

BIBLIOGRAFIA

- MANTOVANI, Ferrandi. *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero* 209
Lydia Trujillo Quevedo

Consejo a que busque impresor para la *Recopilación*, sin embargo como su aprobación ya había tenido lugar la obra es conocida como *Recopilación de 1680*. Una vez impresa, a mediados de 1682 sale finalmente en la flota de la bahía de Cádiz hacia su destino. Algunos ejemplares habían sido distribuidos previamente entre las autoridades del Consejo de Indias, la Casa de la Contratación de Sevilla, etcétera.

A través de este breve resumen podemos darnos cuenta de la cuidadosa investigación del profesor Manzano en torno a la historia de la *Recopilación*. Como en otras ocasiones, el trabajo se apoya en un serio aparato crítico.

En las páginas siguientes al estudio preliminar se encuentra el Índice de los títulos contenidos en los libros primero y segundo de la *Recopilación*... No creemos necesario repetir una vez más la estructura de la obra, de todos conocida, ni agregar adjetivos —ya se han escrito bastantes— nos parece más interesante destacar algunas cuestiones: gracias a las investigaciones del profesor Manzano conocemos pormenorizadamente la historia de las recopilaciones, a muchos otros estudiosos debemos diversos trabajos bien sea sobre las ventajas o las desventajas de las leyes de Indias. Hay simples apologistas y meros detractores, de un lado tenemos la idea de que allí donde se aplicaron sobrevivió el indio y del otro que no obstante su buena intención, su aplicación y en consecuencia su eficacia fue prácticamente nula. Pensamos que no obstante lo mucho que se ha escrito sobre las leyes de Indias, aún está por hacerse un estudio serio, frío, sin “leyenda blanca” y sin “leyenda negra” y riguroso de estas leyes. No la historia de su elaboración, que ya está en parte hecha y muy bien hecha, sino un estudio serio de su contenido, un análisis crítico de sus preceptos relacionado con los datos histórico-jurídicos que proporcionan cronistas, historiadores, misioneros, etcétera, un estudio también de las causas de su lentísima elaboración.

María del Refugio GONZÁLEZ

MANTOVANI, Ferrandi. *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova-Cedam, Casa editrice, Dott. Antonio Milani, 1974, 1 034 pp.

El tema de este libro es oportuno en la actual discusión entablada por médicos, juristas y moralistas. El autor realiza un análisis casuístico sobre las formas y problemas que presenta la implantación de órganos en los seres humanos y demuestra la inminente necesidad de crear una debida reglamentación que evite abusos.

Con el fin de ilustrar al lector, se describe gráficamente, en el *anexo*, la obra de Mantovani.

En la introducción, Mantovani reseña la evolución histórica de la ciru-

gía; desde la tradicional, que tenía por finalidad salvar la vida del enfermo; hasta la cirugía sustitutiva, que tiene por objeto restablecer, en el organismo dañado, una función normal, reemplazando el órgano afectado.

Los trasplantes pueden realizarse utilizando órganos provenientes de animales o de seres humanos. En el primer caso, el problema de la licitud, dice Mantovani; está en relación con los intereses del receptor. El segundo caso, presenta a su vez dos situaciones: en primer término, la situación previa o de obtención del órgano, en la cual entran en juego los intereses del donador; en segundo término, la situación del injerto en sí, en la que se tutelan los intereses del receptor.

La cirugía sustitutiva puede poner en conflicto intereses colectivos y particulares, porque a la colectividad le interesa el progreso de la ciencia médica y a los particulares les interesa que se respeten sus derechos primordiales como la vida, la integridad física y la protección de su cuerpo al convertirse en cadáver.

Sostiene el autor que los problemas que presentan los trasplantes no son de licitud, sino de límites de dicha licitud; bajo este punto de vista desarrolla su obra.

I. En la parte correspondiente al estudio de la actividad tendiente a obtener órganos o tejidos del cuerpo de una persona, se establece que la licitud de dicha actividad, está en íntima relación con los sistemas que protegen a la persona, como la ética profesional, el control interno de la profesión médica, la reglamentación jurídica de las obligaciones de médicos e investigadores y la garantía efectiva que puede darse a través de una regulación rígida que deje el menor margen de discrecionalidad al órgano judicial o administrativo, o por medio de una regulación abierta que fije los principios rectores de la materia y faculte al órgano judicial para adaptarlos al caso concreto.

