



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

FACULTAD DE DERECHO

La Responsabilidad Jurídica de los
Órganos, Tejidos
y Conducta Humana.

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

Ma. Guadalupe Santiago Alavez.



DIRECTOR DE TESIS

DR. GABRIEL MORENO SÁNCHEZ.

MÉXICO, D. F. 2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A mi Padre, que con su amor y alegría nos proporcionó las herramientas para salir adelante. Que en paz descanse.

A mi Madre, símbolo de fortaleza y virtud y de quien estoy totalmente orgullosa

A Jacobo, buscador de sueños. Que en paz descanse.

A mis hijas Karla y Mariana, fuente de inspiración en mi vida.

A mis hermanos, a quienes amo con todo el corazón.

A mi esposo Pedro, que con su amor, consejos y paciencia, logró inyectarme fuerzas y ánimo para terminar este trabajo.

A mi querida Universidad, por haberme permitido estudiar en ella.

A mi Facultad, por darme la oportunidad de concluir esta investigación.

Y en especial a todas aquellas personas, que con sus consejos y ayuda me permitieron darle más claridad a la presente investigación.

INDICE

Prólogo	
Introducción	5
Capítulo I.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL SUJETO DE DERECHO.	
I. 1.- El Concepto de Persona	11
I. 2.- La Capacidad Jurídica de la Persona	19
I. 3.- El Comienzo y Fin de la Personalidad Jurídica.	28
Capítulo II.- EL ESTADO Y LA CONDICIÓN DE LA PERSONA	
II. 1.- El Nacimiento del Sujeto de Derecho	34
II. 2.- La Muerte del Sujeto de Derecho	44
II. 3.- Las Clases de Capacidad del Sujeto de Derecho	52
II. 3 A) La Capacidad de Goce del Ejercicio del Sujeto de Derecho	52
II. 3 B) La Capacidad de Ejercicio del Sujeto de Derecho	62
II. 4.- La Incapacidad del Sujeto de Derecho	67
Capítulo III.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CUERPO HUMANO	
III. 1.- El Concepto de Órgano Humano	82
III. 2.- El Concepto de Tejido Humano	86
III. 3.- El Concepto de Cadáver Humano	89
III. 4.- La Justificación de la Disponibilidad de los Órganos, de los Tejidos y del Cadáver Humano	95
III. 5.- La Capacidad de Disposición del Cadáver Humano	103
III. 6.- Limitaciones a la Capacidad de Disposición del Cadáver Humano	111
Capítulo IV.- REGULACIÓN NORMATIVA DE LOS ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVER HUMANO	
IV. 1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Regulación Normativa de los Órganos, Tejidos y Cadáver Humano	118
IV. 2.- El Código Civil para el Distrito Federal y la Regulación de la Disposición de los Órganos, Tejidos y Cadáver Humano.	125
IV. 3.- Los Códigos Civiles Estatales con Regulación diversa a la Legislación Distrital sobre la Disposición de los Órganos, Tejidos y Cadáver Humanos.	140
IV. 4.- La Ley General de Salud y la Regulación de la Disposición sobre Órganos, Cadáver y Tejidos Humanos.	147
IV. 5.- La Reglamentación Federal de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáver Humano.	158
Conclusiones.	187
Bibliografía.	189

Prólogo

La presente investigación, tiene como finalidad el análisis del marco jurídico que regula la situación de los trasplantes humanos en nuestra legislación mexicana.

Fue el deseo por encontrar hasta donde el derecho avanza, conforme a las investigaciones de otras ciencias, como es el caso de la medicina y en particular con relación al tema de los trasplantes.

Creo que a veces tiene que surgir una urgencia, para que el derecho preste atención a determinada situación. En el caso de las donaciones, es necesario legislar, para determinar hasta donde el ser humano puede disponer de su cuerpo para otorgar componente del mismo, y con esto poder ayudar a un tercero a seguir viviendo.

Es un intento por despertar el interés y la inquietud de aquél que este interesado en el tema, de seguir investigando y así proponer estudios que permitan establecer normas que han de regir en la sociedad.

Por ello, agradezco el apoyo de mi asesor, Dr. Gabriel Moreno Sánchez, quien con sus comentarios acertados, hizo posible que terminara esta investigación.

Asimismo agradezco la oportunidad que me brindó el Director del Seminario de Derecho Civil, Dr. Iván Lagunes Pérez, por hacer posible que concluyera este trabajo.

Introducción

Derivado del crecimiento demográfico y de cambios en estilos de vida, entre otros factores se ha detectado un aumento de las enfermedades crónico-degenerativas, cuyas consecuencias entre otras son: insuficiencia cardíaca, hepática o renal. Y en algunos casos, el único medio de esperanza de vida son los trasplantes.

El hombre, al querer prolongar su estadía en la tierra, ha tenido necesidad de realizar una serie de investigaciones en pro de su conservación. Así, en las últimas décadas, después de una larga experimentación con animales y seres humanos, los médicos han logrado que los tejidos y órganos puedan ser utilizados para salvar la vida de una persona enferma y en peligro de fallecer porque una parte de su cuerpo no responde. De esta manera se ha logrado que un órgano o tejido enfermo, sea sustituido por otro sano, logrando así prolongar la existencia de quien se trate.

Este grado de avance de la técnica de trasplantes ha atraído el interés de los juristas, que han revisado con criterios tradicionales la disposición del cuerpo del individuo tanto en vida como después de su muerte. Y los han orillado a plantearse nuevamente cuál es la naturaleza jurídica del cuerpo humano, así como del cadáver. ¿Puede una persona poner en venta sus órganos y tejidos?, ¿Cuándo existe donación ilícita de órganos y tejidos?, ¿Qué normas regulan el derecho al cuerpo y hasta dónde está contemplado ese derecho?.

¿Porqué es importante que nuestro derecho regule la disposición del cuerpo humano? En la actualidad se ha visto que existe una serie de personas se tatúan o se ponen adornos en partes de su cuerpo, sin embargo nuestra legislación mexicana no

contempla los derechos que se tienen sobre la disposición de nuestro cuerpo o simplemente no se sabe interpretar la Ley.

Porque el Código Penal en su Título Decimonoveno, denominado Delitos contra la vida y la integridad corporal, establece que las lesiones pueden ser heridas, excoñaciones, contusiones, quemaduras y toda alteración en la salud. Y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa.

¿Y entonces el hecho de realizarse tatuajes no deja huella material en el cuerpo de la persona? Porque desde mi punto de vista así es, más sin embargo dicho acto no es sancionado. ¿Entonces tenemos derecho o no sobre nuestro cuerpo? ¿El hombre puede disponer de algún órgano o tejido que sin poner en peligro su vida lo realice con fines de lucro?

A lo largo del desarrollo de ésta investigación se tratará de responder a las preguntas planteadas.

Esta investigación que se presenta, surge de la necesidad de analizar el marco jurídico que con relación a los trasplantes se aplica en México. Antes de proseguir, considero necesario proporcionar la definición de trasplante a fin de que se pueda entender su relación con esta investigación. "Trasplante: transferir un tejido u órgano, de su sitio original a otro diferente, permaneciendo vivo; esto puede ser dentro de un mismo individuo o bien de un individuo a otro"¹.

En México el primer trasplante se realiza en diciembre de 1963, en el Hospital General del Centro Médico del Instituto Mexicano del Seguro Social. El segundo en 1971 en el Instituto Nacional de la Nutrición de la Secretaría de Salubridad y Asistencia; y el

¹ Consulta en Internet, página de la Secretaría de Salubridad y Asistencia.- Registro Nacional de Trasplantes. Junio 18 de 2001.-

tercero en 1974 en el Hospital 20 de noviembre, del Instituto de Seguridad de Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Es necesario mencionar el inicio de los trasplantes, en virtud de que el derecho empezó a tomar conciencia de los mismos de manera formal, hasta el año de 1973, y digo de manera formal, porque antes únicamente se habían establecido proyectos, que no llegaron a concluirse, a ser una ley. No es sino hasta el año de 1973, cuando se crea el Código Sanitario, que regulaba en un apartado la donación de los órganos, tejidos y cadáver humano.

Por ello es importante señalar que entre los años de 1963 y 2000, los avances en materia de donación de órganos, tejidos y cadáver humano en México, son los siguientes:

ORGANO O TEJIDO	N° DE TRASPLANTE
Córnea	10521
Piel	4353
Hueso	3000
Médula Osea	424
Corazón - Riñón	1
Riñón	10308
Hígado	120
Páncreas	30
Tejido Nervioso	15
Tejido Suprarrenal	12
Corazón	73
Corazón - Pulmón	5
Pulmón	9
Total	28,871²

Como se puede observar en el cuadro, han sido 28,871 personas que han sobrevivido gracias a las donaciones. Asimismo los avances médicos son asombrosos, ya que a la fecha, se han abarcado trece tipos distintos de donación.

² Consulta en CONATRA.- página de la Secretaría de Salubridad y Asistencia.- Registro Nacional de Trasplantes, septiembre 18 de 2001.

En contraste, la base legal sobre los trasplantes y más concretamente a la donación de órganos, tejidos y cadáver humano en México, durante el mismo periodo, sólo ha comprendido los siguientes documentos:

- 1) 1969 Proyecto sobre "Bancos y Trasplantes de Tejidos y Órganos Humanos y Disposición de Cadáveres". **(abrogado)**
- 2) 1970 Proyecto sobre "Trasplantes y otros Aprovechamientos de Órganos y Tejidos Humanos". **(abrogado)**
- 3) 1973 Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos. **(abrogado)**
- 4) 1976 Reglamento Federal para la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. **(abrogado)**
- 5) 1984 Ley General de Salud - con reformas de 1987, 1991 y 2000. (vigente)
- 6) 1985 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos - con algunas reformas de 1987 y 1991. (vigente)
- 7) 1986 Norma Técnica Sin Número para la Disposición de Sangre Humana y sus Componentes con Fines Terapéuticos - derogada, excepto en su artículo 11. (parcialmente vigente.)
- 8) 1988 Norma técnica No. 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos. (vigente)

En la actualidad, existen únicamente tres bases legales para regular la donación de órganos, tejidos y cadáver humano. Debido a su importancia, esta situación se abordará más ampliamente en el capítulo IV.

Dada la problemática, cabe ahora mencionar que el objetivo de la presente investigación es el análisis del actual marco jurídico que rige la práctica de las donaciones de órganos, tejidos y cadáver humano en México, mediante la revisión de sus bases, estableciendo las convergencias o divergencias de sus contenidos y para conocer, en materia jurídica, hasta donde una persona puede disponer de su cuerpo con el fin de realizar donaciones de sus componentes.

Este análisis nos permitirá dejar claro, por ejemplo: ¿Cuándo son donaciones? y ¿Cuándo son sucesiones testamentarias? ¿Es suficiente o escasa la normatividad actual?, ¿Será forzoso la creación de otras normas o de unificar las ya existentes en una sola?

Es un hecho que el desarrollo del marco legal en la materia que se investiga, no ha sido paralelo al avance médico. Y es esto justamente lo que hace importante y justifica esta tesis.

Como parte de este análisis y conformando el marco teórico-jurídico se presentan, en el capítulo I y II, los antecedentes históricos de los siguientes conceptos, que creo necesarios acerca de las donaciones:

- ◆ El concepto de persona;
- ◆ La capacidad jurídica;
- ◆ Las diferentes clases de capacidad, y
- ◆ El comienzo y fin de la persona.

¿Cuándo nace el sujeto de derecho y cuándo deja de existir? ¿Qué se entiende por capacidad jurídica y porqué le interesa al derecho la conducta de la persona? ¿Quiénes son jurídicamente capaces de establecer compromisos que le traerán consecuencias de derecho?

A fin de complementar los conceptos de: persona, muerte, nacimiento y otros, fue necesario consultar legislaciones de otros países, cuyas definiciones se presentan intercaladas dentro de los diferentes apartados.

En el capítulo III, analizamos la naturaleza jurídica del cuerpo humano y los actos de disposición sobre él. Se definen y analizan los conceptos de: órgano, tejido y cadáver humano. Y se determina si la persona tiene derecho sobre la totalidad de su propio cuerpo o únicamente de algunos componentes, o si existen limitaciones a la capacidad de disposición de sus partes o cadáver. ¿Es considerado el cadáver una cosa y puede estar en el comercio? ¿Los componentes del cuerpo también pueden estar dentro del comercio?

Por otro lado se compararon los códigos civiles de todos los estados de la República, que regulan los actos de disposición del cuerpo humano en su Código Civil. También se analiza que ley estatal de salud, dedica algún capítulo a la materia de donación de órganos, tejidos o cadáver humano.

En el último capítulo se analiza la regulación normativa de los órganos, tejidos y cadáver humano, ¿se le ha dado la importancia debida?, ¿debería reformarse nuevamente el artículo 4° de la Constitución Política exclusivamente para la donación de órganos, tejidos y cadáver humano?, ¿será importante realizar reformas al Código Civil, para adicionar los derechos de la personalidad? ¿Cuáles son las disposiciones que establece la Ley General de Salud, el Reglamento de la Ley General de Salud y la Norma Técnica N° 323? ¿son congruentes entre sí? A cada una de estas interrogantes trataré de responder a lo largo del desarrollo y a final del presente trabajo.

Capítulo I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL SUJETO DE DERECHO

La esencia jurídica del derecho es el concepto de la persona y tratándose de disposición de órganos y tejidos, también en razón de que ésta es la que manifiesta su voluntad de realizar actos de disposición sobre su cuerpo para efectuar actos de donación de sus diferentes componentes. Esto puede ser con el fin de salvar la vida de una persona enferma o para que se realicen estudios que lleven a resultados en beneficio de la salud de la sociedad.

I.1 - El Concepto de Persona.

Etimología de la Palabra Persona.

"En cuanto a la etimología de la palabra persona, ésta deriva del etrusco *phersu*, que da en latín máscara, personaje de teatro, de donde resulta persona"³.

La palabra persona fue una metáfora usada por los antiguos del lenguaje teatral. Persona en latín designaba la máscara que cubría la cara del actor y que tenía una apertura provista de láminas metálicas destinada a aumentar la voz, de acuerdo al papel se adivinaba el personaje, pues según era la figura de la máscara triste, trágica o cómica, así era la persona que representaba al personaje. Del teatro paso a la vida corriente, ya que el ser humano representaba su papel vivido en la comunidad social, como lo era el padre de familia, el comerciante, el magistrado, el esclavo, etc.

³BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz.- Derecho Romano Primer Curso, Editorial Paz, 13ª edición, México, 1989, p. 107.

Textos Romanos:

Es en el derecho romano en donde se estableció el concepto de "persona" aplicado al ser humano, ya que al nacer, era necesario para que se considerara existente y capaz de derechos, que se dieran los siguientes supuestos⁴:

- 1) Que se separara totalmente del claustro materno;
- 2) Que naciera vivo;
- 3) Que el parto fuera perfecto, y
- 4) Que tuviera forma humana.

Del concepto de persona se derivan dos clases: personas físicas y personas jurídicas o colectivas; sin embargo en este tema únicamente se abordará el concepto de persona física. Narraremos cómo es que nació el concepto de persona como ente individual, al mundo del derecho, logrando alcanzar la plenitud de su vida jurídica, la cual se manifiesta en el goce de su libertad y de su capacidad de hecho y en la carga de su imputabilidad.

En el derecho romano, desde la más remota antigüedad, estado y otros entes colectivos eran sujetos de una potestad jurídica, pero no sujetos privados. El *derecho privado* se agotaba exclusivamente en los individuos, era un *derecho singular*, es decir, lo que se refería al *pueblo* o, a parte de éste.

La capacidad privada concedida a los entes colectivos, no fue otorgada de una vez y de igual manera a todos, sino que sufrió un desarrollo gradual, así se va desarrollando la personalidad de los entes colectivos y la protección a las personas físicas. Los jurisconsultos romanos no llegaron a construir una doctrina general sobre la persona, por

⁴-MORALES CASTRO, José Ignacio.- Derecho Romano, Edit. Trillas, 3ª edición México, 1987, p. 153.

cuya causa el derecho era constituido, pero nos dieron las nociones básicas sobre la misma.

Es así como el derecho romano reconoce cómo hombre, al ser humano que nace vivo, que tiene figura humana y probabilidad de vivir, llamando viabilidad a la reunión de estos tres elementos o status⁵.

En cuanto a los derechos y las obligaciones del hombre como ser físico, ente individual, se refería a las condiciones por virtud del cual, disfrutaba de distintos derechos y que a su vez constituían su estado social. Tal vez por ello, la palabra persona se aplicó a esas circunstancias en atención a la cualidad de hombre libre, padre de familia, ciudadano, etc., puesto que adoptaba dichos papeles representados en la sociedad, a semejanza del personaje que representaban en escena los actores y que a estos fue a los que se llamó primeramente persona.

El derecho no toma al ser humano para calificarlo como persona simple y llanamente, sino para que fije su atención en el sujeto, le interesa la conducta del hombre, pero aquella conducta que conlleve consecuencias jurídicas, es decir que sea un sujeto capaz de adquirir derechos y obligaciones.

Textos Actuales:

Para el maestro **Eduardo García Maynez**, el concepto jurídico de persona en cuanto sujeto de la relación, es una noción de la técnica jurídica; y su constitución obedece a una necesidad lógica formal y a la vez a una exigencia imperiosa de la vida del hombre que vive en relación con sus semejantes. En la medida en que esas relaciones humanas interesan al derecho, la persona se convierte en persona dentro del mundo de lo jurídico, como el sujeto capaz de adquirir derechos y obligaciones⁶.

⁵ PETIT, Eugene.- Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Porrúa, 9ª edición, México, 1969, p. 75.

⁶ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho, Edit. Porrúa, 38ª edición, México, 1986, p. 271.

Para algunos autores como es el caso del maestro **Felipe Sánchez Román**, el concepto de persona puede revestir diversos sentidos, tales como filosófico, vulgar y jurídico.⁷ Para hacer una distinción más clara, expondremos dichos conceptos:

- 1) *Sentido vulgar*: el término de persona es sinónimo de ser humano, pero esta acepción no sirve al derecho, ya que la historia nos demuestra que durante muchos siglos ha habido clases de hombres que no tenían la consideración de personas.
- 2) *Sentido filosófico*: para los antiguos metafísicos persona era una sustancia individual de naturaleza racional, o bien el supuesto dotado de entendimiento. En el orden ontológico el término citado indica sustancia o ser que subsiste por sí, y las sustancias se hacen individuales por la subsistencia.
- 3) *Sentido jurídico*: se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones.

El concepto de persona así entendido, parece equivalente al de sujeto de derecho, si este último se toma en un sentido abstracto, persona no es sólo el sujeto de derecho sino también de deberes y responsabilidades.

Por otra parte, si se habla de sujeto de derecho, se habla de aquella persona que esta investido de un derecho determinado, por lo tanto todo sujeto de derecho será persona, pero no toda persona será sujeto de derecho, ya que la actuación supone actitud o susceptibilidad, pero no viceversa. Sobre el tema de la capacidad e incapacidad del sujeto, se abordará en el capítulo II.

⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe.- Derecho Civil Español Común y Foral. T. II.. Impresores de la Real Casa, Madrid s/a., pp. 8, 11

El concepto jurídico de persona esta compuesto por una serie de atributos considerados como caracteres inherentes e imprescindibles, pues solamente la persona humana puede ser sujeto de relación jurídica, ya sea el individuo mismo o un conjunto de individuos constituido en un ente colectivo. Ahora bien, la persona puede adquirir estas dos formas de manifestación subjetivas del derecho y esto no quiere decir que al actuar en conjunto no sea persona física, sino que al actuar en individualidad o por ente colectivo ambas tienen como soporte de su existencia el cuerpo humano; por tanto al actuar el individuo por sí mismo tiene su individualidad por razón misma de su naturaleza, mientras que al actuar en forma colectiva o en corporación adquiere su razón de existencia por reconocimiento del derecho.

Existe una gran complejidad de puntos de vista desde los cuales se enfoca el problema de la persona⁵:

- ◆ *Complejidad biológica*: estudia a la persona como un organismo viviente.
- ◆ *Complejidad filosófica*: considera que en la persona se encarna el ser racional capaz de realizar sus fines.
- ◆ *Complejidad moral*: sostiene que la persona es sinónima del ente capaz de actualizar o realizar valores.
- ◆ *Complejidad de la ciencia jurídica*: enfoca a la persona como sujeto de derechos y obligaciones.

Hans Kelsen señala que aun cuando la persona es un concepto jurídico fundamental, niega que la persona en su calidad humana tenga como manifestación

⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario.- Instituciones de Derecho Civil, T. II., Edit. Porrúa, México, 1987, p. 3.

necesaria la personalidad como aspecto jurídico y la persona en sí, manifestando que la personalidad es una cualidad o categoría jurídica y la persona es el hombre en sí mismo⁹.

Cuando una norma utiliza el concepto de *hombre*, no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta, cuando convierte alguno de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos.

