

153
203



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**COMERCIO Y DONACION DE ORGANOS
HUMANOS**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A
CESAR ANTONIO JUAREZ QUEZADA**



ACATLAN EDO. DE MEXICO

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES:

NO ES FACIL DECIR CON
PALABRAS LO MUCHO QUE TENGO
QUE AGRADECERLES, POR TODOS
LOS ESFUERZOS REALIZADOS
PARA HACER DE MI UN HOMBRE
DE BIEN; POR HABERME
ENSEÑADO A CAMINAR POR EL
CAMINO DEL BIEN; PORQUE
DESPUES DE UNA CAIDA SIEMPRE
ME ALENTARON A LEVANTARME Y
SEGUIR CON LA FRENTE
ERGUIDA.

Y A PESAR DE LOS ERRORES
COMETIDOS SIEMPRE ESTUVIERON
A MI LADO PARA RECORDARME
QUE TODO HOMBRE COMETE
ERRORES EN SU VIDA. POR ESO
Y POR MUCHAS COSAS MAS...

CON TODO MI CARIÑO Y RESPETO
GRACIAS.

A IVAN, A OSCAR Y A
MARY POR EL TIEMPO QUE
LES QUITE PARA CONCLUIR
MIS ESTUDIOS.

A LA VIDA POR DARME LA
OPORTUNIDAD DE LLEGAR A
SER ALGUIEN.

A MI TIA JUANITA Y A MI
TIO ANTONIO (q.e.p.d.).

A TODOS MIS MAESTROS Y
A MI QUERIDA ESCUELA
ACATLAN.

A MIS HERMANOS:

**POR TODO EL APOYO
BRINDADO, Y POR LOS
MOMENTOS QUE
COMPARTIMOS Y
COMPARTIREMOS JUNTOS.**

**A TODOS MIS AMIGOS Y
PERSONAS QUE CONFIARON
EN MI, PERO MUY EN
ESPECIAL A MARIO Y A
RAUL POR SU
INCONDICIONAL APOYO EN
LA REALIZACION DE LA
PRESENTE.**

INDICE

INTRODUCCION	PAG.	3---4
I. CONCEPTOS		
1.1 Antecedentes		5---8
1.2 Patrimonio		8--12
1.3 Persona		12-13
1.4 Capacidad		13-17
1.5 Cuerpo Humano		17-19
II. EL CUERPO COMO PARTE DEL PATRIMONIO DE LA PERSONA		
2.1 Restricciones sobre el cuerpo		20-25
2.2 Disposición del cuerpo ajeno		25-29
2.3 Pueden los padres disponer del cuerpo de los hijos, por estar estos bajo su patria potestad		29-33
III. ÓRGANOS QUE PUEDO DONAR		
3.1 En vida		34-37
3.2 A la muerte del sujeto		37-41
3.3 Por disposición testamentaria		41-43
IV. OPERACION JURIDICA A REALIZAR, DETERMINAR EL ALCANCE DE LA MISMA, ASI COMO SU DENOMINACION JURIDICA		
4.1 Características de la operación jurídica		44-46
4.2 Determinación del tipo de acto		46-51
4.3 Derechos y obligaciones de las partes a la celebración del acto		51-55
4.4 Consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento		55-58
4.5 Obligatoriedad del acto		58-59

V. IMPORTANCIA DE REGULAR AL RESPECTO	
5.1 Sobre el cuerpo	60-65
5.2 Sobre el acto realizado	65-70
5.3 En relación a las partes	70-72
5.3.1 En cuanto a su capacidad	72-75
5.4 Procedimiento en caso de litigio	75-76
5.4.1 Autoridades competentes	76-77
5.5 Ejecutoriedad de la sentencia	77-79
VI. CONCLUSIONES	80-83
VII. BIBLIOGRAFIA	84-88

INTRODUCCION

El derecho como creación del hombre ha ido evolucionando conjuntamente con la ciencia, pero muy en particular con la medicina; pues no puede ni debe quedar estancado ante los revolucionarios avances científicos. Sin embargo, la creación de "nuevas formulas científicas" retarda un poco el proceso para encuadrar en el ámbito fáctico a todas las situaciones jurídicas creadas por el hombre; principalmente por que en la carrera por el progreso, la ciencia va un paso adelante del Derecho.

Una muestra palpable de los avances ya citados, lo constituyen las operaciones quirúrgicas de trasplante de órganos, y ante los cuales el derecho también ha creado normas jurídicas acordes a la realidad en que vivimos. Sin embargo, la realidad día con día va cambiando, de tal manera que las normas jurídicas hoy vigentes, dentro de algún tiempo deberan ser modificadas para estar acordes con el mundo real y poder ir de la mano con la ciencia, y muy en especial con la medicina; el incremento en la utilización de órganos humanos para este tipo de operaciones, trae consigo la creación de nuevas situaciones, las que obviamente también deben ser reguladas por el derecho.

Las leyes mexicanas prohíben tajantemente la comercialización de órganos humanos, empero poco a poco habrá de cederse terreno en este aspecto y permitir que este tipo de actos adopten un carácter económico; pues quierase o no, el hombre tiene un derecho de disposición sobre las partes integrantes de su cuerpo.

La Ley General de Salud en su exposición de motivos establece que: el título respectivo cumplirá la función de garantizar de manera expresa los derechos de los gobernantes relativos a la disposición de su propio cuerpo, desarrollando así lo que la doctrina llama derechos de la personalidad, determinando además que las disposiciones ilícitas serán las que vayan en contra de la ley, la moral y las buenas costumbres; ante lo cual surgen varias dudas como son: es inmoral disponer del cuerpo humano mediante

alguna contraprestación, y para lograr que las demás partes del mismo sigan viviendo, ¿que debemos entender por buenas costumbres?, a estas y a algunas otras interrogantes son a las que se le debe encontrar respuesta, pero con estricto apego al derecho y a la realidad actual.

Antes de que suceda lo que creo pronto habrá de darse, debemos estar concientes de las implicaciones y complicaciones que esto conlleva; pues en lugar de crear una situación benéfica, podría convertirse en una situación caótica de tráfico de órganos, y que con el tiempo resultaría muy difícil de erradicar.

Para evitar esta situación, es que creo debe permitirse la comercialización de órganos humanos; y por lo tanto reformar la legislación vigente en la materia; con lo cual le estaríamos otorgando un carácter económico al cuerpo de las personas, evitando también quizás los conflictos de intereses en la materia.

Para que estas situaciones puedan ser factibles de realizar, es necesario que tanto Ciencia como Derecho caminen juntos para el logro del objetivo común: **EL BIENESTAR DEL HOMBRE.**

CAPITULO I

CONCEPTOS.

- 1.1 Antecedentes
- 1.2 Patrimonio
- 1.3 Persona
- 1.4 Capacidad
- 1.5 Cuerpo Humano

1.1 **ANTECEDENTES.**- Desde tiempos remotos, el hombre ha tenido el anhelo de la inmortalidad, esto no ha sido del todo posible, sin embargo, se han dado ya los primeros pasos para la realización de este sueño tan ansiosamente acariciado. La ciencia ha empezado a rendir sus primeros frutos en este aspecto, sin embargo, muchos años debieron pasar para que el hombre por primera vez viera coronado sus intentos de prolongar la vida.

Los primeros intentos de trasplantes de órganos humanos, se remontan a los años de 1886 y 1888 sin el menor éxito. Otras experiencias tuvieron lugar en los primeros años de este siglo, en los años de 1902 y 1910 y que desafortunadamente tampoco tuvieron el resultado deseado. I

Ya muy entrado el siglo, en el año de 1953 se efectuó el llamado experimento Michon, el cual consistió en el trasplante de un riñón entre madre e hijo, dando como resultado el éxito parcial del experimento; solo veintiun días logro sobrevivir el hijo receptor del riñón. Un año más tarde, en 1954 Merrill, Miller y colaboradores realizan dos trasplantes de riñón entre individuos no familiares, con supervivencia relativamente transitoria, tan solo cinco meses.

En el año de 1955, Hamburger logra existosamente realizar el primer trasplante renal entre gemelos bivitelinos, entre los que se realiza el trasplante de riñón.

Un caso muy significativo, y que merece mención aparte, lo constituye el realizado por el Doctor Kuss y auxiliares en el año de 1960, mediante el cual llevaron a cabo un homotrasplante renal entre hermanos, dispares en edad y sexo. El día 17 de enero de 1960 se consumó el trasplante, que se desarrolló simultáneamente en 2 quirófanos, practicándosele la nefrectomía izquierda a la hermana donante, a la vez que la preparación del lecho izquierdo al hermano receptor. Luego de diversos problemas, el hermano enfermo acaba muriendo a los cuatro meses de practicada la operación.

Posteriormente, en 1961 se realizó en un hospital de España un trasplante de riñón entre padre e hijo, sin embargo, a los ocho días de realizada la operación, falleció el receptor de riñón.

En la Universidad de Mississippi en 1964, se realizó el primer trasplante de corazón en un ser humano implantándosele un corazón de chimpance que pudo mantener la circulación del receptor tan sólo por sesenta minutos una vez que se suspendió la circulación artificial.

Todos estos intentos por realizar trasplantes en seres humanos, sentaron las bases para que posteriormente, en el año de 1968 el Doctor Barnard realizará en Sudáfrica el primer trasplante de corazón efectuado entre humanos, y que a la fecha constituye uno de los avances más notables logrados por los científicos. El trasplante que realiza el Doctor Barnard, se lleva a cabo en un hospital de Ciudad del Cabo, Sudáfrica, injertando en Louis Washkansky el de la joven Denise Darvall, a la fecha se han realizado en muchos países en el mundo un sinnúmero de operaciones de este tipo.

La ciencia mexicana, aunque un poco más retardada, también ha logrado alcanzar el éxito en este tipo de actos, siendo el Doctor Argüeros el primero en realizar en el país una operación de trasplante de corazón, llevándose a cabo dicha operación en el año de 1984 en el hospital La Raza del Instituto Mexicano del Seguro Social, obteniéndose un éxito del 100%.

pues el receptor hasta la fecha ha logrado sobrevivir a la operación.

A partir de aquella ocasión se han dado en el país una cantidad extraordinaria de trasplantes de órganos, no solo de corazón, sino también de otros órganos, lo que indudablemente indica que, también en ese sentido el Derecho debe avanzar, pues ya en alguna ocasión se suspendieron en el país intervenciones de este tipo, por falta de normas jurídicas que rigieran al respecto; lo que ocasionó que este tipo de actos tuviera un atraso de por lo menos 20 años, y que de otra forma estuviéramos a la altura de los países más desarrollados en la materia.

Es innegable que la llegada del próximo siglo traerá consigo un sin fin de nuevos proyectos científicos, para los cuales los hombres de ciencia están ya preparados, por lo mismo el Derecho debe también enfrentar la serie de retos que se le presentarán, y lograr con ello el mejor provecho posible de cara al ya próximo siglo XXI.

1.2 PATRIMONIO.- El problema jurídico del patrimonio resurge nuevamente en el ámbito del Derecho, pues las operaciones quirúrgicas de trasplante de órganos, y mediante las cuales el hombre dispone libremente de partes de su cuerpo, convirtiéndolo así en objeto material; hace de este concepto de patrimonio un concepto no definido del todo; pues han surgido nuevas dudas a las cuales aún no se había enfrentado el Derecho.

Si bien hasta hace relativamente poco tiempo, el concepto encuadraba inequívocamente en objetos puramente materiales, hoy en día sería obsoleto pretender negarle un carácter económico a otro tipo de bien, como sucede con el cuerpo del hombre, pues como señala Joaquín Díez Díaz: "... en la práctica y quierase o no, el cuerpo humano pasa a convertirse en objeto de atención para múltiples relaciones o manifestaciones jurídicas, por imposición natural de los fenómenos sociales"¹.

Estas manifestaciones o relaciones a las que se refiere Díez Díaz, pueden traducirse como las disposiciones que de su cuerpo hace al hombre; de tal manera que las partes integrantes deben lógicamente, ser protegidas por el Derecho, para lo cuál considero deben quedar inmersas dentro del concepto del patrimonio, pues es ya innegable que van adquiriendo un carácter económico, y según el concepto del patrimonio únicamente encuadra a lo económico. De esta forma tenemos que; el patrimonio es:

PATRIMONIUM.- "Bienes que se heredan de ascendientes o los bienes que se heredan de cualquier otro título"².

Es decir, el patrimonio abarca a todos aquellos bienes que se adquieren de cualquier forma y que tienen un carácter económico o que son apreciables en dinero.

- 1 *Los Derechos Físicos de la Personalidad-Derecho Sonático*
DÍEZ Díaz, Joaquín.
Ed. Santillan, Madrid 1963, 1a. edición, pag. 251
- 2 *Diccionario Enciclopédico Abreviado Espasa-Calpe S.A*
Madrid 1935, 6a. edición, T. VI, pag. 361

Las definiciones jurídicas son más concretas; y aunque ninguna de ellas se refiere especialmente al cuerpo humano, sin embargo, considero a título personal, que el cuerpo humano debe quedar enmarcado en el concepto mencionado, pues como ya se menciono, el cuerpo humano va adquiriendo poco a poco un carácter económico, la Ley General de Salud no dice nada en cuanto que el cuerpo no pueda comercializarse, habla únicamente de la sangre humana, y como todo lo que no esta expresamente prohibido esta permitido, considero que el cuerpo puede ser objeto de comercialización, en base a lo establecido en el artículo 332 de la Ley de Salud que dice: "Artículo 332.- La sangre humana sólo podrá obtenerse de voluntarios que la proporcionaran gratuitamente, o de proveedores autorizados que lo hagan mediante alguna contraprestación. La sangre obtenida gratuitamente de voluntarios no podrá en ningún caso ser objeto de actos de comercio "3.

El presente artículo no menciona jamás a los órganos o partes integrantes del cuerpo humano, ni tampoco dá siquiera la idea de que pudiera tratarse de ellos, generando ambigüedades al respecto.

Si el cuerpo humano pudiera ser objeto de actos de comercio debiera como ya se mencionó, quedar inmerso dentro del concepto de patrimonio, pues según Efraín Moto Salazar, el patrimonio es: "...un conjunto de cargas y derechos pertenecientes a una persona y apreciables en dinero"4.

El maestro Rojina Villegas dice del patrimonio: "un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituyen una universalidad de derechos"5.

3 Ley General de Salud
Ed. Porrúa, 6a. edición, México 1990

4 Elementos del Derecho
MOTO Salazar, Efraín.
Ed. Porrúa, México 1986, 3a. edición, pag. 134

5 Derecho Civil Mexicano
ROJINA Villegas, Rafael.
Ed. Porrúa, México 1985, 6a. edición, T.III, pag. 67

De Pina Vara dice que el patrimonio es: "el conjunto de bienes y riquezas que corresponden a una persona, o como el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a un solo titular"⁶.