A) La técnica médico-quirúrgica, sobre todo en materia de trasplantes, está determinada según Mantovani, por el ordenamiento estatal que puede ser de carácter utilitario, en el que se desconozca la individualidad en beneficio de un interés colectivo, o de carácter personal, que tutele los derechos fundamentales de la persona.

Toda actividad médico-quirúrgica, implica un riesgo; sin embargo, está jurídicamente permitida porque es considerada útil a la humanidad. Es precisamente en esta utilidad donde radica el fundamento técnico formal de la licitud de los trasplantes de órganos.

B) En el estudio de los límites objetivos de la licitud, tenemos que la posibilidad de disponer del cuerpo humano tiene de acuerdo con el autor, dos clases de límites:

Los utilitarios, los cuales están basados en el principio de la proporción entre interés sacrificado e interés satisfecho; y los personales, los cuales postulan la prohibición de disponer del cuerpo ajeno, la facultad de dispo-

ner libremente del propio cuerpo en ventaja de la propia salud —aun cuando los actos impliquen un riesgo—, la prohibición de atentar contra la propia vida o la salud; la protección de la dignidad humana que garantiza a la persona una igualdad jurídica y social de vivir y morir con dignidad.

Respecto a la protección de la vida y de la salud del donador, dice Mantovani, el concepto de salud se refiere al aspecto físico y psíquico y, por lo tanto, son ilícitas las intervenciones quirúrgicas que tienen por objeto obtener de una persona órganos vitales; es lícita la obtención de un órgano par, siempre y cuando no se afecte la vida e integridad del donador, ni se ponga en peligro su actividad funcional y estética, y siempre que se establezca su idoneidad clínica, inmunológica y psíquica, y que el trasplante del órgano par sea la única forma de evitar la muerte del receptor y que la ley autorice al donador a ceder el órgano.

C) En materia de trasplantes, es imposible prescindir del consentimiento del donador porque:

1) Nadie puede ser obligado a seguir un tratamiento terapéutico aun cuando sea en su beneficio, excepto cuando, por disposición de la ley, sea un tratamiento sanitario que afecte intereses colectivos.

2) El consentimiento del donador debe ser personal y con conocimiento.

3) No se puede prescindir del consentimiento del donador ni aun estando ante un *estado de necesidad* (dicha excluyente de responsabilidad según Mantovani, no es aplicable en el campo de la cirugía).

El consentimiento, señala el autor, debe llenar los requisitos de: 1) Edad (21 años en Italia). 2) Capacidad volitiva, que está sujeta a razones y a causas de salud mental. 3) Personal, por lo tanto el representante legal no está legitimado para consentir que se extraiga una parte anatómica del cuerpo de su pupilo o hijo. 4) Libre y espontáneo. (Este derecho puede ser coartado a personas de determinadas categorías como los militares, personal sanitario, etcétera). 5) Debe ser conscientizado, es decir el donador debe saber las consecuencias de la donación. 6) Revocable, hasta momentos antes de iniciarse la intervención quirúrgica que pretende separar el órgano o tejido, y. 7) Y por último, debe revestir determinada forma a fin de evitar conflictos.

Dice Mantovani que, los órganos o tejidos denominados libres, son aquellos que han sido separados del cuerpo de una persona por causas distintas al trasplante omoplástico. Las partes anatómicas al ser desprendidas del cuerpo dejan de ser parte de la personalidad, no constituyen una proyección ultrasensorial de la persona y se convierten en *res* surgiendo el derecho de propiedad a favor del sujeto de cuyo cuerpo proviene. El médico frente a un estado de necesidad puede utilizar el órgano o tejido libre aun en contra de la voluntad del propietario.

II. En el estudio de las actividades tendientes a obtener órganos o tejidos provenientes de un cadáver, se presentan las siguientes cuestiones:

El cuerpo de una persona al morir, se convierte en *res sui generis*, pues se considera que el cadáver conserva residuos de ser humano y de su connatural dignidad, por ello, afirma el autor, que el cadáver debe ser regulado por una disciplina jurídica particular, diferente a las normas de derecho privado que se aplican a las "cosas" comunes.