Para Nicolai Hartman, persona "es el sujeto cuya conducta es susceptible de realizar valores morales, es decir, es sensible al valor, percibiendo las mismas y siendo a su vez las exigencias normativas que derivan del mundo ideal, pero además deberá estar capacitado para que esas exigencias trasciendan de su esfera de idealidad al sector de la conducta, convirtiéndose así en factores determinantes de su comportamiento"¹⁰.

Recaséns Siches sostiene que no debe confundirse la personalidad jurídica (aptitud), con la realidad humana del sujeto, toda vez que el hombre es sujeto de derechos porque su vida y actividad se relaciona con los valores jurídicos. "De ahí que ser persona en derecho o ser persona de derecho no es lo mismo que el hombre individual, ya que el ser individual es ser yo y no otro, por ello es que la personalidad es la dimensión jurídica común que el hombre posee con los demás"¹¹.

Desde el punto de vista ético, persona es el sujeto dotado de voluntad y razón, un ser capaz de proponerse fines libremente y encontrar medios para realizarlos.

Comprender en términos amplios lo que es la persona humana, sólo es posible contemplándola no únicamente en cuanto a su realidad, sino también desde el punto de vista de que la persona misma constituye el sujeto de la ética, es decir a la persona hay que definirla atendiendo no sólo a las especiales dimensiones de su ser (racionalidad,

⁹ KELSEN, Hans.- (Citado por MAGALLON IBARRA, Jorge M., ob. cit., p. 4)

¹⁰ HARTMAN, Nicolai (Citado por GARCÍA MAYNES, Eduardo, ob. cit., p., 274.)

¹¹ RECASÉNS SICHES, Luis (Citado por MAGALLON IBARRA, Jorge M., ob. cit., p. 6 y 8)

indivisibilidad), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto del mundo de la realidad. La persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir y que debe cumplirlo por propia decisión¹².

Determina Recaséns Siches que la conducta humana puede hallarse relacionada con el derecho, bien de modo positivo o de modo negativo. La relación positiva y directa de la conducta humana de un sujeto con el derecho puede darse de dos maneras:

- 1) Que su comportamiento sea el contenido de un deber jurídico.
- 2) Que a un sujeto se atribuya un derecho subjetivo.

Por lo que se refiere a la relación negativa de la conducta de un sujeto con el derecho, consiste en que la conducta no constituye materia de deberes jurídicos ni tampoco de derechos subjetivos, sino que sea por entero irrelevante, inoperante, indiferente para el derecho, el cual se limita a garantizar la libertad de tal conducta. Un ejemplo lo es la relación que se da al entablar una amistad.

"La persona jurídica individual consiste en el conjunto de deberes jurídicos y de derechos subjetivos atribuidos o imputados a un determinado sujeto humano, es el sujeto conceptual que funciona como término ideal de referencia o de imputación de todos los actos que forman los contenidos de esos deberes jurídicos y de esos derechos subjetivos"¹³.

La filosofía jurídica sostiene que la noción de persona es uno de los conceptos jurídicos fundamentales, por lo que su definición le corresponde a esta ciencia.

En filosofía, persona es la expresión de la esencia del ser humano y se define por su participación en el reino de los valores éticos. En filosofía antigua y sobre todo en la

¹² RECASÉNS SICHES, Luis.- Introducción al Estudio del Derecho.- Edit. Porrúa, 9ª edición, México, 1991, p. 50.

¹³ RECASÉNS SICHES, Luis.- ob. cit., p. 244.

medieval, se empleó el concepto de persona para designar al ser racional como individuo consciente, aplicándolo fundamentalmente al hombre, aunque se usase también con relación a Dios y a los Ángeles. En los tiempos de la filosofía moderna hubo quien definió a la persona como ser racional reflexivo y auto consciente.

Por lo tanto se puede concluir que, al concepto de persona se le define de diferentes sentidos: vulgar, filosófico, jurídico, ético, moral, religioso, etc. Existe una gran variedad de acepciones, sin que se pueda decir que ésta o aquella sea válida, más sin embargo todos estos conceptos coinciden en que los seres humanos en derecho reciben el nombre de personas físicas, sujetos de derechos y obligaciones, desde que nacen hasta que mueren, protegiéndoles el derecho desde el momento en que son concebidos, es decir, desde la gestación, ya que tienen el derecho de llevar el nombre y heredar de sus progenitores, aunque éstos fallezcan antes de nacer aquélla.

No cabe duda que el Derecho romano nos dejó grandes legados, así como la base de donde parte el derecho. Y es en él, donde se da origen a lo que en un tiempo será la persona, así como los requisitos de su nacimiento.

La persona en derecho romano, no era considerada como tal desde la concepción, sino que debería nacer y tener figura humana, además también tenía que reunir tres requisitos o *status* para tener la plena capacidad jurídica y ser reconocido como hombre.

El concepto jurídico de persona, se compone por una serie de atributos inherentes e imprescindibles y únicamente la persona puede ser sujeto de relación jurídica.

La filosofía jurídica sostiene que la definición del concepto de persona le corresponde a esta ciencia, puesto que manifiesta que la persona es la expresión de la esencia del ser humano.

Con respecto a los textos actuales, la persona es entendida como un organismo viviente, racional y consciente, capaz de realizar derechos y ser sujeto de obligaciones.

El solo concepto de persona en sí no tiene consecuencias jurídicas, lo que sí tiene son las conductas relevantes, aquellas que generan derechos y obligaciones.

1.2 La Capacidad Jurídica de la Persona.

Para poder realizar la disposición parcial o total de nuestro cuerpo en materia de donación, la persona debe de ser plenamente capaz y ésta capacidad en nuestro derecho, se adquiere a los dieciocho años de edad. En el caso de los menores de edad, quienes tendrán que dar la autorización para donar sus órganos en caso de fallecimiento, serán los padres o tutores, ya que los menores de edad no son considerados plenamente capaces.

Entre los romanos, no todo hombre era persona, ni toda persona gozaba del mismo grado de capacidad civil. Por lo que, para que un hombre pudiera en general tener derecho y ser considerado persona, debía ser libre. Es así como surge la distinción entre capacidad general y capacidad civil, que al reunirse en una sola persona le otorgaban la capacidad plena para el ejercicio de sus derechos. La capacidad jurídica se centraba en dos posibilidades: tener un patrimonio propio y tener la aptitud de comparecer en juicio¹⁴.

La libertad no otorgaba la capacidad para ejercer los derechos políticos y los que se encontraban sujetos al derecho civil era necesario que pertenecieran a una familia a fin de poder ejercer en forma plena y absoluta su capacidad civil. Asimismo, para que un ciudadano adquiriera derechos civiles para sí y tener a la vez bajo su poder a otras personas, era indispensable que no dependiese de nadie, es decir que *fuera sui iuris*. (independiente)

En Roma para ser persona en derecho, debería reunirse tres requisitos o status, que también era sinónimo de *caput*, independientemente del nacimiento del ser humano¹⁵:

¹⁴ SALVAT M., Raymundo.- Tratado de Derecho Civil Argentino Parte General. Edit. Tipográfica, Ediciones del Cincuentenario, Buenos Aires, 1964, p. 361.

¹⁵ VENTURA SILVA, Sabino - Derecho Romano, Edit. Imprenta Azteca, 1ª edición, México, 1962, pp. 127, 128.

- 1) *Status libertatis*: libres no esclavos;
- 2) *Status civitatis*: romanos no extranjeros, yb
- 3) *Status familiae*: Independientes, no sujetos a la patria potestad.

En el derecho romano, a través de la figura *sinécdoque* se utilizó la palabra *caput*, que equivale a cabeza para designar al sujeto con capacidad jurídica. (*sinécdoque*, figura del lenguaje que consiste en designar una cosa con el nombre de otra que no es más que una parte de ella, por ejemplo "oro" por designar el dinero.)

Así pues, las personas que reunían estos tres elementos tenían la plena capacidad jurídica, la pérdida de alguno de ellos traía como consecuencia una disminución en la personalidad, es decir una *capitis diminutio*. A la cual se le definía como un cambio del estado anterior, consistente en la pérdida total o parcial del estado que se tenía¹⁶.

El *Jurisconsulto Paulo*, señalaba que existían tres clases de *capitis diminutio* para que disminuyera su personalidad:

- 1) La *capitis diminutio* Máxima;
- 2) La *capitis diminutio* Media, y
- 3) La *capitis diminutio* Mínima.

La *capitis diminutio máxima* afectaba a toda persona libre que cayera en esclavitud, por lo que pasaba al rango de cosa, y como consecuencia perdía su status, así como su dignidad y su buen nombre.

La *capitis diminutio media o minor*, la sufría aquella persona que aún permaneciendo libre perdía su derecho de ciudadanía así como los derechos de familia, en esta *capitis diminutio* no se perdía la libertad.

¹⁶ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín.- ob. cit., p. 113.

La infamia motivaba una *capitis diminutio mínima*, esta consistía en una sanción que se aplicaba en determinados casos a las personas que habían infringido la ley o las buenas costumbres del pueblo romano y que afectaban la estimación o consideración pública de las personas.

Los esclavos no poseían *caput*, por lo que no tenían personalidad jurídica. Los peregrinos sí tenían *caput*, pero era inferior al de los ciudadanos romanos, ya que eran libres, pero carecían de la ciudadanía romana y los derechos de familia.

Gayo, en sus Instituciones señaló que todos los hombres o eran libres o eran esclavos; esta división traía como consecuencia la posesión o pérdida de la libertad.

La esclavitud era un derecho de propiedad que la ley reconocía a un hombre sobre otro hombre, resultando que la libertad consistía en no ser propiedad de nadie, definiéndose como la facultad de hacer lo que se quiere, con excepción de lo que se prohíbe por la fuerza o ministerio de la ley.

Las personas libres se subdividieron en ese entonces en:

- 1) Libertinos: los que han sido manumitidos de justa esclavitud.
- 2) Ingenuos: las personas que han nacido libres y que no han sido esclavos.
- 3) Independientes: (*sui iuris*), los que no dependen de ninguna otra persona, que son plenamente capaces.
- 4) Dependientes: (*alieni iuris*), las sometidas, las que están sujetas a la voluntad de otra persona, subdividiéndose en:
 - 4.1) Esclavos;
 - 4.2) Personas libres *in mancipio*.

4.3) Mujeres *in manu*, y

4.4) Hijos de familia.

Los romanos distinguían la capacidad jurídica con respecto a los derechos familiares y a los derechos patrimoniales; la primera se llamaba *ius connubium* y al segundo *ius commercii*.

Existía también la distinción entre la capacidad para intervenir en funciones políticas, en el acceso a las magistraturas o en la facultad para transmitir sus bienes o para adquirir de otro por decisión de última voluntad, llamadas sucesivamente *ius suffragii*, *ius honorum* y testamentificación activa o pasiva.

En resumen diremos que las condiciones para adquirir en Roma la capacidad jurídica comprendía las formas siguientes¹⁷:

- 1) *Ius Commercii*.- Facultad de transmitir y adquirir la propiedad.
- 2) *Ius Connubium*.- Facultad de contraer matrimonio mediante las justas nupcias que daban origen a la patria potestad y la *manu*.
- 3) *Ius Suffragii*.- Facultad de ejercitar el sufragio en los comicios, pudiendo ser activo o pasivo.
- 4) *Ius Honorum*.- Facultad de llegar a ejercer el derecho en las magistraturas.
- 5) *Provocatio ad Populum*.- el derecho de interponer apelación por inconformidad ante los comicios.

Por lo que se refiere a la capacidad jurídica del que esta por nacer, si la madre después de la concepción pero antes del parto perdía su libertad o ciudadanía, su hijo nacía libre y ciudadano.

La libertad en las instituciones se definía como la facultad natural de hacer lo que se quiere, menos lo que está prohibido por el derecho o impedido por la violencia.

Sin embargo esta libre disposición de la persona y de sus propios actos no era reconocida a todos los hombres en la antigua sociedad romana, ya que quienes gozaban de esta disposición lo eran las personas libres, negándosele a aquellas personas privadas de libertad y que se llamaban esclavos.

La esclavitud toma su origen desde el nacimiento o de un modo de derecho de gentes como lo era la prisión de guerra.

La liberación de la esclavitud toma su origen en el *ius gentium* o *manumisión*, ya que nace de una renuncia del amo a la potestad que tenía sobre el esclavo y éste adquirirla la plena capacidad jurídica y se hacía libre y ciudadano.

La doctrina romana de la capacidad, como ya lo mencionamos anteriormente, se desenvolvía en torno al triple status de que gozaba la persona, siendo el *status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*, de los cuales los dos primeros constitulan condiciones esenciales de la capacidad jurídica y el último daba lugar a la distinción de personas *sui juris* y personas *alienae iuris*, determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en la esfera del derecho privado¹⁷.

Para los romanos, la capacidad jurídica, se consideraba como la **aptitud legal que una persona tenía para ejercitar sus derechos cuyo disfrute le compete**, existiendo capacidad de goce y de ejercicio de los derechos, si no se tenía la capacidad de goce no era considerada persona. La capacidad de ejercicio no era capital, pues los menores y los

¹⁷ BONFANTE. Pedro.- Instituciones de Derecho Romano. Edit. Reus, 5ª edición. Madrid, 1979, pp. 44 y 45.

¹⁸ ORTÍZ URQUIDI. Raúl.- Derecho Civil Parte General, Introduc. Teoría del Derecho, Porrúa, 2ª edición. México, 1982, p. 296.

locos se consideraban personas. No obstante, sus derechos eran ejercitados a través de sus tutores o curadores.

La capacidad era la regla general y la incapacidad la excepción y en cada caso la ley lo señalaba¹⁹.

En los escritos de Justiniano, se estableció que era capaz quien era dueño de sí mismo y no lo era quien se encontraba sujeto a la potestad de otro. La capacidad era reconocida no sólo como el atributo más importante de la personalidad, sino como el atributo esencial.

No cabe duda entonces de que la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas se designaba con la personalidad; esta aptitud equivalía a capacidad jurídica, la cual se desdoblaba en capacidad de derecho o en capacidad para ser titular de derechos y obligaciones y en capacidad de hecho o capacidad para obrar o para dar vida a actos jurídicos.

Por cuanto a la capacidad jurídica de las personas físicas, en el derecho romano a veces era limitada por diversas circunstancias que afectaban a determinadas personas, sin que esto significara restricción o limitación de su capacidad jurídica, siendo alguna de ellas el ser mujer, la esclavitud, ser extranjero, etc.

Estas limitaciones o restricciones de la capacidad de obrar, históricamente han sido establecidas por una variedad extraordinaria de causas que en la actualidad afortunadamente han desaparecido, en virtud del espíritu igualitario de las leyes modernas.

En el derecho mexicano, el menor de edad, el estado de interdicción y los demás incapacitados establecidos por la ley, es considerado como restricción de la capacidad de

¹⁹ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín.- ob. cit., pp. 107 y 108.

obrar, sin embargo pueden ejercitar su derechos y obligaciones a través de sus representantes²⁰.

Nuestro código civil señala que la capacidad civil de las personas se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte²¹.

Desde hace tiempo existe la costumbre de examinar a la vez el estado y la capacidad de las personas, de modo que éstas dos nociones siempre aparecen unidas, sin embargo esto no representa ningún inconveniente, ya que a causa de estar sometidos a la misma ley existe un vínculo entre una y otra noción, pues la capacidad en gran parte depende del estado de una persona, pudiendo ser mayor o menor de edad.

La capacidad no es algo abstracto, sino eminentemente concreto y variado, para Néstor de Buen no existe una capacidad sin causa, sino muchas capacidades de derecho concretas, relativas a cada uno de los derechos y obligaciones que el hombre goza o se le impone. Señala también que desde un principio todo hombre tendrá personalidad, pero no todo hombre asumirá todas las capacidades de derecho, porque en ninguno se darán los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, ya que para ejecutar un derecho necesita tenerlo y siendo múltiples los derechos (de familia, de sucesión, de obligaciones) a cada uno corresponderá una necesidad determinada.

Ahora veamos algunas definiciones que nos aportaron grandes maestros²²:

Felipe Clemente de Diego Sostiene que "la capacidad jurídica es el atributo esencial del hombre y no puede faltar en ninguno, siendo reconocida desde el momento que existen."

²⁰ DE PINA, Rafael.- Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas, Familia.- Porrúa, México, 1992, 17ª edición, p. 208.

²¹ TREJO GUERRERO, Gabino.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y del Fuero Federal para toda la República. Editorial Porrúa, p. 3.

²² MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario.- ob. cit., p. 30.

Aubry y Rau "La capacidad jurídica se confunde con la personalidad (*caput*). Y que todo ser capaz de poseer derechos y de estar sometido a obligaciones es una persona."

José Castán Tobeñas afirma que "la capacidad de derecho, considerada en abstracto, como atributo de la personalidad reúne los caracteres de fundamental, porque conjuga *in potentia* todos los derechos de que el hombre puede ser sujeto y en los cuales se traduce la capacidad como indivisible, irreducible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres."

La capacidad comprende su lado negativo que es la incapacidad, y un aspecto positivo que es la aptitud que tiene el individuo para disfrutar y cumplir por sí mismo derechos y obligaciones. Cuando se dice disfrute, se hace referencia al aspecto genérico de la capacidad, es decir a su goce y cuando se habla de cumplimiento de derechos y obligaciones se está ante la capacidad de ejercicio.

Desde este punto de vista, la capacidad de goce no tiene obstáculos, pero en el perfil de su ejercicio se encuentran numerosos requisitos que determinarán la posibilidad de que ésta entre en función.

La capacidad implica especialmente la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones, y poder ejercitar esos derechos así como para contraer y cumplir las obligaciones.

Al respecto sobre este concepto el maestro Jorge Alfredo Domínguez, realiza los siguientes comentarios:

- ♦ La capacidad da por supuesta la personalidad jurídica, es decir, ésta es la aptitud para ser sujeto titular de derechos y obligaciones.
- ♦ La capacidad comprende dos especies, una sustancial o de fondo que implica posibilidad de la titularidad y a la que suele

denominarse capacidad jurídica o capacidad de goce; la otra que es adjetiva procedimental o que equivale al otorgamiento de actos jurídicos y que viene siendo la capacidad de obrar o de ejercicio.

- ♦ La capacidad de ejercicio da lugar a dos posibilidades; que es la de ejercitar derechos y contraer obligaciones por una parte y la de intervenir en juicio personalmente por la otra²³.

La capacidad de goce, así como la personalidad jurídica, se tienen desde la concepción y se pierden con la muerte; a la capacidad se le ha confundido con la personalidad, pero sin embargo éstas son diferentes, al respecto la profesora Sara Montero Duhalt, nos dice "La capacidad presupone la personalidad, y ésta a su vez, tiene como característica esencial a la capacidad. La personalidad es una categoría del derecho, la capacidad es una cualidad esencial de la personalidad. La personalidad es genérica, es unívoca, es absoluta. Se tiene personalidad se es persona, si se carece de personalidad no se es sujeto de derecho. La capacidad, en cambio, es de carácter restringido, admite graduaciones"²⁴.

Por lo que respecta a la capacidad de ejercicio, ésta se va alcanzando gradualmente en su madurez mental; se parte de una plena incapacidad de ejercicio hasta una cabal capacidad de ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por la ley al efecto. Esto es, por ejemplo, un recién nacido, no tiene capacidad para ejercer una tutela por sí mismo, si no cuando cumpla la mayoría de edad será plenamente capaz de realizar ciertos actos.

De ambas capacidades (de goce y de ejercicio), la primera prevalece en importancia, ya que condiciona a la segunda, es decir, hay personas que tienen la capacidad de goce

²³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ V., Jorge Alfredo.- Derecho Civil Parte General. Personas, Cosas, Negocio jurídico, Invalidez. Edit. Porrúa . 2ª edición, México, 1990, p. 165.

²⁴ MONTERO DUHALT, Sara.-La Incapacidad, Revista de la Facultad de Derecho-UNAM, T-XVI, jul-dic.1966, N° 63, p. 828.

pero no tienen la de ejercicio, ejemplo los menores de edad. Será hasta que adquieran la mayoría de edad cuando gozarán de la capacidad de ejercicio, mientras para realizar algún acto jurídico necesitaran de su representante legal.

Por tanto se puede concluir que, *capacidad jurídica* es la facultad por la cual el hombre es sujeto de derecho, por cuya virtud puede exigir prestaciones y cumplir obligaciones.

La capacidad, es el atributo más importante de las personas, pues todo sujeto de derecho por el solo hecho de serlo, debe tener capacidad jurídica, pudiendo ser total o parcial. Siendo pues, la capacidad de goce, el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas puede faltar en ellos, y sin embargo sigue existiendo la personalidad y sigue siendo persona.

Resulta pues de gran trascendencia para la vida jurídica, que la persona tenga la capacidad tanto de ejercicio, como la capacidad de goce; para que el derecho pueda tomar en cuenta aquellos actos por los que el gobernado adquiere un compromiso que le traerá consecuencias de derecho.

Ahora bien, al ser plenamente capaces, una persona en vida, puede donar sus órganos y tejidos para después de su muerte, esta situación la puede realizar a través de su testamento o bien puede otorgar su consentimiento en forma verbal y a través de llenar una serie de requisitos ante el Consejo Nacional de Trasplantes.