Para Ernesto Gutiérrez y González, dice que según Aubry y Raúl respecto del patrimonio que es: "el conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero o considerados formando una universalidad de derechos"⁷.

El diccionario jurídico mexicano coeditado por la UNAM, define el patrimonio como: "...conjunto de poderes y deberes apreciables en dinero, que tiene una persona"⁸.

Todas las definiciones citadas tienen una idea afin del patrimonio, ya que de una u otra forma todas utilizan sinónimos de obligaciones (cargas y deberes) y de derechos (poderes) valorables en dinero.

Por lo tanto, si las definiciones hablan de un conjunto de derechos, y el ser humano tiene un derecho innato a disponer de su cuerpo, podemos concluir que el cuerpo humano forma parte indiscutible del patrimonio de las personas, ya que igualmente puede ser valorado en dinero.

Ithering según Díez Díaz, sostuvo que: "el elemento patrimonial conocido como obligación, podía no solo tener un objeto pecuniario, sino que encontré casos de *obligaciones* con un objeto contenido de tipo moral o afectivo"⁹. Y ya que hablamos del cuerpo humano y del valor del mismo, paradójico resulta deshacerse de una de ellas para que las demás sigan viviendo.

⁶ Elementos del Derecho Civil Mexicano

PINA Vara, Rafael de.

Ed. Porrúa, México 1980, 10a. edición, pag. 215

⁷ El Patrimonio Pecuniario y Moral, Derechos de la Personalidad

GUTIÉRREZ y González, Ernesto.

Ed. Jose Ma. Cajica, Puebla 1971, pag. 917

⁸ Diccionario Jurídico Mexicano. Inst. de Investigaciones Jcas.

Ed. Porrúa-UNAM, México 1989, 3a. edición, pag. 2352

⁹ Díez Díaz, Joaquín. Op. cit., pag.253

De lo anterior se desprende que el cuerpo humano puede ser OBJETO de contratos, convenios, etc., demostrando así su valor pecuniario, y por lo tanto integrando activamente nuestro patrimonio.

1.3 PERSONA.- "La palabra persona, y por consiguiente el concepto expresado al respecto, tuvo su cede principal en el derecho pero hay otras disciplinas que con varios sentidos emplean también la palabra persona. Así la filosofía, la ética, la psicología y la sociología. En cada una de ellas la palabra persona tiene una aceptación diferente de las que poseé en las demás.

En filosofía, persona es la expresión de esencia, del ser humano, del individuo humano, esencia que no puede ser aceptada dentro del campo de la ontología.

En la psicología se habla de persona concreta de cada individuo la cual constituye el resultado de la íntima combinación de muy variados tipos de ingredientes, por ejemplo: factores biológicos, psíquicos, sociales, etc., y el YO, todo esto para dar vida a la persona desde el punto de vista psicológico.

Desde el punto de vista ético, la persona se define como el ser con dignidad, es decir, con fines propios, que debe realizar su propia decisión.

La sicología se ocupa también de la persona humana. Lo hace en un sentido y en un plano similares al de la psicología, pero subrayando las variantes sociales y colectivas de la personalidad del individuo¹⁰.

¹⁰ Enciclopedia Jurídica OMEBA
Ed. Driskill, Buenos Aires, Argentina 1978, V. 22, pag. 95

Sin embargo, y ya que la presente es una investigación de carácter netamente jurídico, el concepto que a nosotros nos interesa es desde el punto de vista del Derecho, así tenemos que:

Para el maestro Rojina Villegas la persona es: "por persona jurídica se entiende el ente capaz de tener derechos y obligaciones, es decir, el sujeto que puede ser susceptible de tener facultades y deberes, de intervenir en las relaciones jurídicas, de ejecutar actos jurídicos... el ente capacitado por el derecho para actuar jurídicamente como sujeto activo o pasivo..."¹¹.

Ignacio Galindo Garfias define a la persona como: "el sujeto de derechos y obligaciones"¹² y continua el actor, "al Derecho solo le interesa una porción de conducta del hombre, aquella parte de la conducta que el Derecho toma en cuenta para derivar consecuencias jurídicas"¹³.

Es decir, que conforme a las definiciones citadas, el derecho necesita forzosamente un sujeto o titular capaz de poseerlo, y dado que el único sujeto de derechos y obligaciones es el hombre; es también por ello que siendo el único capacitado para exigir el cumplimiento de una obligación, es inclusive decidir lo referente a su propio cuerpo.

1.4 CAPACIDAD.- Atributo sumamente importante de la persona, sino es que el más importante de todos. Por el simple hecho de que alguien sea considerado sujeto de derechos, tiene por ese sólo hecho capacidad jurídica, que puede ser total o parcial.

Rafael Rojina Villegas considera a la capacidad de goce como: "...el atributo esencial e imprescindible de toda persona"¹⁴.

11 ROJINA Villegas, Rafael., *Op. cit.*, pag. 115

12 GALINDO Garfias, Ignacio,
Derecho Civil.

Ed. Porrúa, México 1985, 7a. edición, pag. 303

13 *IBID*, pag. 303

14 ROJINA Villegas, Rafael., *Op. cit.*, pag. 431

Sin embargo, para el tema que nos ocupa, es de vital importancia la capacidad de ejercicio, pues si bien es cierto que sin la capacidad de goce no existiría la personalidad (pues solo la persona tiene la facultad de tener los más elementales derechos), como parece pensar el propio Rojina Villegas: "...la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y sin embargo, existir la personalidad"¹⁵.

En el tema de disposición de órganos, la capacidad de ejercicio ocupa un lugar preponderante, dado que mediante ésta podemos celebrar libremente los actos jurídicos más extensos e importantes en la vida del hombre.

Es innegable que una persona enajenada mentalmente esta incapacitada para contratar sino por medio de su tutor, y solo tratándose de bienes materiales (muebles e inmuebles), por demás interesante y discutible resulta saber, si por compatibilidad genética, un órgano o parte del cuerpo del incapaz fuere esencial para dar esperanza de vida a algún ascendiente o colateral, y por ende necesaxio disponer del órgano del incapacitado, tomando en cuenta desde luego los beneficios que conlleva la importancia de contar por parte del enajenado, con una persona que se preocupe por darle cariño y comprensión; he aquí la importancia de la capacidad de ejercicio, definida como:

Rojina Villegas dice: "la capacidad de ejercicio es la que supone la posibilidad jurídica del sujeto, de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer o cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante la autoridad"¹⁶, para continuar; "es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica"¹⁷.

15 ROJINA Villegas, Rafael., *Op. cit.*, pag. 431

16 *IBID.*, pag. 432

17 *IBID.*, pag. 432

La enciclopedia jurídica OMEBA habla de la capacidad para celebrar actos jurídicos, entendiéndose por ésta a la capacidad de ejercicio; tomando como punto de partida la definición de capacidad del maestro Rafael de Pina, que dice: "Capacidad.- aptitud de adquirir un derecho, o para ejercerlo y disfrutarlo"¹⁸. De esta forma podemos entender lo que la enciclopedia dice al respecto: "la capacidad de celebrar actos jurídicos es la aptitud jurídica de hacerlo, lo cual equivale a señalar que significa la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones"¹⁹.

Por su parte el diccionario jurídico mexicano editado por la UNAM dice de la capacidad de ejercicio: "es la aptitud que requieren las personas de ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir sus obligaciones; se adquiere con la mayoría de edad o con la emancipación y se pierde junto con las facultades mentales, ya sea por locura, idiotismo, imbecilidad o muerte"²⁰.

Como sabemos, los incapaces deben ser representados por un tutor, quien se encargará de realizar actos de administración y dominio en los bienes del incapaz, previa autorización judicial, como lo expresa el artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: "La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley son restricciones a la personalidad jurídica, pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes"²¹.

18 DICCIONARIO DE DERECHO

PINA, Rafael de PINA Vara, Rafael de.

Ed. Porrus, México 1988, 15a. edición, pag. 139

19 Enciclopedia Jurídica OMEBA, Op. cit., V.2, pag. 600

20 Diccionario Jurídico Mexicano, Op. cit., V.I, pag. 437

21 Código Civil para el Distrito Federal

LEYVA, Gabriel y CRUZ Ponce, Lisandro

Miguel Angel Porrus, S.A., Librero editor, México 1989

Si lo anterior lo tomamos como base para determinar que mediante representante legal, los incapaces son capaces de contratar (aunque suene paradójico), debemos entender que son aptos para realizar todo tipo de contratos, incluso con su cuerpo, y así ser sujetos de disposición de órganos. Sin embargo, los incapaces no pueden disponer de órgano alguno, dado que su voluntad de aceptar o no determinado acto, se encuentra alterada y no puede por lo tanto saber el alcance de su aceptación; por lo que se refiere a disposición de órganos, la Ley General de Salud manifiesta en su artículo 326 lo siguiente:

"Artículo 326.- No será válido el consentimiento otorgado por:

- I.- Menores de edad;
- II.- Incapaces, o
- III.- Personas que por cualquier circunstancias no puedan expresarlo libremente"²².

Sin embargo, podríamos pensar en introducir como innovación en la Ley, la autorización para que tanto los incapaces, como los menores de edad pudieran en algún momento determinado, disponer de partes de su cuerpo; única y exclusivamente en caso de peligro inminente de muerte de algún ascendiente o colateral, y sólo cuando no sea posible o compatible con órgano ajeno al del incapaz. De tal forma que, no se permita salvo en los casos mencionados que, los menores e incapaces puedan ser sujetos de disposición de órganos, amén de que tal disposición debe ser autorizada por el Juez siempre para protección de estas personas.

²² Ley General de Salud., Op. cit.

1.5 CUERPO HUMANO.- Definir jurídicamente al cuerpo humano, es tarea por demás difícil; pues escasos autores tratan el tema, pero sin que ninguno de ellos defina desde el punto de vista jurídico lo que debemos entender por cuerpo humano; para Gutierrez y González el cuerpo forma parte del patrimonio de la persona, constituyendo así un derecho físico o somático; pero sin definir lo que es el cuerpo humano.

Científicamente el cuerpo definido como: "una máquina perfecta, que encierra los órganos vitales, los protege y sostiene y esta preparada para moverse ágilmente, correr, saltar, nadar, trepar y bailar con gracia y desenvoltura... formada por los huesos y músculos"²³.

Fermin Rivera Argüero dice: "el cuerpo humano esta organizado en diferentes niveles. Las células son la unidad funcional básica del cuerpo... así pues en su nivel de organización más simple, el celular, puede considerarse al cuerpo humano como un enorme conjunto de células diferenciadas, según sus muy diversas funciones"²⁴.

Basándose en ambas definiciones, podemos decir que: El cuerpo humano es un conjunto de células, tejidos, huesos y órganos vitales; que permiten al hombre realizar sus funciones y desarrollar sus actividades cotidianas.

El cuerpo humano es el mejor de todos los bienes que posee el hombre, como lo afirma el Dr. Alan E. Nourse: "La actitud del hombre hacia su cuerpo (su única y más valiosa posesión) es decididamente de ambivalencia. Esta fascinado por él, y al mismo tiempo le teme, en parte como eco de antiguos tabúes, y en parte por que tiene la convicción de que el cuerpo es demasiado complicado para poderlo entender."²⁵

23 Nueva Enciclopedia Temática
Ed. Cumbre, S.A., México 1987, 32a. edición, T. VI, pag. 351

24 El Cuerpo Humano
RIVERA Argüero, Fermin
ED. TRILLAS. MÉXICO 1983, PAG. 15

25 El Cuerpo Humano
NOURSE Alan, E.
Time Life Internacional, Alemania 1969, pag. 8

Como podemos ver, los estudios para definir el cuerpo humano son múltiples, así vemos que: "para el cínico el cuerpo es sólo una habitación en la tierra; para el poeta, el palacio del alma, para el médico una carracá asaz vulnerable. El psiquiatra lo ve como albergue de la mente y la personalidad. El genitista como lo que perpetúa la especie..."²⁶.

Si bien tenemos que el cuerpo es definido por un gran número de ciencias, cabe preguntarse; ¿Para el abogado, y más aún para el Derecho, que es el cuerpo humano?, puesto que se supone el valor más apreciado para el Derecho es la vida humana, y para conservar la vida es necesario conservar intacta la integridad corporal, pues en ella radica la vida humana.

El Código Penal para el Distrito Federal establece en su libro 2o., título décimo noveno, "Los delitos contra la vida y la integridad corporal", en sus diferentes capítulos que tutelan tanto la vida como la integridad humana, no dice ninguno de ellos lo que debemos entender por cuerpo humano.

Raúl Carrancá y Trujillo hace la siguiente anotación en su Código Penal: "por otra parte, no es del todo feliz la expresión integridad corporal. Jiménez Huerta emplea el término "*integridad humana*", que desde luego es más acertada, no olvidemos que con el mismo señala, dentro del concepto de integridad humana quedan comprendidos la salud corpórea -en su doble aspecto- anatómico y funcional, como la salud de la mente". Es preferible en consecuencia hablar de integridad humana, -y continua el autor al hablar de las lesiones-. han de consistir en una alteración dañosa, cualquiera que ella sea, para la integridad física de la estructura o de las funciones fisiológicas o psíquicas del cuerpo..."²⁷.

26 NOURSE Alan, E., Op. cit., pag.9

27 Código Penal Anotado

CARRANCA y Trujillo, Raúl y CARRANCA y Rivas, Raúl
Ed. Porrúa, México 1987, 13a. edición, pag. 253 y sig.

Sin embargo, nunca el autor menciona lo que debemos entender por cuerpo humano, siendo de suma importancia definirlo, no solo para el Derecho Penal, sino en todos los ámbitos del Derecho. Se propone para ser utilizado en Derecho, el siguiente concepto de cuerpo humano:

CUERPO HUMANO.- Integridad funcional del hombre, comprendiendo en éste, todas las partes integrantes del cuerpo físico como son: células, tejidos, extremidades, sentidos, órganos, etc., indispensables o no para el correcto funcionamiento corpóreo.

CAPITULO II

EL CUERPO COMO PARTE DEL PATRIMONIO DE LA PERSONA

- 2.1 Restricciones sobre el cuerpo.
- 2.2 Disposición del cuerpo ajeno (cadáver).
- 2.3 Pueden los padres disponer del cuerpo de los hijos por estar estos bajo su patria potestad.