El cadáver es el punto de convergencia de diversos intereses. A la persona le interesa que cuando se convierta en cadáver, éste no sea violado. Por razones de tipo moral, los familiares tienen el mismo interés. A la colectividad, debido a su ancestral culto a los muertos, le interesa que el cadáver sea respetado y por razones de interés público y sanitario ordena que se elimine el cadáver a través de su natural destinación.

Existen otros intereses de carácter científico, didáctico, etcétera, que propugnan por el aprovechamiento del cadáver.

En el tema que tratamos hay un principio que postula: "toda intervención quirúrgica con fines de obtener material trasplantable, debe realizarse en cuerpos de personas muertas". Sin embargo, con el advenimiento de la técnica de reanimación, se derrumbó el concepto clásico de la muerte y con ello la certeza de estar ante un cadáver.

De acuerdo a Mantovani, existen dos conceptos de muerte: la biológica y la clínica. La muerte biológica ha sido considerada un estado transitorio de evolución declinante, comprendido entre la cesación de la actividad de los centros nerviosos, de la circulación y de la respiración, hasta la extinción de los últimos grupos celulares. La muerte clínica consiste en la cesación de la actividad respiratoria, cardiocirculatoria y nerviosa.

El autor considera que estos conceptos están en crisis y que, por lo tanto, es necesario señalar ciertos principios rectores que conformen todo nuevo concepto que pretenda definir la muerte. Asimismo, cree necesario reglamentar legislativamente la materia en cuestión.

También la regulación jurídica del aprovechamiento del cadáver varía según el tipo de sistema legislativo de que se trate, ya sea abierto, cerrado o mixto.

Mantovani, continúa su estudio señalando una serie de requisitos que se deben llenar cuando se utiliza un cadáver.

Respecto a los requisitos para poder disponer de partes anatómicas provenientes de un cadáver, menciona que es necesario respetar la dignidad del cadáver y que el lugar de la intervención quirúrgica debe ser el idóneo, al igual que la capacidad técnica de los cirujanos y la técnica utilizada.

En cuanto al problema del consentimiento por parte del donador o de los parientes, dice el autor que su solución varía según el sistema jurídico imperante en el país de que se trate.

En un sistema privado, en donde se tutela la voluntad individual, se exige el consentimiento previo del sujeto en vida, o de los parientes después de muerto.

En un sistema público, llamado también "de la socialización" o de "la nacionalización del cadáver", se niega importancia a la voluntad privada, prescindiéndose totalmente del consentimiento del sujeto o de sus familiares.

Este sistema postula que: el Estado puede disponer de cualquier cadáver con fines de trasplante; que toda persona idónea para proporcionar partes anatómicas, una vez muerta, debe quedar a disposición de la sociedad, así se pueden constituir bancos de órganos; los bienes son de propiedad colectiva con destino a un servicio público de carácter humanitario y social.

La legislación italiana no ha adoptado íntegramente este sistema, sino que ha tomado una postura ecléctica, la cual origina discriminaciones que alcanzan al sujeto aun después de muerto, al ordenar que todos los cadáveres provenientes de hospitales estarán sujetos a la autopsia, y que los cadáveres cuyos familiares no puedan solventar los gastos del funeral serán destinados a la investigación o enseñanza.

En Italia no existe ley alguna que prohíba la utilización de cadáveres con fines terapéuticos, por ello la expedición de una ley que legitimara el sistema de "nacionalización" sería lícita y provechosa, pues vendría a solucionar el problema de la escasa oferta voluntaria de material trasplantable.

Desde otro punto de vista y basándose en el principio del consentimiento, se puede racionalizar la oferta requerida de órganos y tejidos con la formación de sociedades de donadores y bancos de órganos, en donde se conserva adecuadamente el material trasplantable.

III. En virtud de que las legislaciones extranjeras e italiana legislan sobre los trasplantes desde el punto de vista del donador, el autor considera pertinente dedicar la última parte de su obra al estudio del "injerto" en sí, o sea tomando en cuenta los intereses del receptor.

Como ya se ha dicho, el problema que se presenta no es de licitud de los trasplantes en sus diversos aspectos, sino de las variantes condiciones y límites de dicha licitud. En este último punto, el autor clasifica los límites en objetivos y subjetivos.

Los primeros postulan que toda intervención quirúrgica con fines de trasplante, debe tener por objeto beneficiar la salud del paciente; el tratamiento terapéutico debe ser objetivamente idóneo; debe haber una relación entre terapia y enfermedad, la técnica médico-quirúrgica debe ser la adecuada, el lugar idóneo para la ejecución y el diagnóstico unánime.