1.3.- Comienzo y Fin de la Personalidad Jurídica.

Para que el individuo manifieste libremente su voluntad de realizar actos de donación de su cuerpo, es presupuesto indispensable que tenga personalidad jurídica.

El tema del comienzo de la personalidad ha sido tratado por varios autores desde la época romana hasta nuestros días, sin que a la fecha se llegue a un solo criterio, ya que

para algunos autores el comienzo de la personalidad se da desde el momento de la concepción, para otros desde que se desprende del seno materno, es decir a partir del nacimiento, para otros cuando tiene posibilidad de subsistir una vez que ha salido de las entrañas de la madre y algunas otras teorías más que expondré con más detenimiento en el capítulo segundo, solamente presento aquí los antecedentes más importantes.

Comienzo de la Personalidad Jurídica

En la época actual se han derivado una serie de teorías respecto al nacimiento o comienzo de la personalidad, he aquí las principales²³: El resto se presentan en el apartado II.1

1) *La personalidad física tiene más duración que la vida humana.-*

Se dice que la personalidad humana existe y que trae consecuencias de derecho aún antes de que nazca el individuo. Si bien es cierto que a la personalidad se le ha confundido con la capacidad, sin que sean un mismo concepto, en virtud de que la personalidad se da en razón de ser persona, es una categoría del derecho. Por lo que se refiere a la capacidad, ésta es una cualidad de la persona

Con respecto a esta teoría yo no estoy de acuerdo, toda vez que si la personalidad existe desde la concepción del feto, luego entonces, esta deja de existir con la muerte del individuo; ya que ninguna persona con afinidad consanguínea puede tener las mismas características que el *de cujus*.

2) *Teoría del Nacimiento.-* exige que exista la separación total del feto del claustro materno para que sea fijado el comienzo de la personalidad humana.

²³ MONTERO DUIHALT, Sara.- ob. cit., p. 829.

En la actualidad esta teoría no tiene relevancia, en virtud de los estudios que ha realizado la medicina en lo que respecta al feto. Por ejemplo, se ha comprobado que desde que se da la anidación del óvulo, este ya tiene ciertas características que lo identifican como una promesa "de ser humano"

- 3) **Teoría de la Concepción.-** Algunos autores como los Santos Padres (Santo Tomás de Aquino, San Agustín) señalan que el comienzo de la persona humana se da en el instante de la concepción en virtud de que tiene existencia independiente y que se le debe de tomar como sujeto de derecho.

Por lo que respecta a los derechos patrimoniales, el concebido sí es tomado en cuenta, puesto que es sujeto de recibir una herencia, donación, etc. Este criterio encuentra su apoyo en nuestro artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: "... pero desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido..."²⁸.

- 4) **Teoría de la Viabilidad.-** Señala que la criatura nazca y viva fuera del seno materno, sin ningún disfuncionamiento orgánico o funcional que le imposibilite continuar su existencia independiente.

Esta teoría también en la época actual sería obsoleta, gracias al espíritu igualitario de las leyes. Ya no importa si el nacido padece de algún disfuncionamiento orgánico para que se le considere persona y se le reconozca su personalidad; ya que en caso de no tener la capacidad de ejercicio, puede ser representado por su tutor.

Otras Legislaciones: La legislación argentina, sostiene que la personalidad del hombre comienza con el nacimiento, que se da cuando el feto ha salido completamente

²⁸Código Civil para el D. F.- en Agenda Civil del D. F. Compendio de Ediciones Fiscales Isef. 1ª edición, México, 2001, p. 3.

del seno materno, pues es cuando entra bajo la protección jurídica, muy independiente de la protección que tiene la madre. Señala además que no es necesario que se haya cortado el cordón umbilical y que no importa que el nacimiento haya acontecido de modo natural o por intervención quirúrgica.

Dice también que el nacimiento en sí, no tiene relevancia jurídica si no ha nacido con vida la criatura, pues el que no nace es como si nunca hubiese existido y que la muerte no tiene importancia si fue antes del nacimiento o durante el parto, pero si importa si el fallecimiento se dio después del nacimiento. También es requisito indispensable que el producto sea capaz de vivir independientemente fuera del seno materno.

Entendemos entonces que para la legislación argentina el ser humano es considerado persona desde el momento de la concepción, pero al igual que nuestro derecho sólo para ser sujeto de los derechos patrimoniales, porque el concebido pero no nacido puede adquirir algunos derechos que son donaciones, o herencias. Pero, también requiere que el nacido pueda subsistir fuera del seno materno y nuestro Código Civil se encuentra en el sistema de la viabilidad.

Para el Derecho Español, ha tomado también la teoría de la viabilidad para considerar al recién nacido como persona y que el concebido es protegido por la ley, ya que es una esperanza de hombre.

El Consejo de Europa, en su resolución N° 4376, asamblea del 4 de octubre de 1982, establece " la ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción y que en este mismo momento están presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano"²⁷

Fin de la Personalidad. La personalidad se pierde con la muerte y sólo con la muerte, ningún otro hecho puede hacer perder completamente la personalidad. La muerte

natural es la única que pone fin a la personalidad, pero esta idea es reciente en la historia del derecho, pues en la antigüedad quien caía en la esclavitud dejaba de ser una persona.

El derecho romano admitió que la persona difunta sobrevivía ficticiamente hasta que sus herederos aceptaban la sucesión.

En el antiguo derecho francés las personas que tomaban estado religioso se consideraban muertas para todo el mundo y el derecho las trataba como tales, su profesión religiosa hacía que se perdiera su vida civil. A mediados del siglo XIX existían tres categorías de muerte civil:

- 1) Los condenados a muerte;
- 2) Los condenados a trabajos pesados, y
- 3) Los deportados.

Con el correr de los años, se trato de igualar esa ficción a la realidad, pero por la fuerza misma de las cosas la asimilación no fue total, ya que el muerto civilmente continuaba viviendo y por ese solo hecho era necesario reconocerle ciertos derechos.

Por tanto con la muerte cesa todo vestigio de vida, no obstante que la personalidad del *de cuius* sigue produciendo consecuencias jurídicas, por ejemplo su patrimonio, el cual desaparece hasta que en la sucesión se realiza la adjudicación a los herederos quienes responderán de las obligaciones del finado y ejercerán los derechos patrimoniales que tuviesen a su favor. Sin embargo aquellos aspectos personalísimos sí desaparecen con la muerte del *de cuius*, tales como la patria potestad.

El testamento es una expresión de voluntad del difunto y éste no se hace valer por respeto a la personalidad del fallecido, sino porque se le reconoce la facultad que tuvo al regular su propia sucesión.

²⁷ Consulta en Internet. Pagina de la Secretaría de Salud, www.ssa.org.mx, Agosto 10 de 2001.

En lo que toca a aquellas personas que no tenemos la certeza de que han fallecido porque desaparecieron, nuestro Código Civil en sus artículos 669 y 705 señalan que primero es la *declaración de ausencia*, después la *presunción de muerte*, y transcurrido 6 años desde su desaparición, una persona es considerada *muerta*. El concepto de muerte es desarrollado ampliamente en el capítulo II.2

No cabe duda entonces, que en materia jurídica aún no está claro el momento en que considera el nacimiento de la persona, debieran algunos doctrinarios, con base a las evidencias médicas, reformar sus teorías en torno al momento por el que se debe tomar en cuenta el nacimiento de la persona. Inclusive también deberían de realizarse estudios con la finalidad de modificar el artículo 22 del Código Civil, a efecto de que se establezca que la persona desde el momento de la concepción tiene personalidad, así como la capacidad jurídica y no esperarse hasta el momento de su nacimiento para que la ley le de toda la protección que requiere.

Por lo anterior concluimos que, si la personalidad es el conjunto de cualidades que constituyen a la persona, entonces la personalidad nace como ya lo mencione, desde el momento de la concepción. Además, como ya se explicó, esto ha sido comprobado desde un aspecto científico por la ciencia médica, quien va mucho más adelantada que el derecho en algunos aspectos, como es el caso del comienzo de la persona.

Finalmente concluyo que la personalidad es genérica, unívoca y absoluta, se tiene personalidad, se es persona. Pues únicamente la persona humana goza de la personalidad.

Si la personalidad inicia con el nacimiento de la persona, o mejor dicho desde el momento que es concebido, entonces, su fin se adquiere con la muerte, con el cese de toda vida en la persona. Aunque en la antigüedad existía la muerte civil, y quien cayera en ese estado, dejaba de tener personalidad, en la época actual basta con que la persona deje de existir, de no tener ningún signo vital.

Capítulo II

EL ESTADO Y LA CONDICIÓN DE LA PERSONA.

II.1.- El Nacimiento del Sujeto de Derecho.

El nacimiento desde el punto de vista biológico no interesa al Derecho, sin embargo para comprender qué significa el nacimiento, transcribiremos lo que dice el Diccionario Larousse: "Nacer: Salir del vientre de la madre y por nacimiento: Acción y efecto de nacer, principio de una cosa"²⁸.

Ahora bien, se dice que la determinación del nacimiento del sujeto, que más correctamente es un problema biológico, clínico y médico, tiene una gran trascendencia en el derecho, por ser un hecho jurídico que señala el principio de la personalidad. Sin embargo y desde el punto de vista jurídico, el nacimiento del sujeto de derecho, importa al derecho mismo como el principio con el cual el hombre empieza a ser protegido por la ley, para poder actuar en la vida misma.

Textos Romanos:

Al respecto, en el derecho romano se aplicaba la regla axiomática y ficticia que consagraba "al concebido se le tiene por nacido, para todo lo que le sea favorable y se le brinda la tutela y protección de la ley; más no para que se le atribuya anticipadamente una personalidad que en el transcurso de su gestación puede llegar a no tener"²⁹.

El concebido no era jurídicamente una persona, pero sí era una persona eventual, más sin embargo se le reservaban sus derechos que al momento de nacer se le otorgarían y su capacidad jurídica se calculaba desde el momento de la concepción y no desde el

²⁸Diccionario de la Lengua Española.- Larousse Planeta. 1ª edición. 9ª reimpresión. México, 1994, p. 453.

²⁹MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario.- ob. cit., pp. 9 y 10.

nacimiento. Bonfante, señala que el axioma se conjuga como " hombre es el que ha de nacer"³⁰.

Por tanto para que el ser humano tenga capacidad de derecho, precisa que el sujeto exista, y para tal existencia durante el transcurso de los años, se han dado varios requisitos. El Derecho Romano, se regía por el principio de que para que al concebido se le tuviera por nacido y se le pudiera considerar una persona, tenía que nacer y vivir fuera del claustro materno, convirtiéndose así en sujeto de derecho.

Así pues, la existencia de las personas principiaba con el nacimiento, antes de nacer, el feto era considerado simplemente una entraña de la madre, los derechos se adquirirían al nacer con vida³¹.

Sin embargo la opinión de los juristas romanos no fue unánime, pues mientras los *proculeyanos* afirmaban que, para tener personalidad, el recién nacido debía tener figura humana, además del llanto; los *sabinianos* por su parte, sostuvieron que el parto debía ser perfecto, puesto que durante la concepción y el desarrollo del embrión, el hijo adquiría la formación orgánica necesaria para vivir independientemente fuera del seno materno; mientras tanto el *Fuero*, consideraba al recién nacido capaz de recibir la herencia de su padre si había sido bautizado y tenía diez días de nacido; las *Leyes del Toro* acortaron este período a veinticuatro horas.

Teorías sobre el Nacimiento:

Retomo aquí tres de las teorías sobre el inicio de la personalidad jurídica o mejor dicho sobre el "nacimiento del sujeto de derecho", complementándolas con dos más para comprender la evolución histórica de éste tan importante concepto.

³⁰ BONFANTE, Pedro.- ob. cit., p. 47.

³¹MORALES CASTRO, José Ignacio.- Derecho Romano, Edit. Trillas, 3ª edición, México, 1987, p. 154.

Castán Tobeñas, nos señala que en el Derecho Civil español, existen diversas teorías que explican el inicio de la personalidad jurídica:

- 1) Teoría del Nacimiento;
- 2) Teoría de la Concepción;
- 3) Teoría de la Viabilidad;
- 4) Teoría Psicológica, y
- 5) Teoría Ecléctica.

La Teoría del Nacimiento: nos dice que cuando el feto se ha desprendido totalmente del seno materno, no importando si se realiza de modo natural, artificial o quirúrgicamente, de todos modos es considerado persona, ya que antes del nacimiento el feto no es persona, sino que forma parte de las vísceras maternas, sin embargo por la esperanza de que nazca, es tomado en cuenta por el derecho, el cual le concede protección³².

Por su parte el jurista **Orgaz**, sostiene que existe confusión entre vida humana con persona humana, en virtud de que la ley protege la vida desde la concepción, desde que existe, y que aún cuando hay vida humana, esto no significa que exista ya una persona, pues desde su punto de vista, persona es aquella que ostenta individualidad propia, y ésta se da al separarse totalmente del seno materno³³.

Al respecto, considero que al decir vida humana, corresponde a la persona, ya que no se puede decir que los animales son humanos, si entendemos que humano significa "

³² RUGGIERO DE, Roberto.- Instituciones de Derecho Civil, Edit. Instituto Reus, 4ª edición, Madrid s/f, p. 143.

³³ BORDA A., Guillermo.- Manual de Derecho Civil. Parte General, Edit. Perrot, 10ª edición, Buenos Aires s/f, p. 149.

del latín *humanus*; pertenecientes al hombre o propio de él³⁴, por tanto vida humana y persona humana están totalmente ligados.

La Teoría de la Concepción: señala que los santos padres se basaban en que la existencia del concebido era independiente, teniéndosele como sujeto de derecho antes de que naciera.

Guillermo Borda, manifiesta que una persona nacerá cuando se termina el periodo de gestación, pero sin embargo ya tiene vida y lo que la ley protege es a la vida humana, por lo que resulta imposible separar vida y persona pues son uno mismo, y que no es lo mismo la vida de los animales, ya que éstos no son seres racionales y el derecho no los protege puesto que su nacimiento no trae consecuencias de derecho y el nacimiento de la vida humana sí genera consecuencias de derecho, tales como la alimentación, el vestido, la educación, etc.

Busso señala: "cuando hay alguien en cuyo favor puede invocarse el amparo actual de la justicia, ese alguien es una persona"³⁵.

La Teoría de la Viabilidad: consiste en que el feto no solamente puede nacer, sino que deberá tener la aptitud de seguir viviendo fuera del claustro materno, esta teoría considera a la persona viable cuando es capaz de vivir, aun cuando muera después del parto. Algunos partidarios de esta teoría señalaron que el recién nacido no debería tener alguna disfunción orgánica que le imposibilitara continuar con su existencia independiente.

El sistema francés, considera que el feto es viable cuando es capaz de vivir fuera del claustro materno, aun cuando muera inmediatamente después de nacer. En los casos en que naciera antes de tiempo con un defecto orgánico y no fuese capaz de vivir, no se le

³⁴ PALOMAR DE MIGUEL, Juan.- Diccionario para Juristas, Edit. Mayo, 1ª edición, México, 1981, p. 681

³⁵ BORDA A. Guillermo.- ob. cit., p. 150.

tiene como nacido y no es considerada persona, aun cuando hubiese vivido unos instantes después del nacimiento. Si la muerte del recién nacido sobreviene por causas diversas al alumbramiento prematuro o a un defecto orgánico que impida la vida, se considera que nació viable y que en consecuencia entra bajo la protección de la ley para sus efectos.

El Código Civil argentino rechazó esta idea, señalando que no importaba que los nacidos con vida no hubiesen tenido la oportunidad de prolongarla, pues bastaba con que la criatura hubiese tenido unos momentos de vida para que el derecho aceptara que existió. Y no hacía diferencia sobre aquél que hubiese tenido algún defecto orgánico o que por una falla accidental hubiese fallecido, ya que el derecho la reconocía como persona.

Por su parte, el Código Civil alemán, a fin de evitarse controversias, en cuanto a la personalidad del recién nacido, únicamente estableció que naciera vivo³⁶.

Teoría Psicológica, de la Conciencia o Sentimientos de la Personalidad:

defiende que una vez que el individuo obtiene la personalidad fisiológica y adquiere el sentimiento de su personalidad jurídica, deberá ser considerado como capaz de derechos, aunque reconoce que el individuo es sujeto de derechos hasta que nace vivo y viable³⁷.

Por su parte el tratadista **Raymundo M. Salvat**, proclama que la personalidad jurídica esta ligada a la mera existencia o vida biológica, por lo que no se requiere ni la conciencia o voluntad, y un recién nacido y aun no nacido son personas, a pesar de estar inconscientes y carecer de voluntad, lo mismo ocurre con un individuo que no ha llegado a tener el más mínimo desarrollo espiritual o aquél que habiéndolo tenido cayera en estado total de falta de conciencia, razón y voluntad³⁸.

³⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael.- Derecho Civil Mexicano T-I, Edit. Antigua Librería Robredo, 3ª edición, México, 1959, p. 438.

³⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, ob. cit., p. 139.

³⁸ SALVAT M. Raymundo.- ob. cit., p. 360.

Todas ellas son personas que adquieren derechos y la autoridad protegerá y cuidará que sus imperfecciones se suplan, dándoles los cuidados y la protección que necesiten.

Teoría Ecléctica: afirma que el origen de la personalidad se da en el nacimiento. Sin embargo, por una ficción el concebido tiene derechos. La crítica a esta teoría es que señala que no hay ficción alguna, ni se debe considerar al concebido como ya nacido, es verdad que el derecho reconoce ciertas prerrogativas, sin embargo el concebido es una esperanza de hombre.

Viéndolo desde ese punto de vista, es cierto que el concebido es una esperanza de hombre, en virtud de que nadie nos puede asegurar que no habrá problemas al momento del nacimiento o durante la gestación, y que será una persona sana y fuerte.

"Los supuestos derechos que se le atribuyen no suponen reconocimientos de su existencia jurídica, ni implica ficción alguna, pues son un caso de protección de intereses expectantes y futuros que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos"³⁹.

El mero hecho del nacimiento constituye un acontecimiento biológico, no jurídico, es por eso que el mundo del derecho exige con frecuencia otros requisitos que unidos al nacimiento hacen surgir la personalidad⁴⁰.

Legislación Mexicana:

Por lo que respecta a los derechos patrimoniales, el concebido sí es tomado en cuenta, puesto que es sujeto de recibir una herencia, donación, filiación y alimentos. Este criterio encuentra su apoyo en nuestro artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

³⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo.- ob. cit., p. 142.

⁴⁰ COSSIÓ, Alfonso de.- Instituciones de Derecho Civil, Edit. Alianza, México s/r, p. 82.

" La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos de este código"⁴¹.

Sin embargo, considero que existe una confusión, ya que por otra parte el artículo 337 dice *"Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil..."⁴²*. Aunque el primer artículo se encuentra dentro del libro primero, en su Título Primero (de las personas físicas), y el segundo artículo en el Título Séptimo (de la filiación), se supone que dichos artículos lo que tratan de proteger son sus derechos patrimoniales, sin embargo ambos artículos ya deberían ser reformados para actualizarse conforme a los últimos estudios realizados por los médicos, en donde se ha descubierto que desde el momento de la fecundación ya se es persona.

"En la actualidad, los médicos cuentan con sofisticados recursos como la ecografía ultrasónica, la inspección cardíaca del embrión por medios electrónicos, la estereoscopia citológica, la inmunoquímica de rayos láser y muchos otros con los que se ha logrado penetrar hasta el mundo del niño no nato y entender a ciencia cierta que el feto es un ser humano completo. Poseedor de ondas cerebrales como las de cualquier individuo pensante cuyo corazón late, capaz de sentir dolor, físico y reaccionar con emociones de tristeza, alegría, angustia o ira; por lo que no hay ninguna disimilitud entre ese "producto" y el ser humano completo, con garantías individuales y protegido por las leyes, excepto el tamaño"⁴³.

Si entendemos que la personalidad, desde el punto de vista filosófico, es un conjunto de atributos y cualidades de cada individuo, también el feto tiene sus propias

⁴¹ Código Civil para el D. F.- Ediciones Fiscales Isef, ob. cit., p. 3

⁴² Código Civil para el D. F.- Ediciones Fiscales Isef, ob. cit., p. 32

⁴³ Dr. NATIANSON, Bernard.- Tomado de la Película "El Grito Silencioso", (Citado por: CUAUITEMOC SÁNCHEZ, Carlos.- Juventud en éxtasis, Edit. Elecciones Selectas Diamante, 2ª edición, México, 1993, pp. 50 y 51.

características por tanto ya tiene personalidad. Y esto, lo ha demostrado la ciencia médica en diferentes estudios realizados al feto, llegándose a establecer que: *"En el primer mes se da la fecundación y la anidación del óvulo, por lo que el embrión queda implantado. Se abulta una extremidad que será la cabeza y en el venticincoavo día le empezará a latir el corazón,...a los noventa días mide siete centímetros y medio y tiene un desarrollo completo de forma humana."*⁴⁴ Es cierto que todavía no tiene las características físicas del ser humano; que es un prospecto de persona también lo es, pero con el transcurso del tiempo llegará a ser completamente una persona. Pero no por esto, el derecho no lo va a proteger porque todavía no nace, aún cuando ese embrión ya tiene vida, pues es a través de una serie de etapas como se va desarrollando para formar a la persona.