2.1 **RESTRICCIONES SOBRE EL CUERPO.**- El problema surge en el momento de suponer que el cuerpo humano es parte del patrimonio de la persona, en virtud de lo cual puede disponer libremente de su cuerpo y de su patrimonio. Sin embargo, que tan amplia es la facultad de disposición que tiene sobre su cuerpo, hay ciertas restricciones que deben ser respetadas, para protección de la persona misma, y en lo referente a su salud y vida; así tenemos que la *Ley General de Salud* en lo concerniente a la obtención de órganos para trasplante dice: "Artículo 322.- La obtención de órganos o tejidos, de seres humanos vivos para trasplante, solo podrá realizarse cuando no sea posible utilizar órganos o tejidos obtenidos de cadáveres. Queda prohibido realizar el trasplante de un órgano único esencial para la conservación de la vida y no regenerable, de un cuerpo humano vivo a otro cuerpo humano vivo"²⁸.

Es de suponerse en este caso, que el legislador toma en cuenta en todo momento la integridad física de la persona al restringir el derecho que tiene ésta a disponer de su cuerpo.

²⁸ *Ley General de Salud*
Ed. Porrúa, 6a. edición, México 1990

De igual forma se expresa Díez Díaz al señalar que: "La persona no tiene un ilimitado derecho sobre el propio cuerpo. Así no cabe un derecho al suicidio o la automutilación, porque aquel supone el ejercicio de una actividad ilícita, nunca en contraste con los fines de la existencia humana y con los deberes que se tienen para con Dios y con los demás"²⁹.

Ahora bien, en cuanto a la automutilación se refiere, será cuestión de discutir los motivos que impulsan a la persona a automutilarse; encontrándose entre otros los de índole económica, y que motivan que el cuerpo humano pueda ser motivo de actos de comercio, y por consiguiente adquirir un carácter económico netamente. Debemos decir que, en relación a esto, la Ley General de Salud en su capítulo respectivo habla únicamente de no disponer de un órgano único esencial para la conservación de la vida, pero no menciona nada de otros órganos que se presentan en pares o sean regenerables, v.g. ojos, riñones, pulmones, hígado, médula ósea, etc., sin embargo, dice que los órganos objeto de trasplante sean obtenidos preferentemente de cadáveres.

²⁹ DÍEZ DÍAZ, Joaquín., *Op. cit.*, pag. 253

La cuestión es determinar qué ley o leyes prohíben a la persona desprenderse de otros órganos no esenciales o no regenerables, pues ni el mismo Código Penal sanciona tales actos, y la Ley citada menciona que solo cuando sea imposible obtener dichos órganos de cadáveres, se procederá a realizar el trasplante intervivos, o sea que permite en ciertos momentos la disposición de órganos, lo que crea situaciones ambiguas al respecto, pues no hay prohibición expresa alguna. Así pues son meras cuestiones morales desprenderse de partes del cuerpo; sin embargo, coincide con el autor cuando menciona y afirma que los órganos únicos y esenciales para vivir no deben ser transmitidos entre vivos, evidentemente por cuestiones de integridad física de las personas. Ramon Bonet citado por Diez Díaz señala que: "El derecho sobre el propio cuerpo encuentra un límite insuperable en el deber que el hombre tiene para con Dios. con la sociedad y consigo mismo -de conservar intacta su condición fisiológica- la cuál es alterada cuando, mediante la disposición de un órgano se produzca una debilitación permanente del organismo con daño evidente de éste"³⁰.

De igual manera debemos suponer que Ramon Bonet esta de acuerdo en desprenderse de órganos no indispensables para vivir, al menos así se entiende cuando habla de la debilitación permanente del organismo, es cierto que al desprenderse de un órgano de los llamados pares, el organismo se debilita, aunque no permanentemente, pues posteriormente retoma sus funciones casi normales.

El maestro Gutiérrez y González parece pensar de similar forma cuando menciona en su obra el "Patrimonio", al autor Jose Ma. Reyes Monterreal, quien dice: "...juridicamente inadmisibile todo convenio o acto unilateral por el que se ceda, lo que extraido en vida, por insignificante que sea, implique un efectivo riesgo de que se extinga la vida de la persona o la simple puesta en peligro de que se extinga"³¹. Nuevamente se hace alusión a un riesgo de que se extinga la vida de la persona, más no habla de prohibiciones totales de ceder partes del cuerpo, salvo peligro de muerte.

30 DIEZ Díaz, Joaquín., *Op. cit.*, pag.270

31 GUTIERREZ y González, Ernesto., *Op. cit.*, pag 957

A su vez él propio Gutiérrez y González manifiesta: "...el ser humano no tiene derecho a disponer de aquellas partes de su cuerpo, que al desprenderse del mismo, puedan poner en peligro su existencia misma"³².

En sí el derecho de disposición que tienen las personas, únicamente esta restringido por las lesiones irreversibles que provienen de la propia persona al disponer de partes de su cuerpo vitales para seguir cumpliendo con sus funciones de manera adecuada y que al desprenderse de ellas ponen en peligro, no solo su integridad corporal sino su vida misma. Como sabemos, la vida humana es el bien jurídico primordialmente tutelado por el derecho, por lo que tanto ésta como la integridad corporal, son protegidos por ordenamientos jurídicos, protegiéndolos tanto de los atentados ajenos, como de los propios, al respecto menciona Arturo Valencia Zea que "sin duda no es objeto de discusión que las personas tienen un derecho sobre su cuerpo, de la misma manera que lo tienen sobre sus vidas; y que este derecho se revela en que el cuerpo de cada persona, especialmente en su integridad corporal, es protegido por el orden jurídico contra los atentados de los demás y también contra los atentados que provienen de la propia persona titular de semejante derecho"³³. Este autor al igual que la mayoría, no se opone del todo a la disposición del cuerpo, cuando no se lesione la integridad corporal, así lo expresa cuando señala que: "...la costumbre de las naciones civilizadas no puede condenar en forma absoluta ciertos negocios jurídicos que recaen apenas sobre algunas partes del cuerpo, cuando mediante esos negocios no se lesiona la integridad corporal, ni la salud, ni se cuasa una lesión permanente a la capacidad de trabajo, y cuando además se persiguen fines no prohibidos..."³⁴.

32 *IBID*, pag 822

33 *Derecho Civil*.

Valencia Zea, Arturo.

Ed. Temis, Bogotá, 4a. edición, T. I, pag 439

34 *IBID*, pag 439

De lo anterior podemos deducir que; hay ciertos parámetros que la persona debe respetar en relación a la disposición de su cuerpo y estos parámetros son:

- 1.- La disposición de órganos o partes del cuerpo humano regenerables (sangre, piel, pelo, hígado, médula osea, etc.) es generalmente lícita.
- 2.- La disposición de órganos no regenerables, que conllevan consigo la pérdida o disminución notable, o que pongan en peligro la vida del ser humano, siempre serán ilícitas.
- 3.- La disposición de órganos de los llamados pares, que suprimen parcialmente el ejercicio de la función pero no pone en peligro la vida del donante, será generalmente ilícita; aunque preferentemente estos órganos deberán ser obtenidos de cadáveres.

2.2 DISPOSICION DEL CUERPO AJENO (CADÁVER).- Algunos autores consideran al cuerpo humano sin vida como a una COSA, otros por el contrario, jamás podrán otorgarle tal carácter. El cuerpo humano vivo representa un sin número de problemas para el derecho, de la misma forma sucede con los cadáveres; dos son los principales dilemas que se derivan, primero, determinar el status jurídico del cadáver, y segundo determinar lo concerniente a los derechos sobre el cadáver.

En cuanto al primer punto se refiere, Lozano y Roman, citado por Gutiérrez y González afirma que: "Al desintegrarse la unidad compleja que representa al hombre, el cuerpo humano se convierte en algo nuevo, diferente, esencialmente distinto a la referida unidad, no obstante de conservar cuando menos temporalmente, la apariencia más fiel de ella.

Si tal realidad ha dejado de ser persona y como realidad existe, solo admite otra denominación; *COSA*, ello no prejuzga sobre su naturaleza misma, el hombre se transforma en cosa cuando le falta el elemento energético que lo anima"³⁵.

De la misma forma Diez Díaz, citado también por Gutiérrez y González en su obra "*El Patrimonio*", afirma que: "El cadáver ha devenido en ente distinto, se ha convertido en un objeto material, aunque quizá no merezca la simple consideración de *COSA*"³⁶.

Por mi parte concuerdo definitivamente con los autores, ya que el cadáver es indudablemente una cosa, con dueño o sin él pero cosa al fin y al cabo, ya que se le puede otorgar un carácter económico, por lo tanto de ser así, el cadáver es una cosa, pues todas las cosas tienen un valor, tanto pecuniario como moral, y en este caso el cadáver tiene únicamente valor moral, por disposición expresa de la Ley.

En cuanto al segundo punto, el problema radica en determinar quien o quienes son los titulares sobre el derecho del cadáver; y en primer término se encuentran los familiares del mismo, empero no podrán ser propietarios del cadáver, en virtud de estar expresado así en el artículo 336 de la Ley de Salud que estipula: "Artículo 336.- Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración"³⁷. Hablamos de titulares del cadáver respecto de las facultades o derechos del mismo, y en relación al destino final del cuerpo sin vida; que puede ser uno distinto al sepelio. En virtud de que es cada vez más creciente la necesidad de allegarse órganos, y como entre vivos es más difícil hacer la disposición de los mismos por las restricciones que impone la Ley respectiva, resulta cada vez más común que estos sean obtenidos de cadáveres.

35 GUTIERREZ y González, Ernesto., *Op.*, cit. pags.978-979

36 GUTIERREZ y González, Ernesto., *Op.*, cit. pag. 979

37 Ley General de Salud., *Op. Cit.*,

La Ley General de Salud señala que la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de ser humanos podrá hacerla:

"Artículo 315.- Se considerará como disponente originario, para efectos de éste título, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo."³⁸ y el artículo 316 señala:

"Artículo 316 .- Serán disponentes secundarios:

- I.- El conyuge, el concubino, la concubina, los ascendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;
- II.- A falta de los anteriores, la Autoridad Sanitaria.
- III.- Las demás a quienes esta Ley y otras disposiciones aplicables les confiera tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalan en las mismas."³⁹

Ambas disposiciones mencionan en su texto, lo relativo a disponer tanto del cuerpo como del cadáver, pero ninguna menciona que los familiares sean propietarios del cadáver o parte de este, es decir, que en determinado momento los familiares de los difuntos, podrán acceder a que el cuerpo sin vida, o parte del mismo, sea utilizado para fines científicos distintos al sepelio.

La enciclopedia jurídica OMEBA dice al respecto: "Salvo en aquellos casos representativos de fines científicos, no cabe admitir la propiedad sobre la totalidad o parte del cadáver, ni siquiera a favor de los herederos, con excepción de los actos dispositivos al sepelio, funerales, autopsia, etc."⁴⁰

³⁸ Ley General de Salud., Op. Cit.,

³⁹ IBID.

⁴⁰ Enciclopedia Jurídica OMEBA., Op. cit., V. 2, pag.604

Por lo tanto cualquier otro acto distinto al sepelio o de carácter científico, serán totalmente ilegales; pues si consideramos las buenas costumbres y la moral, sería una aberración permitir otro tipo de actos con el cadáver y por lo tanto serían punibles; más sin embargo, considero que, el mejor destino para un cadáver sería el de utilizarlo para salvar vidas de personas aún con esperanzas de vida y solo permitir estos actos amén de los del sepelio, en favor del respeto que debe tenerse hacia el cuerpo sin vida. Aunque tal vez los familiares de la persona fallecida, no estuviesen de acuerdo en dar una parte del cuerpo de aquel, sin recibir nada a cambio; pues aunada a la pena que les embarga en esos momentos, les queda aún la pena grande de enfrentarse a los gastos del sepelio, que en muchos casos no pueden ser solventados fácilmente por los familiares, en estos casos podría establecerse en los hospitales públicos un programa de ayuda para solventar los gastos de los funerales de las personas que donarán sus órganos, o en su defecto, que sean los propios familiares del receptor del órgano quienes de manera directa, ayuden con los gastos del sepelio.

Y en caso extremo, que o quien prohíbe llegar a un acuerdo sobre la parte del cuerpo deseada, y el precio requerido por este, pues en todo caso los disponentes secundarios pueden autorizar la utilización de partes del cadáver, según la Ley de Salud, que lo estipula en su artículo 325.

Empero como en la sociedad actual no se le ha podido dejar de darle al cadáver la calidad de intocable y venerado; para lo cual es necesario cambiar la mentalidad al respecto, pues como menciona Gutiérrez y González: "...al correr de los años, y ya en este siglo se inicia una notable evolución en el estudio del aprovechamiento del cadáver y en especial de ciertas y determinadas partes del mismo, que pueden servir para llevarlas a personas que carecen de los mismos, y se empieza a generar un fenómeno psicológico colectivo, que lleva a pensar en la necesidad de aprovechar el cadáver, sin que al hacerlo se le profane".⁴¹

⁴¹ GUTIERREZ y González, Ernesto., *Op. cit.*, pag. 948

Cabe igualmente la posibilidad de someter al cadáver a un régimen especial, y que desde luego no sería sujeto de apropiación, tal y como lo menciona Arturo Valencia Zea al referirse al mismo, diciendo: "...es una cosa sin dueño, no susceptible de apropiación, pero sometido a un régimen especial"⁴². Un régimen especial que considera tanto la denominación jurídica del acto, el objeto del mismo, los sujetos, las obligaciones de las partes y en fin todo lo relacionado con los actos jurídicos susceptibles de realizarse con el cadáver y el cuerpo vivo; para dar por terminada de una vez por todas con los problemas relacionados con los derechos de los disponentes en relación con el cadáver, así como la calidad jurídica del mismo.

2.3 PUEDEN LOS PADRES DISPONER DEL CUERPO DE LOS HIJOS POR ESTAR ESTOS BAJO PATRIA POTESTAD.- Históricamente la figura jurídica de la patria potestad ha ido evolucionando; en la Roma Imperial, los pater-familias tenían un poder casi ilimitado sobre sus descendientes, absorbiendo incluso a la nueva familia cuando un hijo varón contraía nupcias.

Afirma Castán Vázquez, remitiéndose a Granstier que: "El padre puede él solo y sin apelación posible, dirigir la educación de los hijos, emanciparlos, darlos en adopción, casarlos e imponerles el divorcio"⁴³.

Esto es, la madre en el derecho romano jugaba meramente un papel decorativo, carecía de todo derecho para decidir lo relacionado con sus hijos; tan es así, que como mencionaba Eugene Petit al respecto: "En sus efectos, esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo,... al mismo tiempo sobre los bienes de los hijos"⁴⁴.

