplazable la promulgación de un cuerpo codificado especial, que regule en el ámbito federal, los trasplantes de partes del cuerpo humano.

SEGUNDA.- La normación de que se trata debe cubrir los siguientes aspectos:

1.- ASPECTOS DE ORDEN ESENCIALMENTE MEDICO.

a).- Los trasplantes de órganos sólo deben practicarse en nosocomios de reconocida solvencia y prestigio, que cuenten con todos los elementos humanos y materiales específicamente requeridos para actividades científicas de tal categoría, figurando entre estos elementos: equipos de médicos altamente especializados en las técnicas del trasplante; especialistas en diversas ramas de la medicina; instalaciones, implementos e instrumental adecuado y laboratorios de medicina experimental.

b).- Que la selección del receptor no se lleve a cabo por un solo médico, sino por un grupo de médicos especialistas competentes, que en el caso del trasplante de corazones, serían cardiólogos cardiocirujanos-

e inmunólogos.

c).- En caso de encontrarse varios enfermos— que necesitan el trasplante y si no hay más que un órgano disponible, se deberá tomar en cuenta, el que más necesidad tenga, el más enfermo, sin entrar en consideraciones sobre el mérito o la importancia social de los — enfermos.

d).- En cuanto a la responsabilidad de la de si ci ón a tomar, son los médicos los que deben asimilar.— para injertar o no un nuevo organo al enfermo, ya que el público no está calificado para hacerlo.

e).- La compatibilidad de los tejidos entre — receptor y donador, puede ser determinada por medio de — diversas pruebas, Ya que la histocompatibilidad es esen cial para el éxito del trasplante, tales pruebas, o aque llas que vengan a mejorarlas, las cuales deberán ejecu— tarse siempre antes de proceder a la intervención.

f).- Que la certificación de la muerte del do na do r, sea hecha por lo menos por un cardiólogo, un neu— rólogo, un neurocirujano y un notario público, ageno. los tres primeros al grupo que realizará la operación del —.

trasplante.

g).- Debe establecerse los límites del acto y fijar una norma legal y precisa, respecto del momento que pueda aprovecharse el corazón de una persona que haya sido declarada "legalmente fallecida".

h).- A juicio de algunos médicos, deberán reunirse tres condiciones en el donador: La detención cardíaca; la detención respiratoria y sobre todo la prueba de muerte, esto es, el fin de la actividad cerebral.

i).- Deberá tenerse en cuenta que la persona que recibe el trasplante reúne condiciones especiales que según criterio médico son las siguientes: debe sufrir de una cardiopatía irreversible; haber recibido todas las otras curaciones sin resultado y finalmente haber llegado a la fase final de su enfermedad. Sólo en este caso deberá realizarse el trasplante.

j).- El receptor de un injerto, puede presentar diversas complicaciones en su evolución ulterior, siendo entre las más importantes las consecutivas a la terapia inmunodepresora, por lo tanto, es necesario la vigilancia cuidadosa del paciente, para la atención inmediata de cualquier contingencia preferentemente en la

institución o nosocomio.

2.- PROBLEMAS DE NATURALEZA ETICO--MORAL.

a).- La persona tiene derecho a disponer de partes de su cuerpo si ello redonda en su salud y bienestar corporal.

b).- La persona puede disponer de partes --- esenciales o no, que sean regenerables o que no lo sean, pues la idea dominante es la salud y el bienestar del todo.

c).- La persona tiene derecho a disponer en vida de partes de su cuerpo, para que se empleen después del fallecimiento en beneficio de otra, con tal que el motivo que lo impulse sea conforme al orden público y a las buenas costumbres.

d).- Serán válidos los actos de disposición que seguían por disposiciones justificables conforme a la moral y a las buenas costumbres, por la caridad, lo que será motivo de apreciación en cada caso singular.

e).- El derecho anteriormente expresado tiene el límite de lo que es meramente un acto de adminis--

tración del cuerpo, mas no la disposición que entrañe su aniquilamiento.