"Desde el momento mismo de la fecundación, desde el instante en que a la célula femenina le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide, existe un ser humano", según el Prof. Jérôme Lejeune Catedrático de Genética de la Sorbona, París⁴⁵.

En mi opinión, estoy convencida de que aun cuando el feto depende de la madre para su subsistencia, no forma parte de sus entrañas, si entendemos que entraña significa: "Cada una de las vísceras comprendidas en las principales cavidades del cuerpo"⁴⁶.

Toda vez que es un ser que tiene vida propia, pues cuenta con sus propios órganos como lo es el corazón, que es uno de los primeros órganos que se forman, así como los demás órganos que se le van desarrollando a lo largo de su crecimiento, tiene sentimientos, pues es capaz de reír y llorar, por lo tanto ya es una persona, aunque no es capaz de hacer valer su personalidad jurídica, pues ésta se encuentra representada por la madre.

⁴⁴ Gran Atlas Visual de la Madre y el Niño, Editorial Panamericana Formas e Impresos, Tomo 1 1995, edición Especial para Sector de Orientación Pedagógica, p. 58.

⁴⁵ Consulta en Internet.- Pagina de la Secretaría de Salud, www.ssa.org.mx, Agosto 10 de 2001.

⁴⁶ Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Ramón Sopena, s/f, edición s/d, p. 237.

Ahora bien, el artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal señala: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez"⁴⁷. Aquí el legislador esta defendiendo al embrión, no a la vida de la madre, luego entonces, para el derecho penal se es persona desde la concepción. Si no fuera así, también el aborto de cualquier animal, llámese vaca, yegua, etc., debería castigarse, pero como el producto de estos animales no son personas no trae una consecuencia de derecho, lo contrario sucede con el ser humano.

Las sanciones para aquellas personas que produzcan el aborto se encuentran establecidas en el artículo 330 del citado Código que señala: "Al que hiciera abortar a una mujer se le aplicarán.."⁴⁸.", y aquí se reafirma que protege la vida del feto, porque al tener características diferentes a la madre ya es desde el punto de vista jurídico una persona independiente.

En la antigüedad por falta de todos estos avances científicos y tecnológicos, no se podía determinar el desarrollo del feto. Más sin embargo, aun con todos estas técnicas que ha tenido la medicina, para el derecho, el feto no es considerado persona, es parte de la madre, necesita nacer y cubrir una serie de requisitos para poder ser reconocido como persona y así poder ser sujeto de derechos y obligaciones.

Pero creo que si la medicina ha avanzado en investigar al feto, para poder determinar si desde el momento de la concepción, se le podía considerar persona, entonces, los doctrinarios del derecho ante estas bases científicas comprobadas, también debieran modificar sus teorías y aceptar que la persona nace desde el momento en que es concebida.

⁴⁷GARCÍA RAMÍREZ Efraín.- Código Penal para el D. F., en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Editorial Sista, 4ª edición, México, 1995, p. 84.

⁴⁸ Ídem.

El tema sobre el nacimiento de la personalidad resulta interesante, puesto que para la ciencia médica, el inicio de la persona se da desde el momento de la concepción y para los estudiosos del derecho, existen diversas teorías sobre el nacimiento de esta y por tanto no han unificado cuando inicia la personalidad del hombre.

Sin embargo desde mi punto de vista afirmo que la personalidad y capacidad no son lo mismo, ya que la personalidad viene inherente en el hombre, por el hecho mismo de ser persona y la capacidad es una cualidad de la personalidad. Por tanto sostengo que la capacidad al igual que la personalidad, inician a partir del momento de la concepción del sujeto.

Entendemos entonces, que cuerpo humano y vida biológica son dos requisitos para investir la personalidad, pues no existe persona en un animal.

El cuerpo, es la sede material de la personalidad de los individuos, pues éste se compone de materia organizada en la que se infunde la vida a través del proceso de la reproducción.

Considero que el sujeto de derecho se inicia desde la concepción, aunque no se tenga la capacidad jurídica, pues ésta es representada por la madre. El nacimiento humano, otorga al sujeto la capacidad jurídica, pues es humano porque desarrolla una vida biológica propia. Se protege en el ser, por el solo hecho de la vida biológica, los valores humanos implícitos en aquellos que en un momento dado es sólo un embrión, pero que contiene íntegramente lo que en un futuro se convertirá: el hombre

Por tanto, considero que el recién nacido es persona, encontrándose tutelados sus derechos, por lo que no es indispensable que tenga voluntad si entendemos a ésta como aquella forma de disposición o manifestación de conformidad, pues un recién nacido carece de esta capacidad y ésta se encuentra representada por la madre.

II.2.- La Muerte del Sujeto de Derecho.

La existencia de las personas termina con su muerte natural, pero para saber qué significa la muerte, al respecto el Diccionario para Juristas nos dice "Muerte: término o cesación de la vida"⁴⁹.

A decir verdad, el concepto no nos dice nada, pues tendríamos que descifrar que es término y que es cesación de vida; por "término se entiende: *último momento de la duración o existencia de una cosa*, y por *cesación: acción y efecto de cesar: acabarse una cosa o suspenderse*"⁵⁰. Mi definición de muerte es: "último momento de la existencia de la vida humana", sin embargo es indudable que el concepto de muerte es muy amplio, ya que existen diferentes conceptos del mismo tales como muerte cerebral, muerte clínica, muerte aparente, etc. pero ahondaremos más ampliamente sobre este concepto en el tema III.3

¿En qué momento podemos decir que termina la personalidad? sí como mencionamos anteriormente, ésta comienza con la concepción y la capacidad con el nacimiento, entonces la muerte se da cuando ya no hay ningún signo vital en el cuerpo humano, nuestro Código Civil en su artículo 22 nos dice que "La capacidad de las personas se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte"⁵¹.

Pues sí, coincido con dicho artículo en lo relativo con la muerte, ya que al morir la persona deja de existir la capacidad, en virtud de que ya no es sujeto de ejercer por sí mismo sus derechos y obligaciones.

En el derecho romano se decía que la personalidad de la persona difunta subsistía hasta en tanto sus herederos aceptaban su sucesión.

⁴⁹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan.- Diccionario para juristas. Editorial Mayo, México. 1981, p. 891.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 248, 249, 1314.

⁵¹ Código Civil para el D. F.- Ediciones Fiscales Isef. ob. cit., p. 3.

A mediados del siglo XIX, se dio la figura jurídica de **muerte civil**, que era una ficción de la muerte, por medio del cual no obstante vivir la persona se le consideraba muerta ante la ley, calan en esta figura jurídica los esclavos, los que tomaban estado religioso y los condenados, existiendo tres categorías de este grupo:

- a) Condenados a muerte;
- b) Condenados a trabajos forzados, y
- c) Los Deportados.

Los efectos de la muerte civil consistían en:

- ◆ Apertura de la sucesión: se le despojaba de sus bienes, para distribuírselos a sus hijos;
- ◆ Disolución del matrimonio: su cónyuge se consideraba viuda y podía contraer nuevas nupcias;
- ◆ Pérdida de los Derechos cívicos y políticos, y
- ◆ Pérdida de los derechos civiles.

Sólo se conservaba el derecho a celebrar contratos a título oneroso, lo que le permitía al muerto civil ganar dinero trabajando. En caso de juicio, sólo podía defender sus derechos por intermediación de un curador especial nombrado por el Tribunal. Cuando moría los bienes que había adquirido durante su muerte civil correspondían al Estado, como bienes pertenecientes a una sucesión vacante.

Pero, para que se hiciera el trámite de dichos asuntos, se tenía primero que realizar el juicio de declaración de ausencia, pues únicamente se contaba con una presunción de ausencia, de tal forma que se tenía que estar seguro que efectivamente la persona se encontraba ausente.

La ausencia terminaba con la declaración de fallecimiento; con el retorno del ausente o con la certeza de la muerte. Una vez probada la muerte del ausente, se abría la sucesión en favor de los que fueran herederos o legatarios en el momento de ocurrir la muerte del ausente⁵².

Al mismo tiempo, también la muerte civil repercutía en los hijos, ya que se les privaba de las sucesiones que su padre había recibido y que posteriormente les iba a dejar.

La abolición de la muerte civil se dio en razón de que fue severamente criticada, pues no podía existir muerte cuando la persona vivía, puesto que la persona dejaba de existir únicamente por muerte real⁵³.

Por tanto, el muerto civilmente seguía viviendo, por lo que se le tenían que reconocer ciertos derechos. Fue en el año de 1854 en Francia cuando se suprime definitivamente la muerte civil.

Dentro de las definiciones de muerte se da otra institución denominada presunción de fallecimiento: "es aquella por virtud de la cual una persona permanece ausente durante un cierto número de años, sin que se tenga noticias de ella". En el Código Civil, en su artículo 705, establece tres opciones de la presunción de muerte del ausente⁵⁴:

- 1) Seis años desde la declaración de ausencia, el Juez a instancia de parte interesada declarara la presunción de muerte;
- 2) Dos años, cuando el individuo haya desaparecido al tomar parte en una guerra o por encontrarse a bordo de un buque que naufrague, o al verificarse una inundación u otro siniestro semejante, y

⁵² TRABUCCIII, Alberto.- Instituciones de Derecho Civil, T.-I. Traducc. Luis Martínez Calcerrada. Edit. Revista de Derecho Privado, 13ª edición, Madrid. 1967, p. 84.

⁵³ SALVAT M., Raymundo.- ob. cit., p. 390.

⁵⁴ Código Civil para el D. F.- Ediciones Fiscales Isef. ob. cit., p. 92.

- 3) Seis meses, cuando la desaparición sea consecuencia de incendio, explotación terremoto o catástrofe aérea o ferroviaria.

Sin embargo, la palabra *ausencia* tiene en la Ciencia del Derecho un sentido técnico distinto a su sentido ordinario. En el lenguaje corriente ausente es aquel que no se encuentra en un momento dado en el lugar en el que debería estar.

Algunas veces la palabra ausente se emplea de manera obsoleta, sin que sea necesario especificar de qué lugar está ausente, porque éste se sobreentiende, pero el significado que se le da en derecho a la palabra ausente es ante todo quien no se encuentra ya en su domicilio.

Por tanto, *ausencia* es: la incertidumbre de vida o muerte debido a la falta de noticias⁵⁵.

En el derecho romano, no se conoció la institución jurídica de la declaración de *ausencia* como causa de fallecimiento en caso de separación de una persona, ya que para ellos el matrimonio era una razón de hecho.

¿Pero cómo sabemos que una persona ha muerto? Algunos tratadistas dicen que se da la muerte en una persona por la detención de la respiración y de la circulación.

Para que se produzcan los efectos inherentes a la terminación de la existencia de la persona, es necesario que la muerte sea probada y esto se da con la presencia del cadáver, así como que los testigos lo hayan visto e identificado, ya que sin la identificación del cadáver no se tendría como ocurrido el fallecimiento de la persona, dando lugar entonces a la figura jurídica de presunción de muerte.

Con la muerte de un sujeto de derecho, se ponen en movimiento una serie de mecanismos complejos de extinción de derechos personalísimos, así como la transmisión

⁵⁵ PLANIOL, Marcel.- Tratado Elemental de Derecho Civil T-I, Vol. I, Traducc. José Ma. Cajica C., Edit. Cajica, 12ª edición, México, 1992, p. 271.

de otros derechos personales que el derecho regula con precisión. Tomando en cuenta al sujeto de derecho como una persona individualmente determinada, la muerte trae como consecuencias la extinción de su capacidad jurídica, de obrar y civil, ya que en lo sucesivo no podrá ser reconocido como sujeto capaz de tener derechos y obligaciones, no pudiendo realizar en lo futuro actos jurídicos.

La Ley 14.394 de la República de Argentina señala: "En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la correspondiente inscripción en el Registro, siempre que la desaparición se hubiese producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tratada como cierta. Igual regla se aplicará en el caso en que fuese posible la identificación del cadáver"⁵⁶.

Derivado de tal estudio se llega a la conclusión que son sinónimas las expresiones muerte física y extinción de la personalidad, pues el significado jurídico de muerte de la persona física es que mientras vive no es ni puede ser otra cosa que sujeto de las relaciones jurídicas en que interviene, y en el momento en que muere el cadáver pasa a ser una cosa.

También se han dado dos figuras jurídicas llamadas **premorienca** y **conmorienca**.

La Premorienca "es la muerte anterior a otra"⁵⁷, es decir, esta figura jurídica se da cuando en un accidente fallecen el padre y el hijo casado. Si se comprueba que el hijo falleció unas horas después que el padre, entonces los bienes que le correspondían como herencia de su progenitor pasarán a su viuda, en la porción que le hubiese correspondido al hijo muerto, ya que la muerte del padre tuvo como efecto la transmisión de sus derechos al hijo y a la muerte de éste a su viuda.

⁵⁶ BORDA A., Guillermo.- ob. cit., p. 154.

⁵⁷ PALOMAR JUAN, Miguel.- ob. cit., p. 1066

Esta figura jurídica fue iniciada en el Derecho Romano, el cual estableció una presunción de premoriencia limitada al caso de que se tratara, ya sea de ascendientes o descendientes, disponiendo que si el descendiente era púbero se entendía premuerto el ascendiente, mientras que si era impúbero, se consideraba muerto primero el descendiente, esto era en razón de la edad, pues se consideraba que tenía más posibilidad de vivir aquella persona joven de la de mayor edad.

Por lo que se refiere a la conmorienencia que significa "muerte simultánea de dos o más personas"⁵⁸, se le ha entendido más como una ficción, en virtud de que resulta difícil comprobar que dos personas murieron al mismo tiempo, por lo que es casi imposible comprobar que dos personas en un accidente murieron al mismo instante y para probar quién reclama un derecho tiene que probar el hecho mismo.

El derecho francés estableció que en caso de que se ignorara el momento preciso de la muerte de los conmorientes, se basaran en la edad y el sexo de los fallecidos, por lo que el Código francés en su artículo 721, señala "El momento de la muerte se determinará de acuerdo con las circunstancias"⁵⁹.

Por su parte, el Código Civil español establece en su artículo 33: "Si se duda entre dos o mas personas llamadas a sucederse, ¿quien de ellas ha muerto primero?, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarlo; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derecho de uno a otro"⁶⁰.

Es pues indiscutible, que la personalidad física se extingue con la muerte, de tal forma que ésta se examina para algunos tratadistas desde el punto de vista de :

- 1) Prueba;

⁵⁸. Ibídem.- Pág. 301.

⁵⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio.- Derecho Civil Primer Curso, Edil. Porrúa. 12ª edición. México, 1993, p. 313.

- 2) Momento en que ésta tiene lugar, y
- 3) Los efectos que produce.

Prueba: al igual que el nacimiento, en donde tiene que registrarse al recién nacido, para saber que existe, que ya hay un nuevo ciudadano, también se debe probar que una persona falleció, que ya dejó de existir, para poder reclamar la herencia o cualquier acto jurídico que haya dispuesto el difunto, es así que la prueba se da, cuando se ha comprobado la cesación de toda vida orgánica, la cual se manifiesta en la paralización definitiva e irreversible de las funciones del aparato circulatorio a consecuencia de que el corazón ha dejado de funcionar total y definitivamente.

Por tanto debe haber un certificado de defunción que se extiende por un médico, bajo su responsabilidad y que sirve de base para que el juez del Registro Civil extienda el acta de defunción, la cual constituye la prueba formal de la muerte de una persona.

Momento en que ésta tiene lugar: la muerte tiene lugar con la pérdida de la vida de todas las células de un individuo y que suele definirse como muerte biológica, muerte orgánica o muerte de todo el organismo humano, "considerado como el cese completo y permanente de toda actividad celular"⁶¹.

Los criterios legales han seguido siempre la línea de los clínicos, aunque cada país ha establecido normas, al respecto, la mayoría coincide en:

- ♦ Que la muerte sea certificada por un médico que establezca la causa;
- ♦ Que se compruebe su realidad por un experto en medicina forense, y

⁶⁰ [bib.- pág. 374.

⁶¹ COLOMO GÓMEZ, Jesús.- Muerte Cerebral. Biología y Ética. Edit. Universidad de Navarra. Pamplona, España. 1993, p. 37.

♦ Retrasar la inhumación o cremación cuando menos 24 a 48 horas después de la muerte.

Efectos que produce la muerte: siendo la persona titular de derechos y obligaciones de distintas naturaleza, éstos se extinguen, pues son propios de la persona misma, no siendo transferibles, ya que la persona misma es quien los ejerce.

Sin embargo, hay otros derechos que sí pueden ser transmisibles a sus herederos, cuando hay una razón social en la transmisión, como son: los derechos patrimoniales.

Decimos entonces, que es con la muerte, por lo cual la personalidad deja de existir, no importando si haya sido por muerte física o cerebral. Esta última es una forma de vida-muerte, porque aún cuando el corazón le sigue latiendo ya el cerebro no funciona, ya no existe oportunidad de seguir siendo persona con facultades para poder ejercitar su derechos y obligaciones, queda en estado vegetativo. El sujeto ya no es consciente de lo que sucede a su alrededor y por tanto ya no es un ser pensante o racional.

La Ley General de Salud, en su artículo 344, regula la muerte cerebral. Clínicamente está comprobado, que la muerte cerebral ya no tiene posibilidad de curación, pues el cerebro es insustituible, ya que es el motor de todos los sistemas que hacen que una persona, piense, se mueva, hable, etc.

Para los efectos de la donación de órganos o tejidos, el precepto mencionado señala como caso de pérdida de la vida dos hipótesis: a) la muerte cerebral, y b) la ausencia de conciencia de respiración espontánea, de reflejos del tallo cerebral que sean permanentes, o bien el paro cardíaco irreversible.

Esto, se reitera, para el único efecto de la donación de órganos y tejidos que podrá operar por manifestación anterior de voluntad del donante o de sus familiares cuando no existió voluntad expresa en contrario del donante.

Por tanto, la muerte de un sujeto de derecho se da cuando ya no hay vida, cuando el corazón, el aparato circulatorio y todas las células dejan de funcionar, en ese mismo instante se pierde la personalidad y la capacidad del sujeto. Ya no existe la persona que en algún tiempo fue y únicamente queda su cadáver, que con el tiempo en polvo se convertirá.

Es por ello, que nuestro Código Civil estableció que la capacidad jurídica de las personas físicas se pierde con la muerte. Y para comprobar ésta, es necesario que un médico legista compruebe que efectivamente la persona ha dejado de existir. Tampoco podrá cremarse un cadáver sino hasta pasadas las 24 horas del fallecimiento. Al morir sólo deja sus deseos post-mortem, como su testamento.

Invariablemente, la muerte del sujeto de derecho trae diferentes tipos de efectos. En lo que respecta a la donación de órganos, trae como consecuencia que de su cuerpo se puedan extraer: los riñones, el corazón, pulmones, hígado, páncreas, corneas, vasos sanguíneos, válvulas cardíacas, huesos y piel, por citar sólo algunos.

Concluimos con una frase escrita por el Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra que a la letra dice: "La muerte nos remite irremisiblemente al más allá. Ya no es posible comunicarse con el difunto a través de las cosas de este mundo. El que se fue para siempre deja no obstante su memoria, su energía, su ego para que los demás puedan rellenarlo"⁶².

II.3 Las Clases de Capacidad del Sujeto de Derecho.

II.3 A) La Capacidad de Goce del Sujeto de Derecho. En el Derecho Romano, para adquirir la capacidad era necesario tener la ciudadanía, esta calidad de ciudadano se daba por el mero hecho de haber nacido en Roma al ser hijos de *ingenuos*.

⁶²MAGALLÓN IBARRA. Jorge Mario.- ob. cit., p. 15.

Es en el derecho romano donde se señala que se era persona, si gozaba de los tres status (*civitalis, familiae y libertatis*) porque el simple nacimiento, no bastaba para ser considerado persona y además tenía que estar completamente separado del claustro materno y tener forma humana (véase Cap. I.1).

La Ley de las XII tablas denominaba *hostes* al extranjero de un Estado o ciudad independiente y soberana y posteriormente *peregrino*, hombre libre en los actos propios que realizaba, mismo que vivía en Roma, pero sin estar protegido por el Derecho Romano. En el desarrollo de la civilización y el incremento de la vida comercial así como la amplitud de relaciones entre los pueblos, se fueron reconociendo ciertos derechos y una limitada capacidad protegida por el derecho a los peregrinos, lo que dio lugar a establecer un magistrado denominado Pretor Peregrino, y en el año 212 D. C., el Emperador Caracalla, concedió a todos el *jus civitalis*, al considerarlos romanos a todos. .