⁴² VALENCIA Zea, Arturo., *Op. cit.*, pag. 466

⁴³ La Patria Potestad.

CASTAN Vázquez, José Ma.

Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1960, pag.76

⁴⁴ Tratado Elemental de Derecho Romano.

Un claro ejemplo de lo anterior, nos lo proporciona el propio Eugene Petit, cuando afirma que: "Durante los primeros siglos, la potestad paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo descisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosos. Tenía sobre ellos poder de vida y muerte, puede emanciparlos a un tercero y abandonarlos"⁴⁵.

La evolución del derecho, ha hecho que también la sociedad cambie junto con él, de tal suerte que la institución jurídica de la patria potestad ha también evolucionado, y actualmente se encuentra delimitada por la Ley en lo referente a las facultades de las personas que la ejercen; así, hoy en día esta figura es ejercida por ambos progenitores, como resultado obvio de las restricciones señaladas en la Ley, los padres ya no tienen ese ilimitado poder de disposición sobre los hijos como en la antigua Roma.

Actualmente el Código Civil para el Distrito Federal establece en su Artículo 413 lo siguiente: "Artículo 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que imprimen las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley de Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal"⁴⁶.

Sin embargo, que tan amplio es el derecho que los padres tienen sobre los hijos y la persona de este, cabe hacer mención que, cuando surgen conflictos de orden familiar, lo primero que protege tanto el Juez como el Ministerio Público, son los derechos de los menores de edad, así como los bienes de los mismos; evitando con esto cualquier perjuicio o daño, tanto físico como psicológico o económico, debiendo aprobar el Juez con aprobación del Ministerio Público, todo lo concerniente a los bienes y personas de los hijos menores de edad, excepto aquellos emancipados.

⁴⁵ PETIT, Eugene.

Ed. Porrúa, México 1990, 6a. edición, pag. 101

PETIT, Eugene., Op. cit., pag. 101

⁴⁶ Código Civil para el Distrito Federal., Op. cit.

Dado que la cuestión a tratar en este capítulo, es el derecho que tienen los padres a disponer de los hijos en lo referente a su persona; en necesario determinar bajo qué circunstancias y hasta qué punto corresponde a los padres ese derecho de disposición.

Castán Vázquez señala que: "Se ha indicado, así mismo, como un acto de los correspondientes al padre, en relación con el cuidado de la persona del hijo, la concesión del consentimiento para la operación de éste. El profesor Cicú afirma en este sentido, que corresponde al padre en representación del hijo, el ejercicio del derecho a consentir que se disponga de la propia persona." (sic)⁴⁷

Ninguno de los autores que hablan del tema, dicen en concreto que es lo que pueden o no hacer los padres en relación a la persona de los hijos, la obra *Panorama del Derecho Mexicano* editado por la UNAM, nos dice: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, por lo que ve a la persona y refiriéndose a los derechos que los padres tiene sobre sus hijos, diremos que la patria potestad otorga a los ascendientes, la facultad de corregir y castigar a los hijos, debiendo ser este derecho en forma mesurada..."⁴⁸. Es por demás obvio, que si la Ley impone un sin número de fronteras en el ejercicio de la patria potestad en relación a los bienes de los hijos, más obvio será que se impongan muchas más limitaciones en lo referente a la persona de los hijos, llegando a concluir que; puedo yo disponer de mi cuerpo en vida, pero nunca podré disponer del cuerpo de mis hijos en vida; aunque cabe la posibilidad de que en casos excepcionales; por ejemplo, en aquellos casos en los que se encuentre en peligro inminente de muerte de alguno de los ascendientes, colaterales, y previa autorización del Juez y Ministerio Público; para poder disponer de parte alguna del menor, y solo cuando no sea posible obtenerla de cadáver o de otra persona.

⁴⁷ CASTAN Vázquez, José Ma., *Op. cit.*, pag. 240

⁴⁸ *Panorama del Derecho Mexicano*.
Instituto de Derecho Comparado.
UNAM, México 1965, T.II, pag. 31

Por otra parte, tampoco se admite que sean los propios hijos menores, los que expresen su consentimiento para la toma de órganos pues si esto sucediera, no sería válido dicho consentimiento; en concordancia con el Artículo 326 fracción I que dice:

Artículo 326.- No será válido el consentimiento otorgado por:

- I.- Menores de edad,..." Esto, porque supuestamente, los menores de edad no tienen psicológicamente la madurez necesaria para entender el alcance de sus acciones.

En la actualidad la patria potestad sigue siendo una figura jurídica necesaria, pero a diferencia del antiguo Derecho Romano, en que el padre tenía un derecho o poder ilimitado sobre sus hijos, hoy en día el derecho impone determinadas reglas que niegan a los padres la disposición de la persona de los hijos, con lo que queremos decir que; **NO ES PERMITIDO DISPONER DEL CUERPO DE LOS HIJOS EN VIDA, PERO SÍ SE PERMITE TAL DISPOSICION A LA MUERTE DE ESTOS**, pues al no ser los hijos objetos materiales susceptibles de enajenarse, no puede por lo tanto disponerse de ellos. Así pues el derecho es uniforme en este sentido, **NO ADMITE LA DISPOSICION DE LA PERSONA DE LOS HIJOS**. Pero se sugiere la modificación a la ley, permitiendo en casos excepcionales (peligro inminente de muerte para los padres la disposición del cuerpo de los hijos); es decir, se encuentra limitado a salvar la vida de los progenitores.

CAPITULO III

ÓRGANOS QUE PUEDO DONAR

3.1 En vida

3.2 A la muerte del sujeto

3.3 Por disposición testamentaria

3.1 **EN VIDA.**- Al respecto no hay mucho que discutir, pues se aceptan solo dos posturas; la primera de ellas permite o tolera hasta cierto punto la disposición de algunas partes del cuerpo no esenciales para vivir, como pueden ser en este caso los órganos que se presentan en pares, y que la disposición de uno de ellos permite las funciones normales del cuerpo humano; tales órganos son: pulmones, riñones, ojos, etc., o los órganos regenerables como pueden ser en este caso: sangre, hígado, médula osea, etc., y siempre y cuando tal disposición no ponga en peligro la vida del disponente.

Sin embargo, el criterio establecido para disponer de órganos gemelos o regenerables, es el siguiente; según el Dr. Yolke Calne dice: "Habiendo demostrado la existencia de dos riñones saludables de un donador sano, la remoción de un riñón concuerda con supervivencia normal..."⁵⁰. Es decir, siempre y cuando el donador continúe con una vida normal, será permitido el separarse de alguna parte del cuerpo.

Es decir, se abre la posibilidad de disponer de órganos que, siendo útiles y vitales para el hombre durante su existencia, éste no sufra alteraciones graves, según opinión del jurista Alfredo Domínguez: "Es factible además, la posibilidad de donar órganos aún vitales durante la vida del donante y este subsista por que se trate por ejemplo de un ojo, de un riñón u otros órganos gemelos."⁵¹

50 *Injerto de Organos.*

YOLKE Calne, R.

Ed. Manual Moderno, México 1976, pag. 6

51 *Derecho Civil. Parte General. Personas, cosas, negocio...*

MARTINEZ Domínguez, Jorge Alfredo.

Ed. Porrúa, México 1990, 1a. edición, pag. 273

De igual forma se expresa el médico mexicano Ruben Argüero Sánchez: "El caso de trasplante de médula osea es otro avance sorprendente de la medicina contra la milenaria y antes incurable leucemia, conocida como cáncer de la sangre, ya que el problema de los donadores es mínimo porque, invariablemente, la relación entre donante y receptor debe ser de padres a hijos y viceversa. Y lo notable es que nadie muere.

Los trasplantes de pulmón aún cuando se trata de una técnica más antigua, a la fecha se ha perfeccionado. Un paciente con los pulmones destruidos puede sobrevivir con el trasplante de uno solo de ellos, de tal suerte que -al igual que en el caso de los riñones- un hijo puede donar a su madre, padre o hermano sin riesgo de muerte ⁵².

Estos son solo algunos ejemplos de la disposición de su cuerpo puede hacer el hombre, siempre y cuando no ponga en peligro su vida, razón por la cual son tolerados en cierta medida la disposición de órganos no esenciales para vivir.

La segunda posición rechaza tajantemente la disposición del cuerpo del hombre, y en especial del órgano único y esencial para vivir. Alfonso Noriega cuestiona al respecto: "¿tiene derecho un hombre a donar parte de su cuerpo para que sean usadas en o por otras personas, aún cuando estas partes sean esenciales para la vida del donante o importantes para satisfacer su función social como ciudadano?"⁵³.

Ante tal interrogante, la respuesta única y definitiva de muy diversos juristas es siempre la misma; **NO ES LICITO DISPONER DE UN ÓRGANO ÚNICO, NO REGENERABLE Y ESSENCIAL PARA PRESERVAR LA VIDA DEL SUJETO**. Así lo manifiesta Alfredo Domínguez al señalar que: "La donación de un órgano único, como el caso del corazón no es posible hacerla sino únicamente al fallecimiento del donante, y no en otra circunstancia ⁵⁴.

52 Con corazón nuevo regreso al colegio... Quahacer Político.

Semanario, 30 de sept., 1991, año 11, No. 524, pag. 42

53 Los Trasplantes de Organos Humanos.

Biblioteca Criminalia.

Ed. Gabriel Botas, México 1969, 1a. edición, pag. 136

54 MARTINEZ Domínguez, Jorge Alfredo., Op. cit., pag. 273

De idéntica manera piensa Valencia Zea, quien manifiesta que: "La persona no puede disponer de su cuerpo, salvo en relación a ciertos negocios que no afecten en forma permanente la integridad física, ni sean contrarios al orden público y las buenas costumbres"⁵⁵.

El maestro Gutiérrez y González añade que: "...el ser humano no tiene derecho a disponer de aquellas partes de su cuerpo, que al desprenderse de sí mismo puedan poner en peligro su existencia misma"⁵⁶.

En efecto, acertada resulta la prohibición de disponer algunos órganos humanos esenciales para la vida del donante, y que dichos órganos no sean regenerables o que, no se presenten sino un único órgano, poniendo en peligro la existencia del donador, interrumpiendo así uno de los bienes primordialmente tutelados por el derecho, como lo es la vida humana.

En informe realizado por el Colegio de Abogados de México, en relación al tema que nos ocupa, y en relación a los problemas que podrían suscitarse respecto al mismo; resultó entre otros que la disposición de órganos sólo era posible y permitida en cuanto a partes no esenciales y que sean regenerables.

En conclusión podemos decir que, queda absolutamente prohibido desprenderse de partes del cuerpo esenciales para vivir, o cuyo desprendimiento traiga como consecuencia un mal irreversible para el disponente.

3.2 A LA MUERTE DEL SUJETO.- Al morir la persona, automáticamente pasa a convertirse en cosa; pues las características que le otorgaban el carácter de persona han desaparecido al momento de morir.

55 VALENCIA Zea, Arturo., *Op. cit.*, pag. 440

56 GUTIERREZ y González, Ernesto., *Op. cit.*, pag.822

Podría pensarse que una vez extinta la persona, los únicos fines para los que podría ser utilizado el cadáver son los relativos al sepelio, sin embargo, gracias al avance de la medicina moderna, cada vez es posible disponer con mayor frecuencia de cadáveres de seres humanos con la finalidad de obtener órganos humanos para utilizarlos en operaciones de trasplantes de órganos.

Empero es necesario cubrir determinados requisitos para poder hacer tal disposición; entre los que destacan: la declaración de muerte, señalado por la Ley de Salud y que textualmente dice:

"Artículo 317.- Para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I.- La ausencia completa y permanente de conciencia;
- II.- La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III.- La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- IV.- La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- V.- La atonía de todos los músculos;
- VI.- El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII.- El paro cardíaco irreversible;
- VIII.- Las demás que establezca el reglamento correspondiente"⁵⁷.

⁵⁷ Ley General de Salud., Op.cit

Es decir que, hasta que los médicos no esten verdaderamente seguros de que la persona esté realmente muerta, no se procederá a la toma de órganos; sin embargo, existe controversia en cuanto a la muerte, pues como señala el Dr. Ruben Argüero: "Tradicionalmente se ha acostumbrado a declarar muerto a un sujeto cuando desaparecen los latidos cardiacos y la respiración espontánea, pero a partir de 1968 se aceptó el hecho de diagnosticar muerte neurológica (este término solo es aceptado para efectos de trasplante, y por lo tanto no es aceptada si no es para dicha finalidad). En nuestro medio, en 1984 quedo establecido en la Ley General de Salud, el artículo correspondiente a la declaración de muerte cerebral y aún mas, desde esa época se especificó lo relacionado al trasplante"⁵⁸. El hecho de certificar la muerte cerebral, es indispensable para autorizar la toma de órganos, pues muerto el cerebro cesa completa y permanentemente la conciencia, así como la respuesta y percepción de estímulos externos, aunque pueden permanecer por mucho tiempo la respiración espontánea y los latidos del corazón; en tal caso se requiere únicamente que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III, y IV del artículo 317, según lo establece el artículo 318 de la Ley General de Salud; así como que la certificación de muerte deben hacerla dos médicos que no intervengan en el trasplante. Claro está que dicha certificación deberá hacerse antes de interrumpir el uso de los sistemas de apoyo de vida artificial, para conservar los órganos útiles con fines de trasplante, y mientras se cumplen con los requisitos legales.

Otro requisito indispensable para la disposición de órganos, es la autorización, que puede ser otorgada por la propia persona en vida, o por los familiares de aquella al morir.

*58 Primer Trasplante de corazón... Muy Interesante.
Revista Mensual, año VIII, No. 11 México 1991, pag. 43*

La primera forma consiste en convencer a las personas aún con vida, a donar órganos antes de su muerte, para lo cual se emplean tarjetas de donador con carácter testamentario. Se emplea este término, por que los familiares de las personas muertas, no pueden revocar el consentimiento de aquellas, según lo estipula el artículo 346 de la propia Ley de Salud que dice en su primer párrafo:

"Artículo 346.- Para la utilización de cadáveres de personas conocidas aparte de ellos, con fines de docencia e investigación se requiere permiso de disponente originario, mismo que no podrá ser revocado por los disponentes secundarios a que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta Ley⁵⁹. Las tarjetas mencionadas contienen espacios en blanco para ser llenadas por el disponente originario, en los cuales habrá de especificar los siguientes datos: edad, sexo, nombre y firma de dos testigos, lugar y fecha, nombre del donador, una leyenda que textualmente dice: "Dono mis órganos con fines de trasplante al momento de mi muerte, con la esperanza de ayudar a salvar una vida, dono...", posteriormente dos frases referidas y marcadas con las letras a) cualquier órgano útil y, b) Sólo los siguientes órganos, así como, el espacio para especificar que órganos se donaran.