f).- La disposición sólo ha de ser posible — respecto de partes no esenciales y que sean también regenerables. Esto no sólo en virtud de la idea moral que — veda la autodestrucción, sino en función de la colectividad por cuanto al orden público que significa la conservación de la personalidad y los derechos de terceros que — pudieran resultar afectados.

g).- La disposición no debe ser estimada como vinculatoria con respecto al destinatario de ella, -- pues ha de ser absolutamente libre y esencialmente revo-- cable, ya que de otra manera se atendería a la irrestricta libertad de la persona en esta materia y se permiti-- ría la disposición por partè de terceros de su cuerpo.--

h).- En consecuencia debe desecharse el de-- recho de terceras a disponer de partes del cuerpo de una persona, con la salvedad de que se trate de intervencio-- nes médico-quirúrgicas indispensables para la salud y no fuera posible obtener su consentimiento. En este punto-- nos encontramos en el campo de la responsabilidad que--- eventualmente asumen los familiares y representantes de-- la persona para resolver si se hace el trasplante.

i).- No es posible estimar un cadáver para-- que una de sus partes sea utilizada en un trasplante, no hay ningún problema si la persona que falleció autorizó expresamente que se tomara alguno de sus órganos, pero-- a falta de consentimiento expreso, son los familiares los que podrían donar o permitir que se utilizara alguno de los órganos del extinto.

3.- CUESTIONES DE TIPO LEGAL.

a).- La disposición del cuerpo para después de la muerte es revocable y libre por su autor, por lo -- que si al morir éste había revocado la disposición, no -- habrá nacido derecho alguno en favor del destinatario.

b).- La disposición del cuerpo para después de la muerte, es en principio vinculatoria con respecto -- a los sucesores del autor; es decir, por cuanto a la -- obligación de los deudos, los familiares y la colectivi-- dad tienen que cumplir la voluntad del referido autor.

c).- Los sucesores pueden disponer de los restos mortales y puede hacerlo también la colectividad; pe-- ro únicamente la disposición es de acuerdo con la mo-- ral, con las buenas contumbres y con el orden público.

d).- En todo caso de disposición de partes - del cuerpo humano en vida o para después de la muerte, -- habrá que examinar sobre todo, el motivo lícito, apego -- al orden público, buenas costumbres y moral, pues el hecho no radica en la comercialidad del cuerpo sino en la causa moral, valiosa socialmente que determine la disposición. En consecuencia, siempre tendrá la sociedad, el derecho de aprobar o reprobar la disposición.

e).- Salta a la vista la necesidad de una codicación especial que regule la materia: con ámbito federal, para evitar la posible diversidad de criterios en cuestiones de tan alta trascendencia.

f).- Se requiere la creación de órganos semi-jurisdiccionales, integrados por cuerpos colegiados de médicos y juristas que deban determinar en los casos críticos la posibilidad, positiva o negativa, de realización de un trasplante o de la disposición de partes del cuerpo humano, vivo o cadáver.

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

- 1.-N. Sierra Manuel-Derecho Internacional
Publico- Cuarta Edición.
- 2.- Constitución Política de los Estados
Unidos Mexicanos.
- 3.- Código Civil para El Distrito y Territorios
Federales.
- 4.- Recarsens Siches Luis- La Filosofía del
Derecho en el siglo XX.
- 5.- Revista Mexicana de Derecho Penal N° 29.
- 6.- Los Trasplantes de Organos Humanos-
Biblioteca de Criminalia.
- 7.- Diccionario Enciclopédico Salvat-
Octava Edición.
- 8.- Enciclopedia Juridica Omeba- Tomo XIX
- 9.- World Medical Journal- Noviembre y Diciembre
1968.

- 10.- Journal of the America Medical Association-
5 de agosto de 1968- Vol. 205.
- 11.- Periodico Herlado de México.- Febrero 15 de 1968.