En esa época existió una condición intermedia entre los ciudadanos y los peregrinos llamados de los *latinos* a quienes se reconoció una capacidad mucho más limitada, pues sólo se les otorgó el derecho de comerciar, de ahí que se conocieran como *latinos coloniani*, en semejanza a los *latinos junianos*, a los cuales la Ley *Junia Norbana*, les dio esa condición intermedia entre ciudadanos y peregrinos.

Ninguno de ellos tenía el comercio *mortis causa*, por lo que a su muerte los bienes que habían adquirido regresaban al antiguo amo, situación que termino al publicarse el Edicto de Caracalla, que convirtió en ciudadanos a todos los extranjeros⁶³.

La condición para adquirir la capacidad jurídica en el derecho romano, comprendía las siguientes formas:

- 1) *Jus Comercii*;
- 2) *Jus Connubium*;

3) *Jus Suffragii*;

4) *Jus Honorum*, y

5) *Provocatio Ad Populum*.

La esclavitud y la muerte civil fueron causas extintivas de la personalidad, de tal manera que el esclavo se reputaba cosa y era declarado civilmente muerto, perdía todos sus derechos; cesando por ministerio de ley sin necesidad de orden judicial su personalidad.

Sin embargo, ni la esclavitud ni la muerte civil lograron extinguir todos los deberes de la persona, aun cuando se extinguieran sus derechos.

Para que la esclavitud se considerara como extintiva de la capacidad de goce era necesario que el esclavo careciera de derechos subjetivos y de deberes, lo cual resultaba imposible, ya que desde el punto de vista penal jamás se le podía considerar como un sujeto irresponsable, puesto que era juzgado y sancionado, así pues el esclavo era considerado persona desde el punto de vista penal.

La muerte civil traía como consecuencia la pérdida de todo el status de la persona, desde el punto de vista de sus facultades, era suprimida por el derecho, bien como una pena o como consecuencia del voto religioso que originaba para los efectos jurídicos la extinción de todas esas facultades.

Cuando la muerte civil era consecuencia de la pena sufrida, estando el individuo en prisión, mantenía su capacidad y su personalidad como base para imponerle deberes desde el momento en que debería observar cierta conducta en la cárcel, incurriendo en determinadas sanciones si no observaba la conducta reglamentaria.

⁶¹ MORALES CASTRO, José Ignacio.- ob. cit., p. 167.

Por lo que respecta a la mujer, su condición en las legislaciones antiguas la colocaban en situación de grave inferioridad con respecto al hombre, sometiéndola a tutela perpetua, excluyendo a las hijas de la sucesión. En cuanto al estado conyugal no podía la mujer sin la autorización del marido hacer donaciones, enajenar bienes inmuebles, hipotecarlos, contratar préstamos, ceder o cobrar capitales, comparecer en juicio relativo a tales casos. No podía ejercer el comercio sin el consentimiento expreso o tácito del marido.

Prescindiendo del estado conyugal como soltera o viuda, sufría la mujer otras restricciones, siéndole negadas ciertas funciones de derecho privado, a más de aquellas propias del Derecho Público, no podía ser testigo en los testamentos, no podía asumir la tutela, protutela, la curatela, ni formar parte del consejo de manila, salvo que fuese ascendiente o hermana germana no casada o cónyuge del incapaz y no podía actuar como arbitro.

En la actualidad todo esto ha desaparecido, pudiéndose decir que la situación jurídica de la mujer en el Derecho Privado es igual a la del hombre.

La doctrina romana de la capacidad se desenvolvía en torno al triple status de que gozaba la persona, siendo éstos el *status familiae*; *status civitatis* y el *status libertatis*; de los cuales los dos últimos constituían condiciones esenciales de la capacidad jurídica y el primero daba lugar a la distinción de persona independiente y persona dependiente.

Hoy, desaparecida toda huella de esclavitud, equiparada la condición del extranjero a la del ciudadano en cuanto al goce de los derechos civiles, y transformado el contenido y la esencia de poderes familiares, que no suprimen como antaño la capacidad jurídica, es condición única para ser sujeto de derechos en el Derecho Moderno; la de: "ser persona".

En efecto la capacidad debe ser reconocida no sólo como el atributo más importante de la personalidad, sino también como su atributo esencial, toda vez que la persona es el sujeto capaz de contraer derechos y obligaciones.

Con respecto a lo que se entiende como capacidad jurídica, veamos ahora algunos conceptos, que nos proporcionan grandes tratadistas.

Felipe Clemente de Diego afirma que: "La capacidad jurídica, como atributo esencial del hombre, no puede faltar en ninguno y es reconocida en todos desde el momento en que existen"⁶⁴.

Cuando hacemos indicación de lo que es la capacidad, no podemos aceptar que quede sometida al estado civil de la persona, porque a éste se le considera en función de la posición que el individuo tiene frente a los demás y en cambio, la capacidad se refiere a la estructura jurídica, casi similar a la estructura orgánica del individuo.

Capacidad es un vocablo jurídico que como lo hizo la *Instituta de Justiniano*, tiene su lado negativo, siendo este la incapacidad, la cual se encuentra regulada en el derecho civil de fondo como en el procesal. De ahí que se reconozca su aspecto positivo que es la aptitud que tiene un individuo para disfrutar y cumplir por sí mismo derechos y obligaciones.

Cuando se dice disfrute se hace referencia al aspecto genérico de la capacidad, es decir a su goce, cuando se habla del cumplimiento de derechos y obligaciones nos situamos ante la capacidad de ejercicio. Desde el punto de vista de su goce éste no tiene obstáculos; en cambio en el perfil de su ejercicio, encontraremos numerosos requisitos que determinarán la posibilidad de que ésta entre en funciones.

Julien Bonnacase señala que: "La capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho y la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y para

⁶⁴ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario.- ob. cit., p. 31.

ejercer derechos por sí mismo⁶⁵, es decir la capacidad de goce es total y la de ejercicio parcial.

Jurídicamente capaces son los hombres y además ciertas organizaciones que sirven a determinados fines. La capacidad jurídica de las personas es la aptitud para ser titular de las relaciones que le afectan. Así pues el concepto de capacidad jurídica presupone el concepto de persona.

El principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho, está constituido por su capacidad jurídica o capacidad de derecho, que es la aptitud para ser sujetos de derechos subjetivos en general, de tal forma que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica, ya que ésta es el atributo inseparable de la persona humana que se adquiere por el hecho mismo de la existencia y acompaña al sujeto hasta su muerte.

Rafael Rojina Villegas, señala que la capacidad jurídica no es un derecho subjetivo, sino que es el antecedente lógico de los derechos subjetivos singulares, es una cualidad jurídica y que está ampliamente concedida en nuestra Constitución, específicamente en el artículo 22 donde establece que nadie puede ser privado por motivos políticos de la capacidad jurídica⁶⁶.

Con relación a las personas físicas, la capacidad jurídica, en su aspecto dinámico como aptitud de obrar, aparece a veces limitada por circunstancias subjetivas de determinadas personas, sin que ello signifique restricción o limitación de su capacidad jurídica considerada en abstracto.

Estas limitaciones o restricciones de la capacidad de obrar, históricamente han sido establecidas por una variedad extraordinaria de causas, habiendo desaparecido

⁶⁵ Íbid.- p. 32

⁶⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, ob. cit., p. 432.

actualmente en virtud del espíritu igualitario de las leyes modernas, las fundadas en el sexo, la clase social, las ideas políticas, las creencias religiosas, etc.

En el derecho mexicano, la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas en la ley, son considerados como restricciones de la capacidad de obrar; que no significan menoscabo de la dignidad de la persona, pero advirtiendo que los incapaces pueden ejercer sus derechos o contraer obligaciones a través de sus representantes.

La capacidad comprende dos aspectos:

- 1) La capacidad de goce, que es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, y
- 2) La capacidad de ejercicio, que es la aptitud para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones

Mediante la capacidad de goce todas las personas se encuentran en la posibilidad de participar en la vida jurídica. La capacidad de goce les corresponde a todas las personas, la persona puede existir sin que posea la capacidad de ejercicio, ya que el titular de un derecho puede ser capaz o incapaz para hacerlos valer por sí mismo y a las personas que no tienen la capacidad de ejercicio se les reconoce como incapaces y pueden ejercer sus derechos y obligaciones como ya se mencionó anteriormente, por medio de su representante.

En la moderna legislación francesa, la capacidad de goce pertenece en principio a todos los individuos, toda persona cualquiera que fuese su edad, sexo, estado y aún su nacionalidad tiene el goce de los derechos civiles. Es decir, la capacidad de derecho es privativa de todos los hombres por el mero hecho de serlo.

Felipe Clemente de Diego, señala que "La capacidad jurídica, como atributo esencial del hombre, no puede faltar en ninguno y es reconocida en todos los hombres desde el momento en que existen"⁶⁷.

La capacidad de goce a la que el Código Civil también reconoce en su artículo 22 como capacidad jurídica, es en la actualidad que todos los seres humanos desde que vienen en la vida extrauterina están dotados de capacidad de derecho.

El profesor Rafael Rojina Villegas, propone una escala de grados de capacidad de goce, veamos cuáles son:

Grados de Capacidad de goce :

Primero.-El grado mínimo de capacidad de goce existe en el ser concebido pero no nacido.

Nuestro Código Civil en su artículo 337 señala "Para los efectos legales, sólo se refuta nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil..."⁶⁸.

¿Porque requiere nuestro Código esta condición?, bueno, porque esto permite al feto tener los derechos subjetivos patrimoniales, como el derecho de ser heredero, recibir legados o donaciones al recién nacido, para que se pueda determinar su condición de hijo legítimo. También para que se le pueden transmitir los demás derechos reales como es el usufructo de bienes, el derecho de uso de habitación; puede adquirir los derechos de garantía, hipoteca, prenda, otorgándole estos derechos la posibilidad de ser acreedor y tener una garantía real para el pago de su crédito, reclamable por conducto de su representante legal.

⁶⁷ MAGALLÓN IBARRA. Jorge Mario.- ob. cit., p. 30

⁶⁸Ibib.-p. 32.

Así también por la herencia, legado o donación el concebido puede adquirir derechos personales, derechos de crédito, convirtiéndose en acreedor para todos los efectos legales.

Podemos determinar entonces que la esfera jurídica del ser concebido, es exclusivamente de índole patrimonial, extendiéndose a los derechos de acción y a las garantías individuales, incluyendo el derecho de pedir amparo en la medida necesaria para proteger sus derechos patrimoniales.

Dentro del status de la persona se dan dos esferas: la patrimonial y la no patrimonial. La primera está integrada por derechos de crédito y personales y derechos reales. La segunda se integra por derechos subjetivos que no son valorizables en dinero, siendo éstos los derechos públicos subjetivos que son los derechos políticos propios del ciudadano, los derechos de acción, de petición, las garantías individuales, derechos privados subjetivos como los derechos de potestad y los derechos del estado civil⁶⁹.

Segundo.- El menor de edad tiene capacidad de goce, sin embargo ésta se encuentra restringida, pudiendo ser titular de derechos y obligaciones.

El menor de edad goza de los derechos patrimoniales ya que tiene plena capacidad de goce para adquirirlos, tiene los derechos políticos que se le otorgan al mayor de edad, los derechos de acción y petición también los tiene aunque no puede ejercerlos directamente, pero sí los puede hacer por medio de un representante.

Puede contraer matrimonio, si tiene la edad de dieciséis años, así como también puede celebrar su testamento. Los derechos de potestad sobre sus hijos legítimos los adquiere cuando se celebra su matrimonio antes de su mayoría de edad, pudiéndola ejercer sobre sus hijos legítimos. Los derechos del estado civil se imputan también al

⁶⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael.- ob. cit., p. 441.

menor en razón del estado que guarda dentro de una familia por virtud del parentesco, matrimonio o adopción⁷⁰.

Tercero.- Los mayores de edad que se encuentran limitados en su capacidad de ejercicio.

Se hace una distinción entre los mayores en pleno uso y goce de sus facultades mentales y aquellos que no las tienen. A estas personas no afecta su capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, pero sí en cuanto a las relaciones familiares, como lo es en el caso de la patria potestad, derivado de que no pueden gobernarse a sí mismos, por lo que no pueden desempeñar la función educativa, ni la representativa inherente a la patria potestad o la tutela.

Sin embargo, la capacidad de los mayores de edad en pleno uso de sus facultades también se encuentra limitada, por ejemplo para ser Presidente de la República Mexicana se requiere tener 35 años de edad, para ser Senador o Secretario de Estado se requiere 21 años de edad, además de otros requisitos, que el sujeto al no cubrirlos no es considerado una persona capaz.

No existe persona alguna que sea capaz al cien por ciento, es decir que se den todas las capacidades en un ser humano, sin embargo si entendemos que habiendo capacidad de goce, existe capacidad de ejercicio, pero no puede haber capacidad de ejercicio sin capacidad de goce.

En resumen: en la antigüedad, en Roma, las personas nacían con la capacidad de goce. La capacidad de ejercicio, se desenvolvía en torno al triple status (*civitatis, familiae y libertatis*) quien no gozaba de dicho status, se decía que no tenía capacidad. Las personas que eran declaradas muertas civilmente, dejaban de existir para el derecho civil, sin

⁷⁰ íbib.- pág. 444

embargo para el derecho penal, seguían teniendo una capacidad, puesto que tenían que cumplir con sus deberes en caso de desobediencia de alguna conducta establecida.

En la época actual, toda persona desde su concepción, tiene la capacidad jurídica, toda persona goza de ésta capacidad, y a su vez esta capacidad se encuentra dividida en capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Anteriormente, la mujer también se encontraba limitada en cuanto a su capacidad de ejercicio; sin embargo en estas fechas, la mujer ya goza de la misma capacidad que el hombre, ya no tiene limitantes, excepto aquellas que le han sido decretadas por ley.

No importa si la persona goza de una incapacidad, en este caso la incapacidad sería en cuanto a ejercer sus derechos y obligaciones, ya que su capacidad de goce no se ve afectada, en virtud de que sus derechos y obligaciones los puede hacer válidos a través de su representante legal.

Por ello, en cuanto a la donación de órganos, tejidos y cadáver humano, únicamente pueden realizar la donación, las personas físicas que tengan la capacidad de ejercicio, ya que los menores de edad necesitarán del consentimiento de sus tutores o representantes legales. En el capítulo IV, se abordará más sobre el tema.

II.3 B) La Capacidad de Ejercicio del Sujeto de Derecho.

La capacidad de ejercicio se adquiere a partir de los dieciocho años, esto establece el artículo 646 del Código Civil para el D. F. Sin embargo, aquellas personas incapacitadas, tales como los que hacen uso de estupefacientes, los ebrios consuetudinarios, los que padezcan locura, pueden hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por medio de un representante.

A la capacidad de ejercicio se denomina también capacidad de obrar y de hecho, esta capacidad se da en las personas que debido a la madurez de su razón, además de gozar un pleno discernimiento, conoce el alcance y límites de sus derechos y deberes.

En cuanto al tema de las donaciones, es necesario que la persona al realizar la cesión gratuita de sus órganos, tejidos o cadáver humano, tenga la capacidad de ejercicio, es decir que este plenamente consciente del acto que está realizando.

De Buen señala que existen diferentes capacidades y que no se pueden dar todas éstas en una sola persona, ya que las mismas son relativas a los derechos y obligaciones que el hombre puede gozar o que se impongan, ya que para ejecutar un derecho, necesita tenerlo y siendo múltiples los derechos tales como reales, de obligaciones, familiares, de sucesión, etc., a cada uno correspondería una necesidad determinada.

En mi opinión, considero que efectivamente, aún cuando tengamos la capacidad de ejercicio, no se tiene una capacidad multifuncional, si entendemos que la capacidad de ejercicio es la capacidad de obrar, de hacer valer esos derechos y obligaciones, por tanto y derivado de la situación de derecho en que nos encontremos, correspondería entonces una necesidad determinada para hacer valer éstos.

En virtud de lo anterior, el paso del tiempo así como algunos acontecimientos son los que originan la posibilidad de actuar en la vida jurídica afectándola ya sea de manera pasiva o activa.

Predomina entonces una actitud dinámica del sujeto, que realiza una serie de actos jurídicos para adquirir y ejercitar derechos así como asumir las obligaciones correspondientes, luego entonces la capacidad de ejercicio parte de una incapacidad de ejercicio, que se da en un menor de edad, hasta una cabal capacidad de ejercicio, sin más limitaciones que las establecidas por la ley al efecto.

Para **Alberto Trabucchi**, existe en la capacidad de ejercicio la capacidad sustancial y la procesal, entendiéndose como sustancial la aptitud para obligarse, celebrar actos o negocios jurídicos, y cumplir personalmente sus obligaciones, así como para administrar y disponer libremente de sus bienes. La procesal es cuando la persona comparece a juicio

sin necesidad de hacerlo mediante su representante legal, es decir la aptitud para defender en juicio los derechos que le correspondan.

En realidad la capacidad de ejercicio supone que la persona es apta para gobernarse por sí misma en las diversas contingencias de la vida.

En virtud de las reformas que se suscitaron en nuestra Constitución y en el Código Civil, unificaron que la mayoría de edad comenzará a los dieciocho años, ya que anteriormente la edad civil lo era a los veintiún años, sin distinción de sexo, nacionalidad o estado civil. Sin embargo en materia penal la mayoría de edad comenzaba a partir de los dieciocho años, siendo así que si un infractor de las disposiciones penales tenía dieciocho años al cometer el ilícito era juzgado por un Juez penal, pero si su edad era inferior a los dieciocho años, era juzgado por un Tribunal de Menores o Consejo Tutelar.

En materia política la mayoría de edad comenzaba a los dieciocho años si era casado y a los veintiuno si era soltero, en materia militar comenzaba como hasta la fecha a partir de los dieciocho años. Por lo que respecta a materia laboral, la mayoría de edad se establece actualmente a los dieciséis años, ya que la Ley Federal del Trabajo considera que los mayores de catorce años tienen plena capacidad para celebrar contratos de trabajo.

Creo, que en este caso la materia laboral va adelantada en cuanto a considerar que una persona con dieciséis años ya es capaz de celebrar contratos laborales, pues considera que ya sabe lo que es tener derechos y obligaciones. Tal vez porque ahora se ha visto a más niños de catorce años desempeñando una función, como lo son los despachadores en los centros comerciales. Además resulta necesario que tengan que irse adaptando a los cambios de vida que se suscitan en éstas, pues debido a que existe una forma de vida acelerada, en donde los padres trabajan al mismo tiempo, para poder proporcionarles mayor estabilidad económica, los jóvenes tienen que enfrentarse con la realidad, tienen que tomar sus decisiones, así como cumplir con sus obligaciones. Por ello

considero que las personas que cuentan con dieciséis años ya tienen una madurez en su razón y son plenamente conscientes de los actos que realizan y que bien pueden ser sujetos de otorgar en cesión gratuita sus órganos y tejidos para salvar una vida.

El profesor **Rafael Rojina Villegas**, nuevamente propone una escala de grados de capacidad de ejercicio; revisémoslos ahora.

Grados de capacidad de ejercicio:

Así como existen grados de incapacidad, también lo hay de grados de capacidad, los cuales se refieren que a lo largo del transcurso de la vida de cada persona, va desarrollando la capacidad de poder ejercer sus derechos y obligaciones.

Primero.- El grado mínimo de capacidad de ejercicio le corresponde al concebido pero no nacido, así como a los mayores de edad, privados totalmente de inteligencia, en virtud de carecer de la facultad de ejercer por sí mismos sus derechos y hacer cumplir sus obligaciones;

Segundo.- Le corresponde al incapacitado que no disfruta de cabal juicio, pero que sin embargo tiene intervalos lúcidos, ya que carece de aptitud para participar personalmente en la vida jurídica, aunque puede otorgar testamento en un momento de lucidez, puesto que este es un acto personalísimo que no lo puede realizar su representante;

Tercero.- Lo ocupa el menor de edad, pues si bien es cierto que carece de facultad para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, también la ley lo autoriza a realizar su testamento si ha cumplido los dieciséis años o para administrar sus bienes producto de su trabajo;

Cuarto.- Se da en el menor emancipado, pues aún cuando tiene la libre disposición de sus bienes, tanto los que haya adquirido por su trabajo, como

los que adquiera por cualquier otro título, necesita la autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes reales, así como de un tutor para que celebre negocios jurídicos, y

Quinto.- Se da en el mayor de edad, quien tiene pleno uso de sus facultades mentales y es capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones.

Luego entonces, la capacidad de ejercicio toma en consideración a la persona por ser apta para gobernarse por sí misma en las diversas contingencias de la vida.

A la capacidad de ejercicio, se le entiende como la aptitud de ejercer los derechos y obligaciones, y esta aptitud se adquiere en el derecho civil, a partir de los dieciocho años, la Constitución, nos establece que somos ciudadanos mexicanos al haber cumplido los dieciocho años de edad. La capacidad de ejercicio tiene su lado negativo, que en este caso es la incapacidad, que es aquella en virtud de la cual, la persona no puede actuar por sí misma, sino que lo hace a través de un representante.