La segunda forma consiste en convencer a los familiares de la persona muerta, para que acepten donar los órganos útiles de aquella, amén de la autorización del Ministerio Público, según lo menciona el cirujano Antonio Vicente Eguía en entrevista otorgada al diario Ovociones, quien dice: "...Pero necesitamos la autorización de sus familiares además de otros requisitos legales, como lo es la presencia del Ministerio Público y la de un necrocirujano ajeno al hospital que certifique previos estudios, que el paciente está muerto... Posteriormente el agente del Ministerio Público autoriza la toma de órganos y hace relación de lo que tomó el cirujano para enviarla al Servicio Médico Forense donde continua la autopsia legal"⁶⁰.

59 Ley General de Salud., Op. cit.

60 Tráfico al más allá. A través de la donación de órganos Ovociones 2a.

Año XXX, No. 9017, sábado 12 de octubre 1991, pag. 11

Posteriormente y una vez autorizada por el Ministerio Público la toma de órganos, se procede a seleccionar el receptor al cual se le habrán de implantar dichos órganos, siguiendo varios lineamientos establecidos por el hospital; entre otras destacan: la expectativa del receptor de vivir, estabilidad física y psicológica, que no tenga historia clínica relacionada con el alcoholismo, drogadicción, enfermedades psiquiátricas o de otro tipo y que interfirieran en el régimen médico o la forma de vida en la fase postoperatoria.

Concluyendo, podemos señalar que, a la muerte del sujeto todos los órganos son objeto de disposición y en consecuencia pueden ser donados ya por el propio sujeto para después de su muerte, o por los disponentes secundarios, como lo acontecido en el Centro Médico La Raza, y que dió vida a nueve receptores, tal y como lo relata el Dr. Argüero Sánchez: "Por política de la Institución se declina dar nombres tanto de la niña donante como de los nueve receptores... Se limita a decir que fueron la mamá de la niña y la abuelita de la misma las que autorizaron la sublimada donación"⁶¹.

Lo anterior viene a demostrar que, al momento de la muerte la disposición de órganos es totalmente aceptada, aunque no por eso llevada a la práctica, pues por cuestiones morales más que jurídicas, hay renuencia a desprenderse de partes del cuerpo sin vida, sobre todo de los propios familiares del difunto; sin embargo, si tomamos en cuenta que el cuerpo sin vida en poco tiempo será alimento de la fauna cadavérica, se antoja justificable que una persona con muerte cerebral, y que sus órganos son aún utilizables seguira vivo en otra persona, pues esta otra tendrá simbólicamente la vida de aquel.

Los adelantos son muchos en relación a esta nueva opción de vida, sin embargo, aún falta mucho por hacer en el rubro de disposición de órganos humanos para después de muerto, y en lo referente a concientizar a la gente en esta área.

⁶¹ *Quehacer Político.*, Op. cit., pags. 44-45

3.3 POR DISPOSICION TESTAMENTARIA.- El testamento es quizá el acto más importante en la vida de las personas, pues mediante éste, la persona voluntariamente decide lo que habrá de suceder con sus bienes, derechos y obligaciones para después de muerto. Puede incluso disponer de su cuerpo para actos ajenos al sepelio, como podrían ser la disposición de órganos, tejidos o completamente todo su cuerpo con fines científicos.

Ante tal actitud, la mayoría de los autores que tratan el tema están de acuerdo en señalar que: "De igual manera que con relación a las partes no esenciales del cuerpo anoté en el apartado anterior, casi todos los autores están de acuerdo en la posibilidad de que el sujeto celebre actos que considere convenientes y deban sufrir efectos para después de su muerte"⁶². Es decir, que mediante testamento una persona puede celebrar actos jurídicos que tengan efectos para después de muerto.

Esta voluntad testamentaria de disponer del cadáver con fines puramente científicos, debe ser respetada incluso por los familiares, de no ser así, es el albacea de la sucesión a quien el derecho de hacer repetir la voluntad del difunto faculta. Pero esta facultad que le otorga el derecho, solo será aplicable cuando los actos jurídicos que se realicen con el cadáver vayan encaminados a fines científicos, de lo contrario serán nulos.

En cuanto a los órganos que pueden ser tomados para efectos de trasplante, no hay discusión alguna, pues será decisión exclusiva de la persona, quién deberá especificarlo fehacientemente antes de morir, atendiendo siempre a lo estipulado en el artículo 324 de la Ley General de Salud, que dice: "Artículo 324.- Para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o expedido ante dos testigos idóneos, y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables. En el caso de la sangre, no será necesario que el consentimiento sea manifestado por escrito.

⁶² GUTIERREZ y González, Ernesto., *Op. cit.*, pag. 960

El disponente originario podrá revocar el consentimiento en cualquier momento y sin responsabilidad de su parte"⁶³.

De hecho y por derecho, un cadáver puede ser desposeído de sus partes que aún sean útiles, pues en el ya no existen las funciones orgánicas y por lo tanto, no hay riesgo de causar perjuicios funcionales o de cualquier otra naturaleza; aunque disponer del cuerpo mediante testamento, de ninguna manera resulta práctico por la tardanza que esto implica.

Irónico resulta que un cadáver hasta hace algún tiempo, sin valor ni provecho alguno, sea actualmente tan codiciado por la medicina y la sociedad en general, como indica Díez Díaz: "...es la propia muerte quién mejor ayuda a la vida"⁶⁴.

63 Ley General de Salud., Op. cit

64 DIEZ Díaz, Joaquín., Op. cit., pag. 325

CAPITULO IV

OPERACION JURÍDICA A REALIZAR, DETERMINAR EL ALCANCE DE LA MISMA ASI COMO LA DENOMINACION JURIDICA.

- 4.1 Características de la operación jurídica
- 4.2 Determinación del tipo de acto
- 4.3 Derechos y obligaciones de las partes a la celebración del acto
- 4.4 Consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento
- 4.5 Obligatoriedad del acto.

4.1 CARACTERISTICAS DE LA OPERACION JURIDICA.- Es cada vez mayor el número de actos que se realizan en torno al cuerpo humano que no puede el derecho quedar estancado en lo referente a este tema tan en boga actualmente; Gutiérrez y González citando a Díez Díaz opina que: "...es ya tan grande el número de operaciones que se verifican con relación a este derecho en estudio, que no puede demorarse más tiempo en abordarle jurídicamente a través de la técnica y un plan adecuado..."⁶⁵.

Debemos efectivamente abordar el tema, para disipar toda duda inherente a él, por ejemplo lo relacionado con: características de los actos de este tipo, denominación jurídica de los mismos, derechos y obligaciones de las partes, etc. Si bien es cierto, que ya hay leyes que regulan esta materia, también lo es que, falta aún mucho por hacer en los aspectos anteriormente señalados, pues las normas vigentes están contempladas en su mayoría al sector salud, sin ocuparse de otros aspectos que también deben ser tratados por el derecho; entre otros encontramos las características del acto jurídico que se realiza; así tenemos que:

- 1.- El acto jurídico puede ser bilateral en caso de que se permita una contraprestación, como sucede con la compra venta, o unilateral como en la donación.

65 GUTIERREZ y González, Ernesto., *Op. cit.*, pag. 961

- 2.- Puede igualmente ser onerosa o gratuita, en cuanto que establece obligaciones para ambas o una sola de las partes.
- 3.- El consentimiento de quien dispone de su cuerpo, tiene que ser siempre de manera indubitable, es decir, de manera escrita.
- 4.- El disponente puede revocar en forma unilateral el consentimiento para disponer de su cuerpo, sin responsabilidad alguna de su parte.
- 5.- El contrato de disposición de órganos, crea una obligación personal para aquel quien debe disponer de su cuerpo.
- 6.- Tanto el sujeto humano, como las partes integrantes del mismo, adquieren el carácter de "cosas" comerciales en el momento en que se les otorgue un carácter económico.
- 7.- Este tipo de actos serán ilícitos cuando afecten de manera permanente la integridad física de la persona disponente, y lícita cuando suceda lo contrario y no se pretenda disponer de un órgano único esencial para la vida y no regenerable.
- 8.- Solo se permite disponer de órgano único y esencial para la vida, cuando dicho órgano sea tomado de cadáveres de seres humanos.
- 9.- El acto de disposición solo será lícito cuando vaya encaminado a fines científicos.
- 10.- El objeto del contrato deberá ser siempre una parte del cuerpo de la persona.
- 11.- El acto de disposición debe llenar ciertos requisitos, tanto médicos; entre otros destacan: certificación de muerte, extracción de órganos útiles, etc., como de tipo legal, entre los que tenemos: autorización por parte de los familiares tratándose de cadáveres, y del disponente en caso de personas vivas; vista al Ministerio Público, etc., para que dicha disposición tenga validez jurídica.

4.2 DETERMINACION DEL TIPO DE ACTO.- Hace tan solo diez años el hombre era aún su propietario, es decir, hasta que el derecho comenzó a interesarse por las partes integrantes de su cuerpo, el hombre paso a formar parte de las cosas comerciales. Sin embargo, a pesar de que cada vez es más frecuente la disposición que el hombre hace de su cuerpo, aún no ha podido encontrarse ni determinarse el tipo de acto del que se trata; pues si bien podemos hablar y de hecho hablamos ya de una donación o compra venta, términos que según diversos autores no son del todo correctos.

Uno de esos autores Rojina Villegas manifiesta que: "Desde el punto de vista económico, la compra venta constituye una de las formas de apropiación de la riqueza"⁶⁶, se trata sin embargo, de un enriquecimiento de ambas partes, pues mientras uno de ellos se enriquece con la adquisición de un bien, el otro lo hace con la cantidad que le fue pagada por el bien objeto de contrato. Sin embargo, tratándose de un acto de esta naturaleza, una de las partes al desprenderse de parte de su cuerpo para venderlo, de que forma se enriquece? el que se enriquece es aquel que pago por el órgano en cuestión, pues enriquece su vida y en cierta forma su patrimonio.

No podemos hablar de enriquecimiento para ambas partes, cuando empobrecemos las funciones de una de ellas de la manera significativa. Además la compra venta es un contrato traslativo de dominio, y en este caso las funciones del cuerpo no son susceptibles de dominación. Tampoco puede hablarse de donación, y menos aún a título gratuito, pues en la donación, la parte que cede algo, debe conservar otra parte que le sea suficiente para vivir decorosamente, es decir, en la donación de una parte de nuestro cuerpo, quizá conservemos otra igual para sobrevivir, pero podremos vivir decorosamente cuando las funciones del cuerpo se debilitan de manera significativa?, es muy arriesgado decir que una persona se atrevería a desprenderse de parte de su cuerpo, si esta parte del cuerpo no es para salvar la vida de un hijo o un ascendiente; y a sabiendas que es más útil a la sociedad y a su familia estando integro.

66 ROJINA Villegas, Rafael., *Op. cit.*, pag. 130, T: VI, Contrato

Dice Gutiérrez y González de lo anterior que: "...no se puede partir de la idea de identificar estas convenciones con las ya clásicas y conocidas de compra venta si es a título oneroso el acto, o donación si fuere gratuito..."⁶⁷. Si lo hicieramos así, sería de cualquier manera necesario crear nuevas disposiciones respectivas para esta nueva forma de contratos, pues dadas las características del bien y la finalidad del acto, no podrían ser aplicables las normas que regulan las donaciones o venta de otro tipo de bienes. Pero mientras los juristas se ponen de acuerdo y encuentran la denominación acertada, nos encontraremos nada menos que ante un contrato *SUI GENERIS*. Es necesario por otra parte, y por demás ineludible, otorgarle una denominación al acto de disposición del cuerpo del hombre; pues acertadamente opina Díez Díaz: "La calificación jurídica de una serie de compromisos que se vienen verificando en torno a la aplicación del cuerpo humano se hace ineludible. La simple resolución de considerarlos como una manifestación mas, corresponde al grupo de contratos innominados, constituye una auténtica evasiva, en contraste con un mínimo rigor científico. Argüir otra parte que nos encontramos frente a un convenio de naturaleza especial o con carácter *SUI GENERIS*, representa sanjar el expediente con excesiva comodidad, sin haber definido nada"⁶⁸.

Considero sin embargo, que tratándose de un órgano humano, debemos hablar de un contrato corpóreo; ajeno a los demás tipos de contratos contemplados en el Código Civil, hablamos de un contrato ajeno por que presenta características nuevas, no contempladas en ningún otro contrato de los ya conocidos, respecto a este tipo de contratos dice Díez Díaz: "...responde a una auténtica compensación somática; asistimos a un mecanismo jurídico innovador, que hace jugar, de un lado, la transmisión de un órgano humano y, de otro la doble alternativa de una contrapartida cualquiera (*cosas, dinero, servicios*) junto a la de su existencia en absoluto. Abarca en síntesis, toda cesión corpórea, tanto a título oneroso, como a título gratuito"⁶⁹. No importa por lo tanto, la naturaleza jurídica que de origen al acto; de igual forma recibiría la misma denominación jurídica.

67 GUTIERREZ y González, Ernesto., *Op. cit.*, pag. 961

68 DIEZ Díaz, Joaquín., *Op. cit.*, pag. 309

69 *IBID.*, pag. 312

Dado que es innegable ya, que es cada vez mayor el número de personas que llevan a la práctica este tipo de contratos; no puede perderse más tiempo en estudiarlos jurídicamente, pues por el bien de la sociedad y del hombre mismo, es indispensable regularlo de manera eficiente, en lo consiguiente al aspecto civil, y nominarlo de alguna forma en particular; sugiere Díez Díaz: "...y culmina este cúmulo de para mí también verdades, nominado el contrato que se celebra como **CONTRATO SOMÁTICO o CONTRATO CORPORAL**".

Por mi parte considero que la denominación que debe atribuirse a dichos contratos, atendiendo al fin del mismo, debe hablarse de un **CONTRATO TERAPÉUTICO o DE IMPLANTACION**, definiendo a estos contratos como:

- 1.- **CONTRATO TERAPÉUTICO.**- Es un contrato mediante el cual una persona dispone de alguna parte de su cuerpo, bien de manera onerosa, bien de forma gratuita; para el tratamiento de una enfermedad orgánica o funcional de otra persona y a través de la implantación del órgano de aquella en el cuerpo de esta.

- 2.- **CONTRATO DE IMPLANTACION.**- Contrato por medio del cual una persona se compromete a desprenderse de una parte de su cuerpo para que sea implantado en el cuerpo de otra persona; mediante una contraprestación o de forma gratuita.