Los límites subjetivos postulan que el consentimiento del receptor debe ser consciente, específico, personal y real. Sin embargo, existen excepciones, tal es el caso de la excluyente de responsabilidad "en extrema necesidad", en donde el paciente por lo general está inconsciente y el médico debe tratar de salvarle la vida.

INTRODUCCIÓN

Estudio de las actividades tendientes a obtener órganos o tejidos con fines de trasplantes provenientes de:

I PERSONAS

II CADÁVER

III INJERTO

- I. Legislación italiana sobre trasplantes.
- II. Legislación extranjera sobre trasplantes.
- III. Documentos internacionales y nacionales sobre trasplantes.
- IV. Legislaciones y documentos sobre la experimentación humana.

- A) Fundamento de la licitud.
- B) Límites objetivos de la licitud.
- C) Límites subjetivos de la licitud.

- A) Fundamento de la licitud.
- B) Límites objetivos de la licitud.
- C) Límites subjetivos de la licitud.

- A) Terapéutico.
- B) Terapéutico experimental.
- C) Experimental.

- Disponibilidad del cuerpo humano.
Protección de la vida y salud del donador.
Imposibilidad de prescindir del consentimiento del donador.
Requisitos del consentimiento.

Concepto
La muerte < Diagnóstico

- El problema de la disponibilidad del cadáver.
Consentimiento del donador y de los parientes.
Requisitos del consentimiento.
Límites de la experimentación terapéutica.
Límites del injerto terapéutico experimental.
Límites a la experimentación científica.
Límites de los trasplantes experimentales.

APÉNDICE

Para concluir, Mantovani reúne, en el apéndice del libro, las principales leyes extranjeras y tratados internacionales que regulan esta materia.

Esta obra la consideramos valiosa, para todas las personas que se interesan por el tema de los trasplantes y para el jurista es importante sobre todo porque contiene una recopilación de leyes y tratados (cuadro anterior).

Lydia TRUJILLO QUEVEDO

MERKL, Adolf y otros (editores). *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*. Editorial Franz Deuticke, Viena, 1971, ... pp.

En el curso de un par de años transcurridos después de la aparición de este homenaje a Kelsen con motivo de sus noventa años, hubo que lamentarse la desaparición del homenajeado, así como la de los editores Merkl y Marcic. Si bien la Escuela de Viena se había desintegrado ya al abandonar Kelsen su patria en el año de 1930, los fallecimientos de los últimos años marcan la desaparición física del núcleo central de tal Escuela. En este último volumen de homenaje a su fundador, destacan con carácter casi exclusivo las contribuciones de los profesores austriacos (Viena, Salzburgo); encontrando únicamente dos provenientes de Alemania (Colonia) y una de fuera del mundo de habla alemana (Noruega). Los temas se reparten con cierta amplitud, pues se encuentran colaboraciones sobre filosofía del derecho y de la moral, sobre teoría del derecho, derecho internacional público y privado, historia del derecho, derecho, constitucional y administrativo. Esta amplitud refleja al mismo tiempo la variedad de temas tratados por Kelsen, así como su influencia personal en la configuración del derecho y de la teoría jurídica en Austria. Lo anterior no debe hacernos olvidar que, sin embargo, la influencia teórica no se redujo al mundo de habla alemana y ella se extendió al mundo anglosajón, latinoamericano y japonés.

En esta reseña expondremos el contenido de las colaboraciones presentadas a Kelsen, destacando aquellas que se ocupan de la teoría y filosofía del derecho y resumiendo estrechamente el resto.

En un breve artículo "Creación heterónoma en derecho civil" (págs. 9 a 20), el profesor Klaus Adomeit, de la Universidad de Colonia, lleva a cabo un análisis del concepto de "autonomía privada", planteándose la cuestión de si se trata de un concepto científico o ideológico. Toma como punto de partida la ambivalencia de Kelsen que reduce, por una parte, a un mínimo tal autonomía, advirtiendo empero, en otras páginas, que la regulación contractual, comparada con la creación normativa auto-crática del derecho público, "representa un método especialmente democrático de creación del derecho".

Adomeit sugiere una definición negativa del concepto para iniciar su rescate: ningún sujeto puede ser obligado por un negocio jurídico en