Los menores de edad, para el caso de los trasplantes no son considerados plenamente capaces y solamente pueden realizar la donación de la médula ósea y a través de sus tutores o representantes legales. Para el caso que quieran donar el cadáver de un menor de edad, la autorización también la debe realizar quien en vida del menor haya sido su representante legal.

Por eso, es importante que la persona goce de la capacidad de ejercicio, ya que al tener ésta, la persona realizará un acto del cual está consciente y segura de realizarlo. Sin embargo, pueden existir muchas capacidades y no existe una persona que tenga todas, por tanto, el hombre realiza estas capacidades en virtud de una necesidad determinada que puede ser edad, profesión, nacionalidad, etc.

También es cierto que algunos autores, consideran que todos gozamos de la capacidad de ejercicio, aunque algunas personas en menor escala, como son los

concebidos, que tienen una mínima capacidad, posteriormente los incapacitados con períodos lúcidos, seguirían los menores de edad, los emancipados y el que tendría la plena capacidad lo es el mayor de edad.

Concluiría que, con el solo hecho de tener lucidez, gozar de facultades mentales para hacer valer nuestros derechos y obligaciones, ya somos sujetos de capacidad de obrar.

II.4.- La Incapacidad del Sujeto de Derecho.

El Derecho Romano, fuente e inspiración del derecho, conoció y reglamentó la figura de la incapacidad, pues como ya se comentó en el capítulo I, hacían una división de personas; siendo las libres, esclavos, peregrinos, etc. Y antes que la personalidad, se encontraba el *status*, pues el ciudadano romano tenía determinada su cualidad de persona o de cosa, de ciudadano o de extranjero frente al derecho privado según su *status*.

La conducta de los individuos, determinada por declaraciones oficiales, influye en la capacidad del sujeto para ocupar puestos públicos, votar, desempeñar la tutela, ser testigo, etc., posteriormente con el arraigo del cristianismo, el pertenecer a una religión distinta de la oficial causaba ciertas incapacidades.

Para las personas que sufrían una incapacidad de ejercicio, el derecho romano presentaba una amplia gama de casos, en la que se encuentran: los *furiosi*, los *infantes* (*sui juris*, menores de siete años), las personas entre los siete y doce años en las muchachas y entre los siete y catorce años en los varones, llamados *impúberes*, los menores de veinticinco años, los esclavos, los extranjeros, etc.

En la actualidad el estudio de la incapacidad, reviste de gran interés por su trascendencia en el campo jurídico. La ausencia de capacidad como parte del elemento del acto jurídico, trae como consecuencia la incapacidad.

Forma parte del vocablo "incapacidad" el prefijo "in", que denota negación o "ausencia de", por lo que la incapacidad es la falta de aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones y de ejercerlos por sí mismo⁷¹.

Por tanto, la capacidad jurídica corresponde a todo hombre, pero ésta puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se priva al sujeto de algunos derechos.

Sin embargo, esta limitación a la capacidad, por extensa que sea, no aniquila la capacidad jurídica, pues sigue manteniendo derechos, ya que la falta de capacidad es suplida mediante una representación, en virtud del cual otra persona obra en nombre y en interés del sujeto incapaz.

No sucede lo mismo con la capacidad de obrar, toda vez que ésta se refiere a la capacidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos, es decir una capacidad de querer y no todas las personas la tienen. Una persona no puede asumir todas las capacidades, ya que éstas se otorgan en razón de ciertos y determinados supuestos normativos, dependiendo de los distintos motivos, pudiendo ser edad, nacionalidad, estado civil, etc.

Se dice que hay dos tipos de incapacidad:

- 1) Incapacidad Natural
- 2) Incapacidad Legal

Incapacidad Natural.- Es la persona que sufre de estados permanentes de inconsciencia, así como de aquellas que tienen estados transitorios de perturbación de las facultades psíquicas, podemos decir que en este grupo entran los locos, los ebrios consuetudinarios, los que hacen uso constante de drogas.

⁷¹ MONTARCE LASTRA, Antonio.- "La voluntad individual y el límite de las incapacidades de derecho", Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, Argentina 1949, Año XII, 3a. época, N° 58-59, p. 21. (Citado por Montero Duhal, Sara en Revista Jurídica de Derecho, Facultad de Derecho UNAM, Tomo XVI, jul-dic. 1966, N° 63-64, p. 827.

Incapacidad Legal.- Se da cuando la ley determina que aquellas personas que consideraba capaces están privadas del ejercicio de su derecho en razón de la minoría de edad, las que son declarados enfermos mentales, etc., es decir esta incapacidad deviene de la incapacidad natural.

Julien Bonnecase, dice que se dan tres categorías de causas de incapacidad, siendo éstas⁷²:

- 1) La voluntad de proteger a la persona, que se da por necesidad, en razón de la edad, locura, prodigalidad e imbecilidad, toda vez que al no tener la capacidad de ejercicio es necesario que sean representados a fin de que otra persona obre en nombre y en interés del incapaz.
- 2) La idea de pena, es aquella que se da por determinadas condenas penales, pues la persona en quien recae una condena penal queda privado de su derecho o capacidad de obrar.
- 3) La concepción de la organización familiar, la cual se da por la incapacidad de la mujer casada.

En tiempos actuales ya no opera la incapacidad de la mujer casada, gracias al espíritu igualitario de las leyes.

A las formas positivas de capacidad de derecho y capacidad de ejercerlas, se le enfrentan las formas negativas de la capacidad, siendo la de hecho y de derecho. De tal forma que para que exista cualquiera de las dos incapacidades, es necesario que exista una disposición especial restrictiva de la libertad o de la potestad de que se trate y por lo tanto las incapacidades son de interpretación restrictiva, en razón de que el incapaz no

⁷² BONNECASE, Julien.- Elementos de Derecho Civil, T.I; Traducción del Lic. José Ma. Cajica Jr., Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, p. 186.

puede actuar por sí mismo, porque existe una prohibición legal que le impide esa actividad, como lo es por ejemplo que un menor de edad no puede celebrar un contrato de compraventa.

La profesora Sara Montero Duhalt, nos dice que la incapacidad de derecho a la que también se le conoce como de goce, pasiva, etc., es aquella que limita parcialmente la capacidad, es decir no existe ninguna persona que esté privada de manera absoluta de la capacidad, en virtud de que por el solo hecho de ser una persona se tiene la capacidad de goce. Lo que sí hay son limitaciones impuestas por la ley a aquellas personas, que en determinadas circunstancias no pueden adquirir ciertos derechos y realizar ciertos actos⁷³.

Las prohibiciones que impone la ley pueden ser en razón de su oficio, profesión, investidura o función e inspiradas en consideraciones de orden público. No son prohibiciones establecidas en atención a su condición de sujeto de derecho, sino en razón de su actividad. Como lo es por ejemplo la prohibición que se les da a las personas que desempeñen funciones en un juzgado, de los cuales no pueden ser nombrados tutores o curadores.

Se entiende por incapacidad de obrar o de ejercicio la inhabilitación de los sujetos para poder actuar por sí mismos, por causas inherentes a las condiciones de su propia y particular naturaleza psíquica; aquí sí se entiende que las limitaciones impuestas por la ley son en razón de la persona y no a su profesión o actividad.

En esta incapacidad de obrar existe una protección y representación, en el primero de los casos por ser un individuo débil, y en el segundo por los actos que desee realizar, éstos dos actos obedecen a que se desea proteger al incapaz, evitándole un daño en sus intereses personales y patrimoniales, ya que no puede celebrar actos jurídicos.

⁷³ CLARIA, Carlos H.- "Incapacidad de derecho en el Código civil Argentino", Cuaderno de los Institutos, N° 90, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. 1964.- p. 62.

Por eso, la ley establece medios para actuar en nombre y en representación del incapaz, estos medios de los que se vale el orden jurídico para suplir las deficiencias de los incapaces se llaman instituciones de guarda y protección de los incapaces, las cuales realizan las funciones de representación y protección.

Es decir, la incapacidad de hecho se vincula de manera directa al elemento psíquico de la voluntad, existiendo personas que por su propia naturaleza (menores de edad) y sujetos que por su estado particular (enfermedad mental, vicios etc.) son reputados por la ley como carentes de actitud para actuar en la vida jurídica.

En nuestro Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales se señalan las siguientes causas de incapacidad:

"Artículo 450.- tienen incapacidad natural y legal:

- 1) Los menores de edad, y
- 2) Los mayores de edad que por causas de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla"⁷⁴.

A lo largo de la historia, se han establecido diferentes grados de incapacidad de obrar. A continuación, se explicarán algunas de ellas.

Minoría de edad.- A través de la historia han existido divergencias en las leyes respecto de la fijación de la edad o de las condiciones para alcanzar la plena capacidad jurídica. Según la tradición germánica, no había edad determinada para que una persona pudiera comenzar a disfrutar y ejercer

⁷⁴ Código Civil para el D. F.- Ediciones Fiscales Isef, ob. cit., p. 62.

sus derechos, sino que ello dependía del hecho de que pudiera llevar la framea y el escudo.

El *Fuero Juzgo*, establecía la mayoría de edad en los huérfanos a los quince años, pero si la madre vivía, ésta estaba capacitada para ejercer la tutela, previo inventario que se hiciera de los bienes del menor.

En nuestro derecho mexicano los menores de edad tienen una capacidad restringida en los siguientes casos:

- ♦ El derecho a contraer matrimonio si no han cumplido los dieciséis años ambos contrayentes. (art. 148 Código Civil)
- ♦ Del derecho de reconocer al hijo natural, sin el consentimiento de quien ejerza la patria potestad. (art. 362 Código Civil)
- ♦ Del derecho de adoptar, siempre y cuando se tengan más de veinticinco años y que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado. (art. 390 Código Civil)
- ♦ Del derecho de testar, en el testamento ológrafo sólo puede ser otorgado por las personas mayores de edad. (art. 1551 Código Civil)

Como vemos, el menor de edad tiene limitaciones para actuar en la vida jurídica, puesto que no tiene capacidad de ejercicio, es titular de derecho, pero no puede ejercitarlos directamente.

Puede suceder que no se conozcan a los padres porque ya fallecieron o se encuentran desaparecidos y que no existiera persona alguna para ejercer la patria potestad, ante esta situación, el menor de edad no puede quedarse desamparado, es por eso que el ordenamiento jurídico se ve en la necesidad de prever y proveer esta

contingencia, por lo que para proteger los derechos del menor así como del cumplimiento de sus obligaciones se establece la figura jurídica denominada tutela.

Por lo que se refiere a la representación **Serrano y Serrano** nos dice: "los menores incapaces que no pueden valerse por sí mismos, necesitan que se les represente y complete su falta de capacidad. Esta función la cumple la patria potestad, institución natural que no necesita del derecho positivo para actuar; aunque no hubiera Estado habría patria potestad, porque el hijo viene al mundo necesitado de protección y dirección y porque, por impulsos naturales innegables, los padres se sienten obligados e inclinados a actuar con esa potestad, al mismo tiempo tuitiva y de mando. De mando para mejor actuar la protección al hijo y tuitiva porque lo defiende y ampara. Por eso, el Estado que se encuentra con la patria potestad, la convierte en un poder jurídico, regulándola en sus preceptos"⁷⁵.

Para **Sánchez Román**, la patria potestad es la institución principal derivada del Derecho Natural, mientras que la tutela o guarda es la institución secundaria producto del derecho civil⁷⁶.

Luego entonces, decimos que la edad tiene gran importancia para determinar la capacidad de las personas, aunque ésta no especifique que el individuo tiene plena madurez intelectual.

Por ello las legislaciones jurídicas antiguas, pero más realistas del pasado, tomando en cuenta el escaso desenvolvimiento del comercio y las relaciones sociales, calificaron la capacidad de las personas no por su edad, pero sí por la aptitud en el desarrollo de su vida independiente, de la inteligencia y de la pubertad.

⁷⁵ SERRANO Y SERRANO.- Comentarios a la Sentencia del 18 de octubre de 1947. "ADC", 1948, p. 1171, citado por LETE DEL RIÓ, José Manuel en "Pasado y Presente de la tutela o guarda de menores o Incapacitados". En Revista de Documentación Jurídica, Tomo XVI, Ene-Mar, 1984, Madrid España, p. 15.

⁷⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, Estudios de Derecho Civil, Tomo V. Volumen I, 2a. Edición, Edit. S/d. Madrid. 1912, p. 1276, citado por LETE DEL RIÓ, José Manuel.- ob. cit., p. 16.

Mayoría de edad.- Sujetos a interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes. Estas diferentes formas de incapacidad que perturban la inteligencia no afectan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, es decir no impiden al sujeto ser titular de derechos y obligaciones de orden pecuniario, más sin embargo sí afectan la capacidad de goce en las relaciones familiares, sobre todo en la patria potestad en virtud de que las personas no son aptas para ejercer dicha facultad, ya que se encuentran privados de inteligencia, pues sus facultades mentales están perturbadas, por lo que no pueden desempeñar la función educativa y representativa inherente a la patria potestad o tutela⁷⁷.

Se puede decir que las personas que sufren de idiotismo, imbecilidad y locura tienen ausencia de inteligencia, pues no son capaces de tomar acciones y ejercerlas, por tanto el ejercicio del derecho se funda sobre la voluntad del sujeto y cuando la persona tiene alteradas sus facultades mentales no puede actuar válidamente, así pues las enfermedades que realmente modifican la capacidad jurídica son las mentales.

Reseñaremos un poco de historia en relación con la opinión de otros países en cuanto a la incapacidad:

Para el Fuero Viejo, la mayoría de edad se adquiría al cumplir el hombre los 16 años, sin embargo el huérfano mayor de siete años y la huérfana mayor de 12 años podían disponer de sus bienes en favor de su alma.

El Fuero Castilla, declaró la mayoría de edad a los veinticinco años. Para el Fuero Real el testigo tenía que ser mayor de dieciséis. Las Partidas señalan que el testigo en una causa criminal debía contar con veinte años o más.

⁷⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael.- ob. cit., p. 444.

En el Código Civil alemán: **Enneccerus** sostiene que, quien no puede cuidar de sus asuntos a consecuencia de una enfermedad mental o de espíritu débil, es declarado incapaz de obrar⁷⁸.

El Código Civil suizo establece que los mayores de edad que por causa de enfermedad o de espíritu débil resulten incapaces de administrar sus negocios, se les somete a Tutela⁷⁹.

Para el Código Civil italiano de 1942, el mayor de edad y el menor emancipado que se encontraban enfermos mentales, además de ser incapaces de proveer a sus propios intereses se les sometía a interdicción. Si el estado de salud del enfermo mental no era tan grave, entonces sufría una inhabilitación. También se inhabilitaba a aquellos que abusaban habitualmente de las bebidas alcohólicas o de estupefacientes, ya que se exponían a sí mismos y a su familia a graves perjuicios económicos⁸⁰.

Si quien estaba afectado de grave enfermedad mental lo era un menor, su incapacidad quedaba absorbida por sus progenitores, en razón de su edad y de que sus padres vivieran, éstos se harían cargo mediante la figura jurídica de la patria potestad, pero si la enfermedad persistía más allá de la minoría de edad y la patria potestad ya hubiese cesado, entonces el menor era declarado por medio del juicio de interdicción, incapaz.

Ahora bien, estos incapaces no podían celebrar actos jurídicos por sí mismos, sino que necesitaban que alguien los representase para que a su vez, por medio de su conducto hiciera valer las acciones y derechos del incapaz y celebrar los actos jurídicos de administración o de dominio y mediante autorización judicial.

⁷⁸ BONET, Francisco Ramón. Compendio de Derecho Civil, p. 365.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem.

Ignacio Galindo Garfias, señala que la incapacidad en algunas de las veces se le debería llamar prohibición, ya que el individuo es plenamente capaz pero por alguna circunstancia se le priva del derecho de contraer obligaciones. Algunas prohibiciones las tienen los extranjeros, pues el artículo 27 fracción I constitucional, condiciona la adquisición de tierras, aguas y sus accesorios, así como las concesiones para la explotación de minas y aguas comprendidas dentro del territorio nacional. En este caso no puede decirse que se trate de una incapacidad sino que es una prohibición constitucional impuesta a las personas extranjeras.

Roberto de Ruggiero, señale que el sistema del Código Civil argentino se basa en el principio "que la incapacidad legal ya sea por minoría de edad o por enfermedad mental, es causa de anulabilidad de los actos y no vendría a salvar éstos la prueba contraria de la madurez de juicio del menor de edad o de la curación del sujeto a interdicción. Fuera de la incapacidad legal, no se tiene en cuenta otra incapacidad que se de por vicio o perturbación psíquica⁸¹".

Significa entonces que el Código Civil argentino considera que un menor de edad no puede tener la madurez suficiente para poder celebrar un contrato, pero yo creo que en esta época un menor de edad de 14 años ya ha madurado suficientemente, máxime si desde pequeño ha tenido que trabajar para ayudar al sostenimiento de su casa, pues ya se da perfecta cuenta de la situación económica, social y cultural que padece su familia, obligándolo a madurar emocionalmente en forma más rápida, que cuando se le proporcionan todas las comodidades

Los enfermos mentales no pueden celebrar actos jurídicos familiares como son el matrimonio, reconocimiento de hijos y adopción. En estos casos no se da la figura jurídica de la representación, por lo que se refiere a materia de contratos tampoco puede celebrarlos aún cuando tenga intervalos lúcidos, pero sí puede celebrar testamentos,

porque el testamento es un acto personalísimo que no se ejecuta frecuentemente, no es un negocio que por celebrarse perjudique al incapaz, sino más bien es un hecho sentimental que surte efectos después de la muerte del incapaz. Por lo que se refiere al contrato, este se celebra con mayor frecuencia, no es un acto personalísimo, implica una actividad de lucro, por lo que es necesaria la representación del incapacitado en este tipo de actos jurídicos⁸².

En cuanto a la dipsomanía y toxicomanía en ciertos aspectos estas enfermedades pueden asimilarse a las enfermedades mentales ya que la ingestión habitual de drogas o de alcohol, trae como consecuencia trastornos mentales de grado diverso que llegan en algunos casos al extremo de la locura total. Sin embargo, estas enfermedades no son congénitas sino adquiridas, por lo que en la mayoría de los casos los enfermos son susceptibles de curación y rehabilitación.

Por lo que se refiere al condenado penalmente, también existe incapacidad en razón de que se encuentra afectado de una incapacidad de disposición en caso de que recibiera bienes a título gratuito, puesto que al estar privado de su libertad no puede administrar o gozar de ese derecho.

Tomando en cuenta la idea del maestro Ignacio Galindo, que nos dice que en algunas ocasiones la incapacidad es prohibición. Considero entonces que también tienen prohibición los condenados penalmente, pues el hecho de estar privados de su libertad, no significa que sean incapaces, pues al no gozar de su libertad "se suspenden o interrumpen los derechos políticos y de tutela, curatela, apoderado, defensor, albacea, perito o interventor de quiebra, arbitro y representante de bienes"⁸³. Viene siendo entonces una

⁸¹ RUGGIERO, Roberto de, Instituciones de Derecho Civil, Edt. Reims, 4ª edición, s/f, p. 361.

⁸²Ibid.- pp. 447, 448.

⁸³Código Penal y Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, artículo 50, Editorial Ediciones Delma, 3ª edición, México, 1994.

prohibición del ejercicio de esos derechos, que al momento de salir libre podrá volver a tener su cargo y su capacidad de obrar.

Anteriormente, a la mujer casada no se le consideraba capaz para celebrar contratos o enajenar sus bienes, debería contar con el permiso del marido para poder actuar. En la actualidad al igual que los derechos de la mujer con los del hombre ya no existen este tipo de prohibiciones, aunado a que la mujer se ha ido superando profesionalmente al igual que el hombre, ahora tiene la libertad de celebrar actos jurídicos sin el consentimiento de su esposo.

Para el caso del tema que nos ocupa, una persona incapaz no es susceptible de realizar la donación de sus órganos, tejidos o cadáver humano, ni en vida, ni para después de su muerte, pues lo prohíbe la Ley General de Salud.

En el caso de los menores de edad, únicamente pueden donar la médula ósea, pero el consentimiento de donación deberán otorgarlo sus padres o tutores.

Capítulo III.

LA NATURALEZA JURIDICA DEL CUERPO HUMANO.

Sobre este tema se han abordado diferentes teorías, las primeras concepciones jurídicas incluyeron al cuerpo humano en la categoría jurídica de "cosa", quedando sometido al derecho de propiedad.

Con el paso del tiempo y ante la igualdad del hombre con la ley, éste deja de ser esclavo, ya no es considerado cosa, ahora es un ser pensante con derechos y obligaciones, es una persona.

Ahora bien, el cuerpo humano con vida es sede de la persona y como tal es la persona misma, ¿pero cuál es su naturaleza jurídica? ¿Tiene la persona disponibilidad de su propio cuerpo? ¿Hasta dónde es dueño de sí mismo? ¿Puede comerciar con partes de su cuerpo, considerando a éste un derecho real?

A estas interrogantes se han dado diversas teorías, al respecto: la Ley de Trasplantes N° 21451 de Córdoba, Argentina establece: "El cuerpo de la persona viva y las partes que lo integran, mientras permanecen unidas, no pueden ser objeto de un derecho real porque no son cosas"⁶⁴.