No se pretende de ninguna otra manera que, sea alguna de estas formas las que deban de atribuirse a este tipo de actos; es una pequeña contribución para poder desempeñar los problemas que conlleva este tipo de actos, y hasta que los juristas se pongan de acuerdo, seguirá siendo un contrato **SUI GENERIS**.

4.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES A LA CELEBRACION DEL ACTO.- El hablar de derechos y obligaciones de las partes, es aún muy relativo. Mientras que no quede establecido del todo el tipo de acto que se realiza, y al no estar contemplado el ley alguna los Derechos y obligaciones inherentes a cada una de las partes, pues únicamente se encuentra lo relacionado a disponentes, toma de órganos y lo concerniente al control sanitario sobre la disposición de los mismos cadáveres de seres humanos; por lo que se considera necesario establecer lo relativo a las partes, obligaciones, denominación jurídica del acto, etc., en una ley que no sea únicamente de carácter sanitario.

Si bien es difícil establecer relaciones concretas, como ya se mencionó, por la falta de antecedentes en la materia; es innegable que hay ciertos derechos de carácter irrenunciables para proteger directamente al disponente, y entre otros encontramos los siguientes:

Por principio de cuenta diremos que, el disponente puede libremente revocar su consentimiento en el momento que lo deseé, aún instantes antes de la operación, sin responsabilidad de su parte y sin que se sujete a formalidad alguna; así lo dice Antonio Gordillo: "...se establece reglamentariamente que entre la firma del documento de cesión y extracción del órgano deberán transcurrir, al menos, veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención, sin sujeción a formalidad alguna y sin que la revocación pueda dar lugar a ningún tipo de indemnización de parte del que revocó"⁷¹.

⁷¹ *Trasplante de Organos: " PIETAS " Familiar y Solidaridad Humana*
GORDILLO Cañas, Antonio.
Ed. Civitas, S.A., Madrid 1987, 1a. edición, pag. 69

Tiene igualmente derecho él a recibir toda la información médica necesaria en relación a las consecuencias previsibles; esto es, deberá hacerse antes de la firma del contrato respectivo, con el fin de que el posible donante pueda en un momento dado revocar su consentimiento una vez informado de lo que puede ocurrir en caso contrario, así lo expresa el propio Antonio Gordillo, quien dice: "La perfecta consciencia del donante resultará de las informaciones necesarias: que haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión, información que deberá ser facilitada por un médico distinto al que vaya a efectuar la operación y que habrá de tener un contenido necesario: las consecuencias previsibles de la extracción en el orden somático, psíquico, psicológico y demás, así como las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre la vida personal... del donante..."⁷².

Este supuesto tiene íntima relación con la fracción IV del artículo 16 de Reglamento a la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de seres Humanos que textualmente dice:

Artículo 16 .- Tratándose de trasplantes, el disponente originario del que se tomen los órganos o tejidos deberá:

IV.- Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano. en su caso, así como las probabilidades de éxito del receptor⁷³. Es comprensible la preocupación del autor, pues la persona que accediera a donar parte de su cuerpo, una vez firmado dicho documento podría ser coaccionado a desprenderse del mismo si no existiera normas de ésta naturaleza.

⁷² *IBID*, pag, 68

⁷³ Reglamento a la Ley General de Salud en Materia de...

Hacemos alusión únicamente a estos derechos del donador, por que como repetimos, aún es muy relativo y prematuro hablar de derechos y obligaciones de las partes, pues como no esta reglamentada en Ley Civil alguna, no se puede hablar de ellos.

Sin embargo, por ser de suma importancia para el donador tanto la información médica de las posibles consecuencias, como la decisión de revocar la voluntad de que le sean extirpadas determinadas partes de su cuerpo, debemos hacer mención a ambos derechos que desde luego son vitales para el donador.

En cuanto al comprador o receptor del órgano, me atrevería a pensar que, a lo único que tiene derecho es a que se le reintegre la cantidad pagada por el órgano, y en caso de que el disponente revoque su decisión de desprenderse de el. Asimismo tiene obligación de cargar con los gastos de la operación, y los demás que puedan surgir por esta causa. Se arbitrarán los médicos para que la realización de estos medios no sean en ningún caso gravosa para el donante vivo o para la familia del difunto, en caso de disposición de órganos de cadáveres. "Deberá garantizarse al donante vivo, la asistencia precisa para su restablecimiento, así como para cubrir los gastos realizados en ocasión de la donación..."⁷⁴.

Estos derechos y obligaciones a que se hace mención, son aplicables en la ley de trasplantes de España, país que en la actualidad cuenta ya con una legislación para trasplantes inter vivos, pero que pudiera resultar también aplicable a la sociedad mexicana actual, previas modificaciones concretas a la realidad nacional.

74 GORDILLO Cañas, Antonio., *Op. cit.*, pag. 68

4.4 CONSECUENCIAS JURIDICAS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO.- Una obligación constriñe a una persona denominada deudora, a cumplir con una prestación de dar, hacer o no hacer algo, bien de forma voluntaria, o bien de manera forzosa; en el caso que nos ocupa, hablamos de desprenderse de un órgano para ser trasplantado a otra persona.

Empero al tratarse de un negocio jurídico no legislado del todo, pues no hay nada respecto del acto comercial en que se convierten este tipo de actos cuando el cuerpo adquiere un carácter económico; por lo mismo, no podemos hablar del concepto general de obligación, de la misma forma que no podemos aplicar principios jurídicos que rigen para el caso de incumplimiento de una obligación.

Borrell Macia dice esto: "...pero el caso del que el vendedor o donante se arrepienta del contrato celebrado, no puede ser constreñido a cumplir lo pactado, pues repugna que por la fuerza pública sea conducido por el deudor incumplido -ante una sala de operaciones donde le sean extraídos los ojos-"⁷⁵. Es decir, no hay consecuencia jurídica alguna para el caso de incumplimiento de la obligación, únicamente si se modificara la ley y se permitieran actos onerosos, sería motivo de que el donador devolviera en todo caso el monto recibido por desprenderse de algún órgano; pues ningún hombre puede ser obligado a ser utilizado en otro hombre, menos aún si esa utilización entraña su propia destrucción o al menos la posibilidad de ser destruido. Lo anterior se refuerza con lo estipulado en el último párrafo del artículo 342 de la Ley General de Salud; "El disponente originario podrá revocar el consentimiento en cualquier momento y sin responsabilidad de su parte "⁷⁶.

En cuanto a disponer de órganos de cadáveres, ni aún los mismos familiares del difunto pueden oponerse a ésta disposición, cuando el disponente originario así lo deje establecido; de tal suerte que, no podrán los propios familiares incumplir con el convenio.

⁷⁵ VALENCIA Zea, Arturo., *Op. cit.*, pag. 444

⁷⁶ Ley General de Salud., *Op. cit.*,

Nada puede compararse con la vida misma, inclusive, no otra vida, excepto por una madre, un padre; ante lo cual manifiesta y se pregunta Díaz Díaz: "Que ajeno bien, incluso la propia existencia, puede ser tenido por superior al propio... en aras de una vida que tampoco se garantiza actualmente de modo seguro..."⁷⁷.

Aún ahora en los tiempos actuales, en los que los trasplantes de órganos están tan en boga y son ya realidad innegable, la falta de previsiones legales que abarquen este tipo de problemas, trasciende inevitablemente al ámbito del derecho.

4.5 OBLIGATORIEDAD DEL ACTO.- Ninguna autoridad está facultada para despojar a persona alguna de parte de sí, y en todo caso si esto fuera posible, hasta que punto es obligatoria una sentencia que condene a una persona a desprenderse de parte de su cuerpo y puntualiza Rava: "...las partes del cuerpo, cuando están integradas al mismo, no gozan de una disponibilidad absoluta, y de ahí que no resultarían obligatorios los contratos que sobre ellas concertasen las personas"⁷⁸. Continúa diciendo: "... con anterioridad a su separación efectiva nadie podría ser coaccionado al cumplimiento del convenio..."⁷⁹. Es decir, según Rava, ni aún la misma autoridad judicial tiene la facultad de obligar a una persona a cumplir con un convenio de tal naturaleza; pues estaría incurriendo en un delito. Otra cosa distinta sería si el órgano en cuestión hubiese sido desprendido efectivamente de la persona, pues entonces ya no pertenecería especialmente a ella. De todo esto podemos concluir que, una vez separado el órgano de la persona, el derecho personal se convierte en derecho patrimonial al pasar el órgano humano a convertirse en objeto.

77 REYES Monterreal, Jose Ma., en Revista General de Legislación y Jurisprudencia. " Problemática Jurídica de los Trasplantes" Año CXVIII, No. 3, marzo de 1969, Madrid, pag. 246

78 DIEZ Díaz, Joaquín ., cit., pag 266

79 IBID., pag. 267

Por otra parte "De Cupis no encuentra inconveniente en su negociabilidad como objetos presentes, incluso en conceptos de cosas futuras, con efectos en el día en que tenga lugar la separación. Con todo el negocio jurídico encaminado a una tal detracción sería inválido, por atender a la integridad física de la persona y por ende no exigible. Ahora bien: una vez acontecida la separación y dada su nueva calidad de auténtica *RES*, nada se opone a su contratación y utilización ⁸⁰".

Ambos juristas están de acuerdo, no puede obligarse a una persona a cumplir con una obligación de dar parte de su cuerpo cuando aún no haya sido extraído o desprendido de él, sin embargo, si esto último ya aconteció, está por demás su negativa, puesto que tuvo tiempo de sobra para revocar su consentimiento, aún hasta antes de la operación.

Un claro ejemplo de lo anterior lo constituye el alegato jurídico formulado en la obra *El Mercader de Venecia*, del celeberrimo William Shakespeare, y en la cual Sylock reclama de Antonio el pago de una libra de carne de su propio cuerpo; para lo cual se presenta ante Dux o Juez con el siguiente argumento: "Esta libra de carne que le reclamo la he comprado cara, es mía y la tendre. Si me la negais, anatema contra vuestra Ley"⁸¹. Parece ser éste el primer antecedente de una obligación jurídica de este tipo. Sin embargo, lo que resulta trágico aquí, es que no existen en el derecho mexicano leyes aplicables en caso de controversia de ésta naturaleza, aunque como ya mencionamos con anterioridad, la cláusula de revocabilidad que debe estar inserta en los "Contratos" de este tipo, evita que se den este tipo de situaciones en México.

Pero de no estar contemplada está revocación, qué puede hacer la persona en cualquier tiempo, qué es lo que sucedería, por quién se inclinaria el Derecho ?.

⁸⁰ *IBID.*, pag. 267

⁸¹ REYES Monterreal, José Ma., *Op. cit.*, pag. 409

CAPITULO V

IMPORTANCIA DE REGULAR AL RESPECTO

- 5.1 Sobre el cuerpo
- 5.2 Sobre el acto realizado.
- 5.3 En relación a las partes.
- 5.3.1 En cuanto a su capacidad.
- 5.4 Procedimiento en caso de litigio.
- 5.4.1 Autoridades competentes.
- 5.5 Ejecución de las autoridades

5.1 SOBRE EL CUERPO.

Una vez más podemos verificar la ausencia de previsiones legislativas para regular oportunamente problemas y consecuencias sociales surgidas a raíz del tema que nos ocupa en el presente trabajo.

Es de vital importancia considerar lo anterior sobre la cuestión analizada, y tan en boga actualmente; los trasplantes de órganos. Afortunadamente, tanto la técnica como la ciencia en general, han avanzado enormidades para beneficio del hombre, sin embargo, y para desgracia social, el derecho ha quedado estancado en estas cuestiones.

Las dificultades que se plantean, se hacen caso insuperables pues se afectan derechos personalísimos como lo es, el que tiene el individuo a disponer de su cuerpo.

En ello esencialmente radica el problema de los trasplantes de órganos, por ello mismo debemos perfeccionar las leyes que existen al respecto; tratando de que se regulen absolutamente todas las situaciones originadas en relación a este embrollo.

Debemos en primer término tratar de regular lo referente a la persona misma; dos son los supuestos al respecto:

- 1.- Cesión o disposición durante la vida.
- 2.- Cesión o disposición para después de la muerte.
 - a) Por testamento
 - b) Por voluntad de los familiares.

En cuanto al primer punto debemos considerar varias exigencias:

- a) Que el consentimiento otorgado por el disponente originario, sea otorgado sin coacción, conscientemente y llenando los requisitos que no hagan dudar al respecto.
- b) Que el órgano donado, no sea vital para el donador, pues como hemos repetido, el derecho tiene como primordial bien jurídico tutelado; la vida humana.
- c) Según manifiesta Reyes Monterreal: "...el alcance cuantitativo de lo cedido nunca supere el alcance científicamente previsto como mínimo para el normal e interrumpido funcionamiento orgánico". (81) Esto es, debemos alterar lo mínimamente posible las funciones orgánicas, de lo contrario causaríamos una lesión de tipo irreparable.
- d) Debemos tener casi la plena seguridad de que la operación quirúrgica, sea eficiente para salvar la vida de aquél a quién pretende trasplantarse el órgano. Esto es esencial, pues no puede tolerarse ningún atentado por parte del disponente contra su propio cuerpo, si no es justificable con un porcentaje elevado de salvar una vida.
- e) "Que la disposición se haga por medio de convenciones que no supongan un tráfico constante ni motivo de repetido y evidente lucro para el cedente. Esto no quiere decir que deba impedirse en absoluto la cesión onerosa o mediante contraprestación, en principio admisible y perfectamente lícita"⁸².
- f) Por último que el disponente pueda revocar su consentimiento en el momento que lo desee; pues ésta es la única forma que tiene el disponente de protegerse.

82 REYES Monterreal, José M., *Op. cit.*, pag. 409

En cuanto a la disposición para después de muerto, dos pueden ser los supuestos:

a) *Por medio de testamento*; para lo cual será cuestión de demostrar mediante testamento o tarjeta de donador que para el efecto proporcionan los hospitales de Sector Salud, la voluntad de donar los órganos de la persona fallecida.

Sin embargo, cabe preguntarse, qué tan factible resulta que la persona manifieste su voluntad mediante testamento; pues en la práctica resultaría muy tardado el procedimiento para que el Juez pudiera declarar válido el testamento, y por el leve lapso que los órganos puedan aún ser utilizados por lo que realmente no es muy recomendable ésta forma de disposición de órganos.

En lo referido a la tarjeta de donador proporcionada por los hospitales, ésta, tiene a su vez carácter de testamento; y la voluntad ahí inserta no puede ser revocada ni aún por los propios familiares del disponente; por así expresarlo el artículo 346 de la Ley de Salud.

b) *Disposición por parte de los familiares*; pues es claro el derecho de estos, para consentir sobre la utilización de todo o partes del cadáver, pues a ellos es a quienes debe pedirse el consentimiento para disponer de él, sean o no los herederos de los bienes materiales. Dice el propio Jose María Reyes que: "...puesto que la disposición del cadáver más se tiene por ser familiar o pariente que por heredar al sujeto...". Para reafirmar lo antes mencionado tenemos que: "Artículo 346.- Para la utilización de cadáveres..."

Cuando el disponente originario no haya expresado su voluntad por lo que respecta a la disposición de su cadáver, las personas a las que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta Ley, podrán consentir en que se destine a la docencia e investigación, en los términos que al efecto señalen las disposiciones aplicables.

Tratándose de cadáveres de personas desconocidas, las instituciones educativas podrán obtenerlas del Ministerio Público o de establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social. Para tales efectos, las instituciones educativas deberán estar autorizadas por la Secretaría de Salud, de conformidad con las disposiciones aplicables⁸⁴. No solo los familiares, sino también inclusive las instituciones que tengan bajo su cuidado y responsabilidad el cuerpo sin vida de una persona, podrán disponer de ellos cuando se encuentren en calidad de desconocidos; única y exclusivamente con fines científicos o de docencia e investigación.

No podemos pasar por alto ésta consideración exigida por el derecho, pues es indispensable para darle validez al consentimiento o ejercicio de este por parte de los familiares del difunto, porque: "En principio los sucesores pueden disponer de los restos mortales y puede hacerlo también la colectividad; pero únicamente si las disposición es de acuerdo con la moral, las buenas costumbres y el orden público"⁸⁵.

Concluyendo, tanto las personas en vida, como los familiares de las misma, a la muerte de ésta, pueden disponer del cadáver en beneficio de la ciencia y muy probablemente de una vida más.

84 Ley General de Salud., Op. cit.

85 Los Trasplantes de Organos Humanos., Op. cit., pag 70

5.2 SOBRE EL ACTO REALIZADO.- El derecho como creación del hombre, debe progresar junto a las demás actividades realizadas por él; pero sobre todo del tema que nos ocupa, tan importante en la vida de una sociedad, y más aún tratándose de la integridad corporal y la vida de las personas.

Es por eso que: "El interés de esas intervenciones quirúrgicas para el derecho no se ciñe *-no puede ceñirse-* al plano doctrinal y teórico, sino que ha de reflejarse *-se ha reflejado ya-* en su práctica y aplicación, y hace vehementes aplicaciones al legislativo para que contemple y regule una serie de nuevas situaciones que aquellas han hecho nacer en la vida de relación entre los hombres "".

Es cierto que, como hemos observado; existen ya leyes relativas al trasplante de órganos, sin embargo, ninguna de éstas leyes especifica lo relativo a cuestiones de fondo; única y exclusivamente se refiere a situaciones de sanidad y aspecto volitivo. Por lo cual considero necesario perfeccionar las leyes respectivas, pues deben tomarse en cuenta:

- 1.- El porcentaje de utilidad que la operación proporcione a la persona que recibirá el órgano o parte de otro cuerpo.
- 2.- Que la operación solo se realiza cuando sea el último recurso del médico que atiende al enfermo, es decir, cuando no sea posible subsistir el trasplante por otros medios.
- 3.- Que la merma que sufra el disponente en sus funciones biológicas solo sea transitoria tratándose de trasplantes inter vivos.
- 4.- Que los trasplantes sólo sean realizados con órganos de personas en una institución que controlara todo este tipo de acciones, y que al efecto debería ser creada por el Gobierno Federal (Registro Nacional de Trasplantes) y con la finalidad de evitar y, en su caso, acabar con el tráfico de órganos.

86 *Los Trasplantes de Organos Humanos ante el Derecho.*

RIVACOBIA y Rivacova, Manuel.

Revista mexicana de derecho penal, 4a. época, No. 20, México, abril-junio 1976, pag. 30

En cuanto al primer punto, es claro que mucha gente hoy en día está al tanto de los avances científicos para prolongar la vida humana, por lo tanto y antes de proceder al realizar el trasplante, el médico encargado deberá realizar un análisis cuidadoso que certifique un alto porcentaje de éxito en la operación, y un mínimo rechazo al órgano implantado.

El jurista peruano Manuel Rivacoba señala que: Primordialmente dos cosas nos interesan... y la segunda, el carácter que tiene la inserción de dicho órgano en el paciente y las posibilidades de curación y pervivencia que representa para este "7.

Sería obsoleto pretender realizar una operación de este tipo si no se estuviera frente a un alto porcentaje de éxito, tanto por el despliegue de tecnología, personal, así como la frustración del paciente que perdería toda esperanza de vida; aunado al alto costo de esta actividad; lo que redundaría en un fracaso total.

Me refiero al segundo punto, por que el Doctor Demetrio Sodi Pallares ha demostrado que puede sustituirse el trasplante de órganos por otros medios; pues dice que muchos trasplantes de órganos, pero sobre todo de corazón son realizados debido a la agresión medicamentosa de que son objeto las personas.

Respecto de sustituir el trasplante por otros medios, dice el Doctor Sodi Pallares: "...una religiosa norteamericana que padecía una seria cardiomiopatía, y tenía como única solución el trasplante de corazón según los cardiólogos de Filadelfia. Fué sometida a dieta y soluciones polarizantes, con los que desapareció la insuficiencia cardiaca a todo tratamiento y la enferma, cuatro años después, sigue llevando una vida normal exclusivamente con la dieta"⁸.

87 RIVACOBA y Rivacoba, Manuel., Op. cit., pag. 34

88 "La Medicina Moderna es muy Agresiva"

MUY INTERESANTE, Revista mensual.

Año VII, No. 4, abril de 1990, pag. 30

La dieta a la que hace referencia el Doctor Sodi Palleres, fué creada por el mismo y consiste básicamente en tres etapas, la primera de las cuales es baja en sodio y rica en potasio, con complemento de magnesio; la etapa intermedia consiste en administrar al paciente soluciones polarizantes, elaborada a base de glucosa, potasio e insulina; la tercera y última etapa consiste en el campo magnético, que mejora el metabolismo. Con esto queda comprobado que el trasplante puede ser suplido por otros medios, como categóricamente afirma el Doctor Sodi Palleres: "Ninguno de nuestros pacientes ha sido intervenido quirúrgicamente. Por el contrario, han venido con marcapaso, esto quiere decir que desean mejorar"⁸⁹.

El tercer punto y en obiedad de circunstancias, únicamente diremos que, no puede aceptarse un mal para procurarse un bien, y única y exclusivamente es aceptable cuando no se pone en peligro la vida o integridad corporal del disponente, por lo que se debe ser cauto, tanto en su legislación como en su aplicabilidad, evitando así conflictos jurídicos irreparables.

En cuanto al último punto, considero necesario la creación de una Institución en la cual las personas deseosas de donar sus órganos, registrasen sus datos, así como los órganos que donaron, para evitar el tráfico de órganos, pues: "existe un cierto tipo de mafia que utilizando recursos clandestinos secuestra niños y les extirpa los órganos vitales para comercializarlos...No sabemos cual es la magnitud que tiene ésta organización...pero no hay duda que es una de las expresiones más nefastas y más horribles del comportamiento humano"⁹⁰. Convirtiendo así en una actividad considerada lícita, en ilícita; y que por ésta cuestión es aún más difícil que pueda autorizarse la comercialización voluntaria de los órganos humanos; pues el secuestrar a una persona para despojarla de sus órganos para comercializarlos, transforma esta actividad en una verdadera cacería humana, por encima de moral humana y profesional.

89 *IBID.*, pag. 30-31

90 *Corre la voz.*

Semanario, 8-14 de octubre de 1992.
No. 140, México, D.F., pag 8

En conclusión, podemos señalar como válidas las operaciones de este tipo cuando reuniesen los cuatro puntos mencionados. Al respecto debe decirse que es necesaria la creación, o mejor dicho el perfeccionamiento de la ley respectiva, tomando como base los cuatro puntos ya mencionados con anterioridad y posteriormente legislar más a fondo sobre éstas cuestiones.

Es necesario sin embargo, que el derecho deje un poco de lado la preocupación por legislar los efectos, y preocuparse un poco más por las causas que dan origen a todos los problemas que nos atañen en relación a ésta cuestión, pues son los que tendrán aplicabilidad en la vida fáctica del hombre.

5.3 EN RELACIÓN A LAS PARTES.- La decisión de desprenderse de tejidos, órganos o partes del cuerpo del hombre, es quizá una decisión que requiere de innumerables cabilaciones. Por lo tanto y para proteger al individuo que ha optado por tal situación, como el que recibiera el órgano en transplante, es necesario el perfeccionamiento de leyes relativas a la materia, precisando lo conserniente a las partes, pues se busca proteger la vida y la integridad corporal del ser humano.

Respecto a las partes, dice el jurista mexicano Manuel Bejarano: "Se llama autor quién por sí mismo, obrando en su propio interés o por medio de su representante, realiza un acto jurídico unilateral..."⁹¹. Este término del autor podremos utilizarlo en aquellos actos en los cuales una persona antes de morir, y mediante testamento cede, dona o dispone de parte de su cuerpo para ser trasplantado en otra persona, hablamos así de un acto unilateral.

⁹¹ *Obligaciones Cíviles.*

BEJARANO Sanchez, Manuel.

Colección Textos Jcos. Universitarios, México 1987, pag.156

Sin embargo, continúa el mismo Bejarano diciendo de las partes que: "Son partes quienes celebran un acto jurídico plurilateral por su propio derecho, o resulta válidamente representados en él..."⁹². Por lo tanto, en un contrato de cesión de órganos, resultarían parte en él; aquel quien se desprende de un órgano o parte integrante de su cuerpo, y quien lo recibiera en beneficio, de ya sea en beneficio propio o de terceras personas.

Indudablemente hay otros puntos que debemos tomar en consideración, entre los que destaca:

- 1.-Partes en este tipo de actos serán, quien se desprenda del órgano o parte del cuerpo, y quien reciba dicho órgano, ya en beneficio propio o ajeno.
- 2.-La voluntad debere se expresada por ambas partes, sujetandose a las consecuencias que la operación conlleve.
- 3.-La parte que se desprenda de alguna parte de su cuerpo, deberá estar totalmente sana al momento de realizar la operación, cualidad que debere certificar un médico distinto al que realizará el transplante, para seguridad de ambas partes.
- 4.-Cuando se trate de órganos o partes de un cadáver, en el cual no se tengan antecedentes de que la persona en vida dejo estipulado lo concerniente a su cuerpo, los familiares del difunto y aquel que recibirá el órgano en cuestión, serán las partes de la relación contractual.
- 5.-El disponente no podrá, en ningún caso, bajo pena de responsabilidad penal, ser coaccionado a desprenderse de parte alguna de su cuerpo con anterioridad al desprendimiento efectivo del mismo.

92 *IBID.*, pag. 156

Normalmente la Ley regula acciones que indudablemente son producto de la envidia humana, sin embargo, en contadas ocasiones tenemos la oportunidad de presenciar actos a los cuales lo que les da vida es la heroicidad humana, según opinión de Borrell Maciá: "La Ley que está acostumbrada a regular tantas y tantas acciones, producto del egoísmo de los hombres, se encuentra desplazada para aquilatar e intervenir en los actos heroicos en los que es el amor el que les da la vida"⁹³. Pues es innegable que en ocasiones hay una relación que va mucho más allá de un simple contrato; como lo es la existente entre un hijo y una madre, en la cual lo que los vincula no es un contrato sino el amor.

5.3.1 EN CUANTO A LA CAPACIDAD.- La validez de un acto jurídico depende tanto de la licitud de un objeto, motivo o fin; como en la forma del contrato, voluntad libre de vicios, solemnidad en algunos casos, y de la **CAPACIDAD**.

Es de gran importancia para el caso que nos ocupa, determinar si la voluntad expresada por un **NO CAPAZ**, puede al igual que en otros muchos casos, ser convalidada por el tutor, pues en este caso en particular, nos encontramos frente a algo más que un objeto.

Los códigos civiles mexicanos determinan la edad de 18 años para considerar jurídicamente capaz a una persona, es decir, para poder ejercer derechos y cumplir obligaciones; Rojina Villegas opina que: "...si la capacidad no afecta la existencia del contrato, si es un requisito que se refiere a un elemento esencial del mismo de naturaleza psicológica, llamado consentimiento"⁹⁴.

⁹³ La persona Humana.

BORRELL Maciá, Antonio

BOSCH, casa editorial, Barcelona 1954, pag. 73

⁹⁴ ROJINA Villegas, Rafael., Op. cit., pag. 383

En México no tomamos en cuenta la condición psicológica de la persona para determinar la capacidad, salvo en caso de interdicción, en los caso que señala el Código Civil para el Distrito Federal; y estos son los idiotas, los imbeciles y los locos aún cuando tengan intervalos lúcidos; los sordo-mudos que no saben leer ni escribir; así como los ebrios consuetudinarios y las personas que habitualmente hacen uso de drogas enervantes, a excepción de estos casos, nos basamos exclusivamente en la edad física de la persona, pues generalmente consideramos que a los 18 años la persona ha madurado lo suficiente psicológicamente como para saber y entender el alcance de sus actos. Sin embargo, esto no siempre es cierto, ya que en infinidad de ocasiones ocurre a la inversa, pues personas que aún no cumplen los 18 años se encuentran mucho más maduras y por lo tanto capacitadas para entender el alcance de sus acciones; y no solo en relación a su cuerpo, sino en cualquier actividad de su vida.

Me refiero al punto psicológico en especial, porque puede presentarse el caso de que un menor de 18 años, y por lo tanto incapaz para el derecho, estuviese de acuerdo en desprenderse de parte de su cuerpo, para salvar quizá la vida de uno de sus progenitores por ejemplo. Sin embargo, la Ley de Salud manifiesta en su artículo respectivo que no es válido el consentimiento otorgado por los menores de edad.

Pero el derecho no debe evocarse a la edad física de las personas únicamente, debe abordar también desde luego la esfera psicológica de la persona, y en su caso prohibir la realización de un acto de ésta naturaleza si alguien resultara psicológicamente inmaduro, aún y cuando el sujeto resultara mayor de 18 años.

Particularmente considero que la edad de 16 años debería ser la apropiada para este tipo de actos, previo estudio psicológico que se realice a la persona que pretenda realizar este tipo de actos, pues desde luego: "...esas voluntades deben ser de personas capaces y no estar afectadas por un vicio en cuanto a la libertad o certeza de la propia manifestación de voluntad"³⁵. Y dadas las consecuencias y alcances de éstas acciones, jamás la voluntad expresada por un incapaz, podrá ser convalidada por otra persona, ni siquiera por el tutor o los padres del mismo. No sucede lo mismo con la persona receptora del órgano, pues ésta sería beneficiada con el órgano recibido.