Borrel Macía, afirma que "a manera o semejanza del derecho real, tenemos facultad dispositiva sobre nuestro propio cuerpo y la protección de la ley para impedir que nadie pueda sin nuestra autorización, usar del mismo"⁶⁵.

⁶⁴ BERGOLIO DE BROUWER, Ma. Teresa y BERTOLDI DE TOURCA, Ma. Virginia.- Los Trasplantes de Órganos entre personas con órganos de cadáveres.- Edit. Hammurabi, edición s/d., Buenos Aires Argentina. 1983, p. 16.

⁶⁵ BORREL MACÍA, Antonio.- La Persona Humana. Derechos sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de otros hombres, Edit. Casa Bosch, edición s/d, Barcelona, 1954, p. 19.

Para el maestro **Ernesto Gutiérrez y González**, señala que la naturaleza jurídica del cuerpo humano es la de: "un bien patrimonial moral o no pecuniario, derecho de la personalidad", sin embargo esta idea, no es muy clara a mi entender, por lo que analizándola, tendríamos primero que descifrar que significa patrimonio, moral y pecuniario:

"Patrimonio":- Deriva del término latino *patrimonium* y significa bienes que se heredan de los ascendientes, o los bienes propios que se adquieren por cualquier título;

"Moral":- Del latín *Moralis*, que no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia;

"Pecuniario":- Del latín *pecuniarius*, perteneciente al dinero efectivo y derechos de la personalidad son todas aquellas características que van ligadas a nuestra persona, tales como derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad al honor⁸⁰.

Una vez desglosados estos conceptos de naturaleza jurídica del cuerpo humano, entiendo entonces que: "el cuerpo humano es un bien", la persona realiza actos de apropiación sobre su propio cuerpo y las partes anatómicas desprendidas de él.

Roger Nerson, señala dos aspectos con respecto a la naturaleza del cuerpo humano:

Primera: "El hombre tiene un cuerpo y desea salvaguardar su integridad física".

⁸⁰ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto.- El Patrimonio, el Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad, Edit. Porrúa, 5ª edición, México, 1994, p. 733.

Segunda: "el hombre desea en el plano afectivo y moral, conocer la felicidad o, al menos, vivir en paz y no sufrir atentados a su libertad, a su honor, o a la intimidad de su vida privada"⁸⁷.

En mi opinión, considero que la naturaleza jurídica del cuerpo humano es un bien sagrado, entendiéndose como tal que es digno de respeto, no es un bien que pueda encontrarse dentro del comercio, pues sería invaluable su precio. Sin embargo, considero que está sujeto a una serie de actos jurídicos, por la propia persona en sí, como lo es el Contrato de Matrimonio, pues éste se da al haber una entrega recíproca de emociones y sentimientos entre dos personas del sexo opuesto. También, existe el contrato de Prestación de Servicios Profesionales, el cual se basa en la fuerza de trabajo tanto física como mentalmente y dichas fuerzas forman parte del cuerpo mismo.

Por tanto, la naturaleza del cuerpo humano no se encuentra dentro del patrimonio pecuniario, pero sí dentro del patrimonio moral, pues la mayoría de los seres humanos deseamos una vida agradable llena de felicidad y amor, la cual no la garantiza el dinero.

Con el cuerpo humano en vida, podemos celebrar actos jurídicos siempre y cuando no pongan en peligro nuestra vida, sin embargo existen contratos de prestación de servicios tales como el boxeo o deportes similares en donde sí ponen en peligro la vida. Pero este contrato está aceptado por las partes que van a pelear ya que éstos pelean por obtener un título y dinero, ante la presencia de una multitud ávida de impresiones fuertes. Pero entonces vuelvo a preguntar ¿somos dueños de nuestro propio cuerpo? ¿Quién lo dispone?

Castán Tobeñas señala: "y mucho se ha discutido y seguirá discutiéndose todavía el problema de los derechos sobre la persona propia y consiguientemente el de si existe un derecho subjetivo sobre el propio cuerpo que pueda ser concebido como un derecho de

⁸⁷ NERSON, Roger, citado por GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto.- ob. cit., p. 721.

propiedad o simplemente como un derecho personal de disposición dentro de los límites impuestos por la ley⁸⁸.

Por tanto se puede concluir que a fin de responder a las preguntas que me hice de ¿quién dispone que soy dueña de mi propio cuerpo? Considero que si la ley al protegernos desde el momento que somos concebidos, nos está otorgando el derecho de disposición de nuestro propio cuerpo. Ya que al protegernos cuando todavía no somos personas, lo hace en razón de que todavía no tenemos la facultad de disposición, porque somos incapaces. Existen leyes que protegen al producto de la concepción a fin de que nadie, ni su propia madre pueda hacerle daño, como es el caso del Código Penal.

En cuanto a la pregunta ¿somos dueños de nuestro propio cuerpo? Considero que sí, puesto que el Código Civil otorga ese derecho en su artículo 647 del título décimo, capítulo II intitulado de la Mayor Edad, donde establece: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes." No se refiere al menor o al niño no nacido, porque éste es una realidad vigente que llegará, sino se le hace daño, a ser un hombre. Más bien se refiere a la persona que es plenamente capaz y que puede realizar actos contra su cuerpo, siempre y cuando no le produzca algún daño irreversible.

Pero para entrar más en detalle sobre la naturaleza del cuerpo humano, pasemos al estudio sobre los conceptos de órgano, tejido, cadáver humano, así como la justificación y disponibilidad de éstos y sus limitaciones a la capacidad de disposición.

III.1.- El Concepto de Órgano Humano.

Dentro de la medicina existen dos tipos de clasificación de órganos humanos que son los siguientes:

⁸⁸ Citado por GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto.- ob. cit., p. 953.

- 1) **Homoplásticos:** Compuestos por tejidos sin vasos sanguíneos que pueden ser extraídos hasta varias horas después del fallecimiento.
- 2) **Homovitales:** Compuestos por tejidos de gran actividad orgánica y alto grado de nutrición sanguínea, que sufren una rápida necrosis y un inmediato ataque de los anticuerpos del receptor. Lo que obliga a procurar una extracción temprana y a proteger al injerto con inmune-depresores⁸⁹.

Así, los avances de la ciencia médica han permitido que un órgano o tejido enfermo que pone en peligro la vida de aquél de cuyo organismo forma parte, sea sustituido por otro sano, permitiendo así prolongar la existencia de la persona.

Sin embargo todavía existe un problema considerable que la medicina no ha podido superar, como lo es el fenómeno del rechazo. Esto se da en razón de que el sistema inmunológico del cuerpo humano al percibir un órgano o tejido extraño multiplica los anticuerpos transportados por los glóbulos blancos, con producción de procesos inflamatorios, hemorragias y degradación de las fibras musculares del injerto hasta provocar su desprendimiento y destrucción⁹⁰.

Analicemos ahora lo que establece la Ley General de Salud Mexicana, en cuanto a la donación y extracción de órganos humanos.

Ley General de Salud.

Para efectos de este título se entiende por **Órgano:** "...entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos." (Art. 314 Ley General de Salud)

⁸⁹ HAM, H. Arthur.- Tratado de Histología. (Traducc. Dr. Alberto Foch) Edit. Interamericana, 5ª edición, México. 1967, p. 153.

⁹⁰ DOMÍNGUEZ G. V., Jorge Alfredo.- Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos, Edit. Porrúa, México, 1993, p. 7.

Ahora bien, es importante la determinación en tiempo del trasplante de un órgano cuando una persona fallece, ya que la utilidad de éstos depende de que la circulación haya sido eficiente en el período inmediato anterior a la separación del órgano del cuerpo. El artículo 331 (Ley General de Salud), establece: "La obtención de órganos o tejidos para trasplantes se hará preferentemente de sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida."

Tratándose de extracción de órganos con fines terapéuticos, se dispone que sea preferentemente cuando se haya extraído, desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito y que sanitariamente constituya un deshecho. (Art. 342 Ley General de Salud)

Otro punto que también señala es, que al realizar la donación de un órgano, la función de éste pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura (Artículo 333 Ley General de Salud)

Un ejemplo de lo citado anteriormente son los ojos, puesto que si son donados en vida éstos ya no pueden renovarse por lo que el Reglamento de Disposición de Órganos en su artículo 23 señala: "El trasplante de órgano único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver. Para efectos de este reglamento, los ojos serán considerados como órgano único"⁹¹.

Derivado de lo anterior y para efectos de donación la ley de la materia en su artículo 321 establece que la "donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes".

⁹¹ Reglamento de la Ley de Salud en Materia de Disposición de Órganos. Compendio de Ediciones Fiscales Isef.- 1ª edición, México, 2001.

La donación expresa puede ser amplia o limitada, se considerará donación expresa amplia, cuando comprende la totalidad del cuerpo humano y limitada cuando se otorgue de determinados componentes. Claro está que este tipo de donaciones se llevará a cabo cuando la persona ya falleció. (artículo 322 de la Ley General de Salud)

Por su parte la Norma Técnica n° 23, en su artículo 38, señala que los ojos únicamente se pueden extraer de un cadáver.

Debido al avance de la medicina, se ha podido establecer que los órganos tanto de las personas vivas como las que ya murieron, pueden servir para beneficiar a otra persona. Considero entonces, que debiera haber una comunicación más clara y precisa sobre la donación de órganos, a fin de que la ciudadanía tome conciencia sobre el particular para que en vida y cuando estemos en peligro de fallecer, ya se haya tomado la decisión de realizar una donación de órganos, tejidos, células, etc. Y que esto pueda traer un bienestar a otras personas, que sólo están a la espera de que surja un donador, pues ciertos órganos pueden adaptarse con perfectos resultados, para suplir deficiencias de otra persona.

Se me hace increíble que en estos tiempos, la ciencia médica haya descubierto, que pudiendo utilizar órganos de una persona diferente e inclusive de un cerdo o de un mono se puedan salvar la vida de un tercero que ya no tenía esperanza de vida. Un ejemplo lo es, el trasplante del órgano de riñón, ya que a la fecha y según los estudios, resulta más caro realizar los procedimientos dialíticos (hemodiálisis o diálisis peritoneal) que realizar el trasplante de órgano, pues éste tiene la ventaja de ser siete veces menos costoso y de reintegrar al individuo casi al 100% en su calidad de vida⁹².

Por ello, resulta importante y trascendente que cuando una persona, en pleno uso de su capacidad jurídica realice su deseo de donar sus órganos, tejidos o cadáver humano lo

⁹² Internet.- página de la Secretaría de Salud.- Consejo Nacional de Trasplantes.- preguntas y respuestas. www.conatra.org.mx, 7 de Julio de 2001.

haga saber a sus familiares, ya que en caso de pérdida de la vida, es imprescindible que el órgano se extraiga del cadáver inmediatamente después de que se haya certificado la pérdida de la vida. Para que as, pueda cumplir lo establecido por el donador en vida y que es: el salvar la vida de un prójimo.

III.2.- Concepto de Tejido Humano.

La Ley General de Salud en su artículo 314 Fracción XII, nos proporciona la definición de **tejido**: "... entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenada con regularidad y que desempeñen una misma función". Para los que estudian medicina el concepto es muy comprensible, sin embargo para el que no está familiarizado con dicho lenguaje el concepto es difícil de comprender, por lo que desglosare el concepto definiendo que es *célula*, *entidad* y *morfología*⁹³.

"Célula.- Igual a pequeña habitación. Las células son las unidades menores de la materia viva que pueden aislarse y seguir llevando un proceso y una vida independiente";

"Entidad.- Colectividad considerada como unidad";

"Morfología: (del griego *morphé*, forma y logos tratado) Biol. Estudio de las formas de los seres humanos"⁹⁴.

Una vez desglosado los términos considero entonces que **tejido es**: la unidad del estudio de las formas de los seres humanos, los cuales pueden aislarse y seguir llevando un proceso y una vida independiente. Puede servir para fines de investigación médica o

⁹³ Pequeño Larousse en Color.- Ediciones Larousse, Edición, s/d, México, 1985, pp. 357 y 593

⁹⁴ HAM. H., Arthur W.-ob. cit., p. 53.

para realizar un trasplante que pueda ayudar a restablecer la salud de una persona enferma.

Muchas de las células del hombre, sembradas en medios adecuados dentro de recipientes de vidrio, pueden vivir y algunas por un tiempo cuando menos reproducirse.

La medicina clasifica cuatro tipos básicos de tejidos, con ellos se forman todos los órganos, siendo éstos:

- 1) Tejido epitelial: son las glándulas.
- 2) Tejido conectivo: tiene la función de reunir los demás tejidos y fijarlos al esqueleto.
- 3) Tejido muscular: formado por fibras musculares y tejido conectivo.
- 4) Tejido nervioso: es la expresión de dos propiedades fundamentales del protoplasma que son irritabilidad y conductividad. La irritabilidad es la propiedad básica del protoplasma que permite responder a un estímulo. Es en las células del tejido nervioso donde la irritabilidad está más desarrollada, por eso algunas células responden rápidamente al estímulo de la ley⁹⁵.

De manera que tan pronto una persona muere, los tejidos empiezan a sufrir cambios progresivos por autólisis o sea autodigestión o degeneración post-mortem. Esta última se evita o se interrumpe colocando el tejido en algunos líquidos denominados fijadores.

El principal papel de estos fijadores es penetrar en el tejido y "endurecer" sus componentes en un estado lo más similar posible al que tenía en vida. Lo anterior se debe

⁹⁵ HAM H., Arthur W. ob. cit. p. 467.

realizar con el propósito de tener al tejido lo más apto para el trasplante, a fin de que a la persona a quien se le vaya a trasplantar obtenga un éxito en el mismo⁶⁶.

Es pues, muy loable la labor que realizan los médicos, al tratar de salvar vidas por medio del trasplante de órganos y tejidos, de un ser humano a otro de su misma especie, con la finalidad de llenarla de esperanza y de alegría, para seguir viviendo.

Según las estadísticas de la Secretaría de Salud, entre los años de 1963 a 2000 sólo han existido 15 trasplantes de tejido nervioso y 12 de tejido suprarrenal. Esto se debe en gran medida porque no tenemos una cultura amplia sobre las donaciones.

Sin embargo, a la fecha siguen existiendo dudas, tanto de naturaleza, ética, legal y social, que necesitan ser investigadas más ampliamente para poder llegar a tener una conciencia de donación, para así poder realizar más trasplantes de tejidos.

Al principio de éste tema, se informa que el tejido puede aislarse y llevar una vida independiente para que así pueda ser trasplantado a otra persona, por lo que los doctores, han realizado las debidas investigaciones, como son, que la donación de los tejidos no represente un riesgo para la vida del donante y del receptor para que se lleva con éxito el trasplante de estos.

Entonces yo me pregunto ¿debe el derecho también regular o más bien especificar lineamientos bajo los cuales proceda una donación de tejidos, y que vayan acordes con los avances de la ciencia médica y no quedarse rezagado? Desde mi punto de vista, yo creo sí, el derecho debe involucrarse más en cuanto a la donación de tejidos, ya que al ser éste el conjunto de leyes o preceptos por los que se rigen los hombres en sociedad, no debe dejar de lado los actos de donación y trasplantes a los que se está sometiendo en la actualidad el hombre.

⁶⁶ Consulta Internet.- Página de la Secretaría de Salud.- Registro Nacional de Trasplantes. www.ssa.gob.mx/unidades/cdi. junio 19, 2001.

El Código Civil y las teorías de la naturaleza jurídica del cuerpo humano que han expuesto grandes autores como el caso del profesor Ernesto Gutiérrez, han establecido que podemos disponer de parte de nuestro cuerpo; siempre y cuando, no ponga en peligro nuestra vida y la medicina haya comprobado que no existe riesgo en la donación de tejidos. Entonces, sería importante que se abriera un apartado en la Ley General de Salud, sobre ¿cuáles tejidos se pueden donar en vida? También que requisitos debe de cubrir la persona donante como: estado de salud, edad, antecedentes clínicos, etc.

La Norma Técnica N° 23, es la que señala en sus artículos, 34 al 38 que órganos y tejidos se pueden disponer en vida y para después de la muerte. Pero sobre este punto se abordará más en concreto en el punto IV.5 de la presente investigación.

III.3.- Concepto de Cadáver Humano.

Concepto etimológico: " La voz cadáver proviene del latín *cadere*, caer, que los antiguos tomaban con frecuencia por *obire*, *interire*, *morir*. Juaffret explica que la formación de la voz se halla compuesta de las tres sílabas iniciales de *caro data vermibus*, "carne entregada a los gusanos", supuesta inscripción de una lápida sepulcral que el tiempo fue borrando hasta no dejar mas que las tres sílabas iniciales de cada palabra "ca", "da", "ver"⁹⁷.

Por su parte, la Ley General de Salud en su artículo 314 Fracción II nos dice: "se entiende por Cadáver, al cuerpo humano en el que se compruebe la presencia de los signos de muerte referidos en la fracción II del artículo 343 de esta Ley"; y a la letra dice: "Para efectos de este título, la pérdida de la vida ocurre cuando: Fracción II.- Se presenten los siguientes signos de muerte":

⁹⁷ MONLAU, Pedro Felipe.- Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana. Citado por BERGOGLIO de BROUWER, Ma. Teresa y BERTOLDI DE TOURÇA, Ma. Virginia. ob. cit., p. 244.

- 1) La ausencia completa y permanente de conciencia;
- 2) La ausencia permanente de respiración espontánea;
- 3) La ausencia de los tejidos del tallo cerebral, y
- 4) El paro cardíaco irreversible.

La noción de muerte, según los clásicos de la medicina legal, se logra estableciendo " el momento preciso de la muerte del cerebro, del corazón y del pulmón, para afirmar la muerte general del individuo"⁹⁸.

Este concepto, hace referencia a la detención funcional de los llamados "tres pilares de la vida", que corresponden en nuestros días a la noción de "muerte real", "muerte absoluta" o "muerte total".

De acuerdo a los avances médicos realizados, se llegó a la conclusión que la muerte del cerebro representa la etapa en que verdaderamente muere el paciente. En la conferencia de Reales Colegios Médicos de Gran Bretaña, se elaboró un informe titulado Diagnóstico de la Muerte, este documento expresa las técnicas de resucitación para los casos de ataques cardíacos, dicho informe desactualizó el concepto de muerte a partir de que el corazón dejaba de latir, en cambio con la muerte del cerebro, se afirmaba que los órganos dejaban de funcionar sucesivamente y luego se producía la muerte. Sin embargo cuando hay lesiones cerebrales la muerte del cerebro es seguida por el cese del funcionamiento de los demás órganos.

A lo largo de la historia, se han desarrollado diferentes puntos de vista de a partir del momento en que se considera muerta una persona. En la antigüedad la falta de respiración era considerada el signo de muerte, después lo fue el paro cardíaco.

⁹⁸ BERGOGLIO DE BROUWER. K., Ma. Teresa y BERTOLDI de TOURCA, de T. Ma. Virginia ob. cit., p.299.

Sin embargo desde principios del siglo pasado el concepto de muerte coincide con el cese de las tres funciones vitales: respiratoria, circulatoria y nerviosa. En la actualidad, con los avances de las técnicas modernas de reanimación, así como los avances de la energía sustitutiva, han hecho necesario el determinar de una manera segura y precisa cuando una persona deja de existir. Han sido varios los intentos para distinguir el momento en el que se pasa de la vida a la muerte y por tanto se han dado diferentes tipos de muerte, teniendo: **muerte orgánica, muerte legal y muerte clínica.**

A continuación trataremos de explicar cada una de ellas:

Muerte Orgánica: es la cesación de vida celular, aún cuando este procedimiento se da en forma paulatina, ya que las células van muriendo dependiendo de su composición química y de la resistencia que tengan a la falta de oxígeno.

Muerte Legal: es necesario que exista una total insensibilidad en los centros nerviosos vitales, una paralización de la respiración y una detención de las funciones respiratorias.

Así pues, para dar una mayor seguridad al diagnóstico y proteger a un individuo que pudiera continuar con vida, las legislaciones prohíben la inhumación y la práctica de la necropsia antes de las 24 horas a partir de haber ocurrido el fallecimiento⁹⁹.

Al respecto la Ley General de Salud en su artículo 348 del Título Decimocuarto, Capítulo V intitulado Cadáveres, párrafo segundo, señala: "... Los cadáveres deberán inhumarse, incinerarse o embalsamarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la autoridad sanitaria competente o por disposición del Ministerio Público o de la autoridad judicial.

⁹⁹ DOMÍNGUEZ G. V., Jorge Alfredo.- ob. cit., p. 88.

De lo anterior concluimos, que la muerte legal ocurre cuando constatados los signos negativos de vida después de doce horas, se determina el fallecimiento de la persona.

Muerte Clínica o Muerte Cerebral: Novoa Monreal señala: "en realidad la muerte debe admitirse cuando cede la función cerebral, o mejor aún cuando terminen definitivamente las funciones del sistema nervioso central; independientemente de que persistan otros fenómenos de vida biológica en el resto del cuerpo, o en forma natural o científica, se mantengan la circulación y la respiración"¹⁰⁰.