5.4 PROCEDIMIENTO EN CASO DE LITIGIO.- Hablar de un litigio de ésta naturaleza, resulta sobremanera difícil; primordialmente porque disponemos de dos puntos esenciales que hacen imposible que pueda sucitarse una situación así.

Tratándose, y suponiendo que fueran permitidos los actos intervivos y de manera onerosa, contamos con la cláusula de revocabilidad. La que supone que en cualquier momento una persona pueda revocar su consentimiento de disponer de un órgano o parte del cuerpo del sujeto en cuestión; de tal manera que queda plenamente protegido ante cualquier situación.

Cuando se trate de órganos de cadáveres, cuando se encuentre disposición alguna respecto de dicha situación, en la cual manifieste su consentimiento la persona fallecida de disponer de sus órganos útiles con fines de trasplante, también la Ley de Salud en su artículo respectivo, señala que los familiares del disponente originario no podrán revocar el consentimiento otorgado por el disponente originario respecto a la utilización de su cuerpo con fines no solo de trasplante, sino de docencia e investigación.

Otro aspecto que hace difícil que se presente éste tipo de situaciones lo constituye el hecho de que, en su mayoría los órganos humanos sólo son utilizables unas cuantas horas después de que ha dejado de existir la persona, y una vez que estos han sido extraídos del cuerpo de la misma. Como ejemplo palpable, tenemos el caso del corazón, el cual puede ser utilizado como máximo ocho horas después de haber sido extraído del cuerpo de la persona, y en condiciones muy rigurosas de higiene.

La cláusula de revocabilidad, así como el impedimento de los familiares para revocar el consentimiento de la persona fallecida, amén del tiempo sumamente corto del que dispone después de que el órgano ha sido extraído del cuerpo sin vida de una persona, hacen prácticamente imposible que pueda presentarse este tipo de situaciones.

5.4.1 AUTORIDADES COMPETENTES.- Como ya se menciono, es prácticamente imposible que puedan ocurrir controversias en relación a los trasplantes de órganos. Pero suponiendo que esto fuera posible ¿Quiénes serían en todo caso las autoridades competentes?, ¿Cuál sería la que se tomaría al respecto?.

"En el mercader de Venecia asistimos a la lucha titánica entre un hombre perverso, que se afina a la inquebrantabilidad del Pacta Sunt Servanda, y su víctima que en un principio resta indefensa ante el desmesurado rigor jurídico de los tribunales, que parece conducirlo a una prestación tan despiadadamente absurda"⁴.

No hay en la actualidad en país alguno, autoridades especializadas en la materia; ni aún en aquellos en los cuales los trasplantes son ya actos cotidianos en la vida del hombre.

96 DIEZ Díaz, Joaquín., Op. cit., pags. 304-305

Supongo por lo tanto, que un acto de ésta índole, pueda acarrear consecuentemente sentencias no apegadas al derecho, como resultado de la falta de profesionales especializados en la materia. Al efecto, el Estado debería crear organismos colegiados para el conocimiento de este tipo de situaciones, conformados tanto por médicos como por abogados, y una vez revisada tomar una determinación al respecto y con estricto apego al derecho. Actualmente en los hospitales mexicanos en los cuales se realizan trasplantes, se cuenta ya con comisiones de investigación y de ética tratandose de experimentos en seres humanos; y una comisión de bioseguridad; y que a mi juicio son las que deberían regular lo concerniente a este tipo de actos.

5.5 EJECUTORIEDAD DE LA SENTENCIA.- No puede definitivamente, obligarse a una persona a cumplir con un contrato o convenio por medio del cual se obliga a desprenderse de parte del cuerpo, tal cuestión cambia totalmente tratandose de cadáveres de seres humanos, pues extraerle un órgano vital o no, que ya no le resultará útil, no perjudicará a nadie en modo alguno; siempre que a la persona se le haya decretado la muerte cerebral o de paro cardíaco irreversible.

Según manifiesta Borrell Macia: "La cuestión de la obligatoriedad de una compra-venta en la que un hombre vivo hubiera enajenado sus ojos y hasta percibido un precio convenido con entera libertad. Procedería exigir su ejecución específica?. Recordando que en los contratos bilaterales debe guardarse un cierto equilibrio entre las prestaciones reciprocas, convendríamos en que la entrega de uno de los órganos, que contribuyen a la conservación de otra vida jamás podrá evaluarse con ninguna cantidad de dinero. Y de ahí, que no quepa apreciar a su cumplimiento forzoso..."⁹⁷.

⁹⁷ DIEZ Díaz, Joaquín., *Op. cit.*, pag. 265

Ejecutar una sentencia en contra del que va a desprenderse de un órgano, redundaría inevitablemente en un perjuicio para este, siempre y cuando no se haya realizado efectivamente el desprendimiento, pues una vez realizado éste, el órgano pasa a convertirse inmediatamente en objeto del derecho, antes que esto ocurra, ninguna autoridad tiene la facultad de obligar a persona alguna a desprenderse de parte de su cuerpo.

Sin embargo, al hablar de órganos de cadáver, la situación da un giro de 360 grados, pues en este caso está por demás dictar sentencia mediante la cual se ordene entregar él o los órganos de la persona para ser empleados en otra, por lo tanto corresponderá al Juez u organismo jurisdiccional competente resolver al respecto y con total apego al derecho, la moral y las buenas costumbres.

Empero como ya se mencionó con anterioridad, es casi imposible en la práctica, llegar a un litigio de ésta naturaleza, básicamente por la premura del tiempo que esto conlleva, y quizá una vez dictada la sentencia respectiva, los órganos reclamados pueden ser ya inutilizables.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

- 1.- **Patrimonio** es todo aquello a lo que el hombre le asigna un carácter económico; así como los bienes propios adquiridos por cualquier título; también encuadran dentro de este concepto todos los bienes, derechos y obligaciones.
- 2.- En el presente trabajo, **se propone**, acorde con varios autores, que también al cuerpo humano se le asigne un carácter económico, pues forma parte de los bienes de una persona, y como tal es parte integrante del patrimonio de las personas. Pudiendo por lo tanto, realizarse con este, actos jurídicos.
- 3.- Considerando el punto anterior, la persona reuniría en si misma las características de **SUJETO y OBJETO** del acto a realizar.
- 4.- Los órganos humanos o partes integrantes del cuerpo de la persona, una vez separados de éste, pasan a formar inmediatamente parte del mundo material, adquiriendo el status jurídico de **COSA**. Pues el término de la vida, representa también el fin de la persona, adquiriendo como ya se menciona, el carácter de **COSA**.
- 5.- La obtención de órganos humanos esenciales para la vida, y con fines de trasplante; sólo podrán ser obtenidos de cadáveres de seres humanos.
- 6.- Cuando sea imposible obtener órganos de cadáveres, se procederá a realizar la operación intervivos, única y exclusivamente tratándose de órganos regenerables o pares, y cuya extracción no dañe permanentemente las funciones del cuerpo.

- 7.- Exclusivamente cuando no sea posible tratar por otros medios las enfermedades o padecimientos, se procederá a realizar la operación de trasplante de órganos.
- 8.- Los familiares de las personas muertas, podrán disponer del cuerpo de éstas con fines de trasplantes, e investigación, cuando aquellas no hayan dejado disposición alguna respecto de su cuerpo, ya sea que permita o no la disposición de éste; y en estricto orden de preferencia de acuerdo al artículo 316 de la Ley General de Salud, las que señala que tal disposición deberá ser siempre de manera gratuita. Pero proponiendo como innovación a la Ley, que permita la comercialización de los órganos humanos.
- 9.- Se propone también, como modificación a la Ley respectiva que, en casos excepcionales se autorice la disposición por parte de los padres, del cuerpo de los hijos menores de edad; siempre y cuando se trate de salvar la vida de uno de los progenitores y éste sea el único medio eficaz para lograrlo.
- 10.- Al igual que en el caso anterior, se propone la modificación a la Ley en el caso de la disposición del cuerpo de los incapaces en casos extremos; como por ejemplo el peligro inminente de muerte para alguno de los progenitores.
- 11.- Este requisito indispensable para poder realizar el trasplante, la certificación de muerte en actos *mortis causa*, así como un certificado de salud de las partes que intervendrán en dicho acto. En cuanto a los actos intervivos, no es necesario insertar la cláusula de revocabilidad por encontrarse está contemplada en el artículo 324 de la Ley General de Salud.

- 12.- Considero necesario dejar de asignarle un carácter SUIGENERIS a este tipo de actos, y empezar a denominarlos de alguna manera; propuesto para el efecto: **CONTRATO TERAPEUTICO o CONTRATO DE IMPLANTACION**, atendiendo a los fines de estos contratos ya citados
- 13.- Ninguna autoridad tendrá la facultad de obligar a persona alguna a desprenderse de partes de su cuerpo, en cumplimiento de contrato alguno firmado por él con anterioridad.
- 14.- De la misma forma, no puede por lo tanto ejecutarse sentencia alguna en perjuicio de alguien mientras no se realice efectivamente el desprendimiento del órgano del cuerpo al que pertenece.
- 15.- El perfeccionamiento de la Ley respectiva, tanto para lo relativo a las partes del acto, como para los demás aspectos; es necesaria para evitar la suspensión de operaciones de ésta naturaleza por falta de previsiones legislativas que abarquen estos aspectos.
- 16.- Prácticamente es imposible que se susciten situaciones litigiosas en este tipo de actos, pues en caso de actos intervivos existe el artículo 324 de la Ley, lo referente a la revocabilidad; y para el caso de *actos mortis causa*, la Ley prohíbe a los familiares la revocación de la voluntad de la persona muerta, en lo referente a la disposición de sus órganos con fines de trasplante.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Los Derechos Físicos de la Personalidad-Derecho Somático.
Diez Diaz, Joaquín.
Ed. Santillana, Madrid 1963, 1a. edición.
- 2.- Diccionario Enciclopédico Abreviado Espasa-Calpe S.A.
Madrid 1955, 6a. edición.
- 3.- Ley General de Salud
Ed. Porrúa, México 1992.
- 4.- Elementos de Derecho.
MOTO Salazar, Efrain
Ed. Porrúa, México 1986, 3a. edición
- 5.- Derecho Civil Mexicano
ROJINA Villegas, Rafael
Ed. Porrúa, México 1985, 6a. edición.
- 6.- Elementos de Derechos Civil Mexicano
PINA Vara, Rafael de.
Ed. Porrúa. México 1980, 10a. edición.
- 7.- El Patrimonio Pecuniario y Moral, Derechos de la Personalidad
Gutiérrez y González, Ernesto
Ed. Jose MA. Cajica, Puebla México 1971
- 8.- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones
Jurídicas,
Ed. Porrúa-UNAM, México 1989, 3a edición.
- 9.- Enciclopedia Jurídica OMEBA
Ed. Drskill, Buenos Aires, Argentina 1978
- 10.- Derecho Civil
GALINDO Garfias, Ignacio
Ed. Porrúa, México 1985, 7a. edición.
- 11.- Diccionario de Derecho
PINA Vara, Rafael de. y PINA, Rafael de
Ed. Porrúa, México 1988, 15a. edición.
- 12.- Código Civil para el Distrito Federal
LEYVA, Gabriel y CRUZ Ponce, Lisandro
Miguel Angel Porrúa, S.A., librero editor, México 1989

- 13.- Nueva Enciclopedia Temática
Ed. Cumbre, S.A., México 1987, 32a edición.
- 14.- El Cuerpo Humano
RIVERA Arguero, Fermín
Ed, trillas, México 1983
- 15.- El Cuerpo Humano
NOURSE Alan, E.
Time Life Internatonal, Alemania 1969
- 16.- Código Penal Anotado
CARRANCA y Trujillo, Raul y CARRANCA y Rivas, Raul
Ed. Porrúa, México 1987, 13a. edición.
- 17.- Derecho Civil
VALENCIA Zea, Arturo
Ed. Temis, Bogota, 4a. edición
- 18.- La Patria Potestad
CASTAN Vazquez, Jose Ma.
Ed. Revista de Derecho Privado, MADRID 1960
- 19.- Tratado Elemental de Derecho Romano
PETIT, Eugene.
Ed. Porrúa, México 1990, 6a. edición.
- 20.- Panorama del Derecho Comparado
Instituto de Derecho Comparado
UNAM, México 1965.
- 21.- Injerto de Órganos
YOLKE Calne, R
Ed. Manual Madero, México 1976
- 22.- Derecho Civil. Parte General. Personas, cosas, negocio...
MARTINEZ Donínguez, Jorge Alfredo
Ed. Porrúa, México 1990, 1a. edición.
- 23.- Con corazón nuevo regreso al colegio...
Quehacer Político
Semanario, 30 de septiembre de 1991, año 11, No. 524
- 24.- Los Trasplantes de Órganos Humanos
Biblioteca Criminalía
Ed. Gabriel Botas, México 1969, 1a. edición.
- 25.- Primer Trasplante de Corazón en México
MUY INTERESANTE
Revista mensual, año VIII. No. 11, México 1991

- 26.- Tráfico al más allá. A través de la donación de órganos
Ovaciones 2a.
Año XXX, No. 9017, sábado 12 de octubre de 1991
- 27.- Trasplante de Órganos; "PIETAS" Familia solidaridad humana
GORDILLO Cañas, Antonio
Ed. Civitas, S.A., Madrid 1987, 1a. edición.
- 28.- Reglamento a la Ley General de Salud en Materia de
Disposición de Tejidos, Órganos y Cadáveres de Seres Humanos
- 29.- Problemática Jurídica de los Trasplantes
REYES Monterreal, Jose Ma.
Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año CXVIII,
No. 3, marzo, MADRID 1969
- 30.- Los Trasplantes de Órganos Humanos ante el Derecho
RIVACOBA y Rivacoba, Manuel
Revista Mexicana de Derecho Penal, 4a. época, No. 20 México
Abril-Junio de 1976
- 31.- "La Medicina Moderna es muy Agresiva"
MUY INTERESANTE
Revista mensual, año VII, No. 4, abril de 1990.
- 32.- Corre la Voz
Semanario, 8-14 de Octubre de 1992, No. 140, México
- 33.- Obligaciones Civiles
BEJARANO Sanchez, Manuel
Colección Textos Jurídicos Universitarios, México 1987
- 34.- La Persona Humana
BORRELL Macia, Antonio
BOSCH, casa editorial, Barcelona 1954