Antaño, para confirmar la muerte se debía tener en observación al sujeto por un período de 24 horas, en ese lapso no se podía realizar en el cadáver ninguna actividad que pudiera producir la muerte en caso de que todavía estuviera vivo. A fin de eliminar el tiempo de observación, la ciencia médica, buscó la manera de garantizar que una vez diagnosticada la muerte, ya no se pudiera ejercitar la misma, si aún estaba con vida.

La nueva técnica, consistió en comprobar la cesación de las funciones vitales, especialmente la inactividad electro-cerebral, mediante el encefalograma plano. Este argumento se dio en razón de que un individuo con las funciones respiratorias y cardíaca paralizadas, cuyo cerebro no responde ni siquiera a los estímulos eléctricos, no requiere de ningún periodo de observación prolongado, pues se ha comprobado que las células de la corteza cerebral en un lapso de 3 a 6 minutos mueren si no reciben oxígeno y además no se regeneran.

Esto da lugar a que la persona que sufre muerte cerebral queda en estado vegetativo, pues es en el cerebro en donde se hallan todos los signos motores que hacen que un ser humano se desarrolle y desempeñe como tal. "El tronco constituye el centro integrado de las funciones vegetativas, sensitivas y motoras inconscientes. Aunque la

¹⁰⁰ DOMÍNGUEZ G. V., Jorge Alfredo.- ob. cit., p. 89.

corteza este irreversiblemente lesionada, el organismo puede mantener su funcionamiento como un todo, siempre que el tronco se mantenga funcionando"¹⁰¹.

Aunque los demás órganos puedan seguir subsistiendo a través de métodos artificiales de la vida, y la función respiratoria pueda ser sustituida y el corazón volver a latir si se aplican a tiempo, determinadas medidas, pero si el cerebro ya no se puede restablecer, la persona quede en estado vegetativa, ya que la muerte cerebral conduce irremisiblemente a la descoordinación, entonces los órganos podrán seguir viviendo un corto tiempo, pero ya no como parte de un todo.

Mucho se ha estudiado y profundizado para llegar a un solo concepto de muerte cerebral el cual pueda ser aceptado tanto para los estudiosos del derecho como para los médicos y la religión, sin que a la fecha se llegue a un concepto general.

Existe una postura que es defendida por la Pontificia Academia de las Ciencias y por la Asociación Médica Mundial, así como por otras instancias médicas y diversos ordenamientos legales y que consiste en: "la muerte cerebral: es la pérdida de las funciones cognitivas, pérdida de la coordinación de los sistemas vitales y la garantía de la irreversibilidad del proceso, los cuales constituyen los tres elementos decisivos para considerar la destrucción de todo el encéfalo como el criterio más adecuado de muerte cerebral"¹⁰².

Al respecto, coincido con este concepto pues al morir el cerebro, la persona ya no responde y se vuelve un ser inerte en vida, deja de pensar y en el plano jurídico ya no es capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones. Ni siquiera entraría dentro de la figura de los incapaces, pues simplemente ya no puede sentir, ni darse cuenta de lo que pasa a su alrededor, pues nunca despertará de ese estado vegetativo. La pérdida irreversible de la función cerebral indica, con mayor acierto el advenimiento de la muerte.

¹⁰¹ COLOMO GÓMEZ, Jesús. Muerte Cerebral, Biología y Ética.- Ediciones Navarra, s/d edición, España, 1993, p. 76.

Los considerandos de la legislación peruana sobre injertos o trasplantes de órganos, tejidos y partes del organismo del año de 1980, dice: "El médico está impedido de matar, pero está obligado a permitir morir cuando toda recuperación es imposible. Mantener a un hombre viviendo una vida vegetal, sabiendo que no hay recuperación, es un abuso del derecho que ataca la dignidad humana y lesiona las leyes humanas"¹⁰².

Yo coincidí en que se lesiona la dignidad humana, si a una persona, al decretársele muerte cerebral, se le conectan aparatos que provoquen que su corazón siga latiendo y que se le suministren algunos medicamentos que lo ayuden a mantener la presión sanguínea y otras funciones corporales; ¿qué caso tiene vivir de una manera artificial si ya no tiene la vitalidad, la alegría de vivir, ya no piensa ni siente, y mucho menos actuar en la vida social, familiar y laboral? Lo único cierto es que se prolonga su agonía, logrando con esto el sufrimiento de su familia, porque si ya está plenamente comprobado que ya no se recuperará ¿es válido que sus parientes sigan teniendo esperanza de vida?

Entender la muerte cerebral de un ser querido es muy difícil. Lo primero que debe entenderse es que la muerte cerebral significa morir. Se decreta legalmente muerta una persona y se realiza el certificado de defunción. No volverá ser la persona que en un tiempo fue, sino simplemente dejó de existir, tanto en la vida social, familiar y en el plano jurídico.

Al decretarse la muerte natural o legal de la persona, no existe la problemática que se presenta en el caso de la muerte cerebral, esto en razón de que en la muerte natural todos los signos vitales dejaron de existir al mismo tiempo.

¹⁰² COLOMO G. Jesús.- ob. cit., p. 79.

¹⁰³ TORRES C. Leonardo y URIBE R. Roberto.- Disponibilidad del Cuerpo y Definición de la Muerte.- Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.- No. 53, Feb-Abr. 1981, Bogotá Colombia. p. 45.

Por ello, con la muerte del sujeto de derecho deja de existir la persona, se extingue su personalidad así como su capacidad de ejercicio, hay otros derechos que sí pueden ser transmitidos a sus herederos, como lo son la herencia, legados, donaciones, etc.

La naturaleza del cuerpo humano en vida, se convierte entonces en cosa, en un bien patrimonial moral no pecuniario, que de acuerdo a las tradiciones mexicanas, se le dará cabal sepultura y hasta en esos momentos ya no se le considerará persona, sino simplemente un cadáver.

Por eso, desde mi punto de vista, si al morir una persona, puede con los componentes de su cuerpo salvar muchas vidas, la mejor opción para que no sea simplemente un cadáver sin valor moral, sería que sus órganos se donaran para llenar de esperanza a otras personas que sólo esperan que alguien les done un poco de vida.

III.4.- La Justificación de la Disponibilidad de los Órganos, Tejidos y Cadáver Humano.

"El hombre al vivir en sociedad, pone en movimiento sus mecanismos psicológicos y biológicos y a fin de realizar estas funciones existenciales, lo hace siempre por algún motivo, por una causa; y siempre con algún fin, un para que, ese camino que sigue para la consecución de sus fines sea precisamente el sentido de sus actos, esta peculiar configuración de las relaciones sociales, da lugar a la creación de las normas morales y de derecho que regirán la conducta social"¹⁰⁴.

Las normas jurídicas señalan deberes y derechos de las personas, así como la solución de problemas concretos en razón de la justicia, dado lo anterior, el derecho debe satisfacer las necesidades sociales de la persona, tanto individual y socialmente.

¹⁰⁴ CUADRA IPIÑA, Federico.-Derecho de la Personalidad, Revista de la Escuela de Derecho N° 3, S. L. P. Méx.,1982, p.93

La protección jurídica de los intereses individuales comprende el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la salud, a la libertad frente a la coacción y el engaño, a la libertad de domicilio, etc. Es decir, todas aquellas garantías individuales comprendidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dentro de estas garantías individuales corresponde a la ley, tutelar las relaciones que se realicen entre las personas, protegiendo el patrimonio de ellas. Sobre el patrimonio se han elaborado distintas doctrinas, siendo por lo tanto prudente hacer algunas observaciones desde su origen.

La palabra patrimonio deriva del latín "*patrimonium*", hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes¹⁰⁵.

El concepto de patrimonio varía según la época y lugar, modificándose según las conveniencias políticas y sociales de cada país. Así en el siglo XIX Aubry y Rau, elaboraron una definición de patrimonio, como " el conjunto de los derechos y las obligaciones de una persona, apreciables en dinero, formando una universalidad de derecho". Tesis que fue modificada por René Demogue, afirmando que "patrimonio es el conjunto de Derechos y Obligaciones de una persona, susceptible de apreciación económica y que constituyen una universalidad"¹⁰⁶.

Deduciendo lo anterior, sólo las personas tienen patrimonio, siendo éste, único e inseparable de la propia persona. En la actualidad se ha definido el patrimonio, según el Lic. Ernesto Gutiérrez y González como "el conjunto de bienes, pecuniarios, morales y obligaciones de una persona, que constituyen una universalidad de derecho"¹⁰⁷.

¹⁰⁵PALOMAR DE MIGUEL. Juan.- ob. cit., p. 990.

¹⁰⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés- Tom. III, p. 23, No. 15, 1946 (Citado por CUADRA IPIÑA, Federico, ob. cit., p. 95)

¹⁰⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, El Patrimonio Pecuniario y Moral, Edit. Cajjiga., 2ª edición, Puebla, 1980, p. 43.

Pero de este concepto tan amplio no podríamos sacar una conclusión para nuestro objeto; que es la justificación de la disponibilidad de los órganos, de los tejidos y del cadáver humano; así nuestro Código Civil en su artículo 747 del título primero del libro segundo que se intitula "de los bienes", dispone "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio".

"La palabra "cosa" viene del latín *causa*, todo lo que tiene entidad natural o artificial, corporal o espiritual, real o abstracta"¹⁰⁸. Pero tal concepto tampoco llena nuestro objetivo, por lo que para nuestro estudio es más clara la definición que para tal efecto realiza el profesor Ernesto Gutiérrez y que a la letra dice: "Cosa es toda realidad corpórea o incorpórea, interior o exterior al ser humano susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular"¹⁰⁹.

Los elementos que más importan a esta exposición son: la **utilidad**, la **individualidad** y la **sometibilidad**.

- 1) La utilidad de los bienes estriba en que sean susceptibles de satisfacer una necesidad humana, que en el caso de los trasplantes es de índole moral.

Para el caso o tema de esta investigación consiste en que satisfaga la necesidad de una persona enferma, que requiere de un órgano o tejido para seguir viviendo.

- 2) La individualidad significa que este bien tenga una existencia separada que por sí misma, pueda ser aprovechada.

¹⁰⁸ PALOMAR DE MIGUEL, Juan.- ob. cit. p. 335.

¹⁰⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.- ob. cit., p. 48.

A lo largo de esta investigación se ha especificado que los órganos o tejidos que se separan de una persona con vida pueden ser aprovechados por otra, sin que al separarse del titular ponga en riesgo su vida.

- 3) Sometibilidad, significa que la misma cosa o bien pueda pertenecer, ser sometida jurídicamente a una persona, que pueda formar parte de su patrimonio, sin cuya condición, pierde su carácter de bien.

Al ser separados los componentes humanos de la persona que los dono, ya no le pertenecen, por tanto quedan sometidos a la persona que los recibió y pasan a formar parte de su patrimonio moral, no pecuniario. Y dicha donación se encuentra regulada en el capítulo XIV, de la Ley General de Salud intitulado Donación, Transplantes y Pérdida de la Vida.

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que las cosas pueden ser corporales e incorporales, fuera de comercio, fungibles, genéricas, etc., según se puedan percibir por medio de los sentidos o se pueda captar por medio de la imaginación por escapar al conocimiento por los conductos sensibles.

Ahora bien, establecido que las cosas pueden ser materiales o inmateriales, entonces el patrimonio puede ser pecuniario cuando se refiere a cosas materiales y moral o no pecuniario cuando se refiere a cosas incorpóreas.

Como los derechos de la personalidad, constituyen el patrimonio no pecuniario o de afección, transcribiré algunas definiciones sobre el concepto de los derechos de personalidad: que establecen algunos autores. Para **Castán Tobeñas**: "Los derechos de personalidad son los que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales"¹¹⁰.

¹¹⁰ CASTÁN TOBEÑAS, José.-Los Derechos de la Personalidad. Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia. Madrid 1952 (Citado por CUADRA I. Federico.- ob. cit. p. 97)

Deguí nos señala que "Los derechos de la personalidad son aquellos derechos subjetivos particulares que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad"¹¹¹. **Mario Rotondi** considera "A los derechos de la personalidad, como derechos subjetivos eminentemente absolutos que miran a tutelar la integridad física y moral del individuo, imponiendo a la universalidad de los asociados la obligación negativa de una abstención negativa, de una abstención que se traduce en el respeto de todas las legítimas manifestaciones de la personalidad ajena"¹¹².

Finalmente **Ernesto Gutiérrez y González** define a los derechos de personalidad, como "Los bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico"¹¹³.

Al respecto, estos cuatro autores coinciden en manifestar que los derechos de la personalidad, son derechos de la propia persona, de sus fuerzas físicas y espirituales. Yo estoy de acuerdo en esta postura, puesto que el hombre dejó de ser considerado cosa desde hace muchos años y por tanto hoy por hoy, el hombre es el centro mismo del orden jurídico, es la razón de existir del mismo, sin personas el derecho no tendría razón de ser, pues no ordenaría a nada, ni a nadie.

Dentro de los derechos de la personalidad se encuentran los derechos de la integridad física y los relacionados con el cuerpo humano, como pueden ser las disposiciones de todo o parte del cuerpo ya se trate de una persona viva o de un difunto, de accesión o incorporación de partes del cuerpo en otra persona (trasplantes, donación

¹¹¹ DEGUI. (Citado por: CASTÁN TOBEÑAS, José.- ob. cit. (Citado por CUADRA I.,Federico, Ídem)

¹¹² ROTONDI, Mario, Instituciones de Derecho Privado, Edit. Labor. 1953 p.195 (Citado por CUADRA I.,Federico, Ídem)

¹¹³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.- El patrimonio Moral y Pecuniario, ob. cit. p. 743.

de sangre, semen, leche materna, cabellos, etc.) disposición del cadáver (inhumación, cremación, donación para objetos didácticos o científicos, etc.)

Una vez realizada la explicación de lo que significa bien, cosa, patrimonio y derechos de la personalidad, entonces afirmó que toda persona está dotada de libertad para proponerse diversos fines a lo largo de su existencia, los cuales pueden ser de distinto ámbito, como: religioso, económico, político, etc. Y al no haber delimitación de hasta donde el hombre es dueño de su persona, es por ello que decide arriesgarse en aventuras tales como alpinismo, boxeo, paracaidismo, etc., en donde siempre existe un riesgo que pone en peligro su vida y/o la integridad de sus facultades mentales, pues no hay ley alguna que prohíba que el hombre no debe practicar deportes de alto riesgo.

Por tanto, una primera justificación para poder disponer de órganos, tejidos y cadáver humano, lo será la necesidad de conservar y/o prolongar una vida. Los avances técnico – científicos nos demuestran los múltiples usos que se dan a las partes integrantes del cadáver, así como de las personas en vida, concluyéndose que ciertos órganos y tejidos pueden ayudar a que una persona enferma pueda salir adelante mediante un trasplante.

Otra segunda justificación para disponer de los órganos, tejidos y cadáver humano, lo es, que la propia persona tiene derecho de disponibilidad sobre su cuerpo, en razón de ser un derecho personalísimo, toda vez que es uno de los derechos de la personalidad y que en forma exclusiva pertenece a la persona física. Así como también lo es un derecho individual, pues sólo el propio individuo es titular del mismo, para disponer en vida de su propio cuerpo, siempre y cuando no afecte su vida, la moral y las buenas costumbres.

Messineo en su Manual de Derecho Civil y Comercial, nos transcribe el artículo 5° del Código Civil Italiano que a la letra dice: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o

cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres"¹¹⁴. Por lo tanto yo puedo disponer de partes de mi cuerpo que no mermen mi salud, que no vaya contra el orden público y las buenas costumbres. Pero aun, cuando tales acciones vayan contra la moral y las buenas costumbres, la Ley no ha dispuesto sanciones sobre aquellas personas que ahora se adornan la nariz, párpados, cejas, ombligos, etc., con argollas o seguros, como es el caso del grupo o corriente denominado "Darketos"; tal situación va claramente contra la moral y las buenas costumbres; sin embargo no hay sanción contra estos individuos.

Así pues, cuando la persona ejerce su derecho corporal, está disponiendo de sí misma. Esta determinación que la persona toma, puede ser para beneficio propio, con miras a la recuperación o mejoramiento de su salud, en beneficio de terceras personas, por medio del trasplante de órganos o materiales anatómicos de su cuerpo para los casos de investigación científica.

Es importante aclarar que la persona no está en el comercio, es decir el cuerpo de la persona viva no es objeto de derechos, así pues se hace una distinción entre la disponibilidad total del cuerpo humano y la de las partes que la integran.

El derecho a disponer del propio cuerpo no podrá nunca referirse a la persona, sino que recae en partes de la misma, como pueden ser la leche materna, el cabello, la sangre, etc. Ahora bien, aún cuando éstos elementos se encuentran dentro del comercio, esto no significa que la persona en sí pueda ser comprada, pues la esclavitud ya quedó atrás, y si dichas partes están en el comercio, lo es porque son partes regenerables, es decir se vuelven a reproducir, por lo que a la persona no le causa perjuicio alguno que éstas sean vendidas o donadas.

¹¹⁴ BORREL MACIA, Antonio.- La Persona Humana. Derechos Sobre su Cuerpo Vivo y Muerto. Derechos sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de Otros Hombres.- Edit. Bosch Casa Editorial, Barcelona. España. 1954, p. 73.

Es muy loable la actividad de los médicos, pues al realizar sus investigaciones con fines científicos, lo hacen con la finalidad de cuidar de la persona, de conservar la vida humana, pues actúan sobre el cuerpo humano, previniendo enfermedades o corrigiendo las mismas a través de la prescripción de tratamientos, mediante fármacos o bien a través de la intervención quirúrgica.

Una tercera justificación de la disponibilidad del cuerpo humano lo es: la realización de investigación científica que nos ayuda a determinar la obtención de medicamentos que permitan curar o restablecer la salud, para que el ser humano pueda seguir gozando de bienestar dentro de la sociedad en donde desarrolla su actividad social.

Una cuarta causa de justificación de disponibilidad sería que al realizar la necropsia obligatoria, existe el interés de impedir que determinados delitos queden sin sanción.

También podría ser una quinta causa de justificación la realización de las intervenciones plásticas, para la reparación o reconstrucción del algún defecto congénito de la persona o por algún hecho sobreviviente como puede ser un accidente. Estas se diferencian de las intervenciones estéticas, que son aquellas que perfeccionan el estado físico de la persona, es decir la apariencia, para elevar la estética corporal y ayudar a la confianza y autoestima de la persona.

La conclusión de la naturaleza jurídica del cuerpo humano es que, es un derecho originario y el hombre puede disponer lícitamente de su cuerpo, pero tal disposición del mismo, lo es en función de que no afecte su salud, es decir la disposición nunca será en la totalidad del cuerpo sino de aquellas partes que sean renovables, ya que éstas al separarse del cuerpo de la persona en vida se convierten en cosa.

Existe justificación de la disponibilidad de órganos, tejidos y cadáver, ya que se trata de un derecho autónomo de disposición sobre su propio cuerpo y la Ley en estos casos funge para protegernos. Y para impedir que nadie pueda sin nuestra autorización, hacer

uso de él, o que nosotros lo pongamos en peligro, como el caso del suicidio. En ese caso la persona está disponiendo de su cuerpo para dejarlo sin vida y aquí no existe justificación de disponibilidad.

Para el caso de que no afecte las buenas costumbres, considero que no existe justificación para utilizar nuestro cuerpo cuando las personas se realizan tatuajes en todo el cuerpo y que son grotescos y hasta macabros; al igual que la persona que últimamente se ponen una serie de adornos en las cejas, nariz, labios, oídos, ombligos y hasta en los genitales, aquí francamente no hay justificación de disponibilidad del cuerpo.

Por tanto, la justificación de disponibilidad de órganos, tejidos y cadáver humano, importa y merece atención. Sobre todo regular los aspectos de las donaciones, ya que es un acto de humanidad cuando un individuo comparte sus componentes anatómicos con otro, para salvarle la vida. Y digo que merece ser regulada porque el hecho de donar órganos, no debe causar lesión y mucho menos sancionarse cuando ya no se desea donar algún componente.

III.5.- La Capacidad de Disposición del Cadáver Humano.

Una vez establecido que el sujeto, tiene la capacidad para disponer de su cuerpo y de su cadáver, y que ese derecho le permite modificar su aspecto físico y psíquico yo me pregunto: ¿Pero que es lo que puede modificar toda conducta en el cuerpo humano?, Primero hay que descifrar lo que significa conducta. "Conducta proviene del latín *conducta*, conducida, guiada.- manera o porte con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones"¹¹⁵. Entonces cabe decir que los hombres para gobernar su vida y dirigir sus acciones lo hacen con la finalidad de establecer una serie de ordenamientos que nos conllevan a tener relaciones cordiales con nuestros semejantes.

¹¹⁵ PALOMAR DE MIGUEL., Juan.- ob. cit., p. 293.

Pero para poder entender el tema que nos ocupa, haré un poco de historia sobre todo en lo relativo a la materia de contratos, con el fin de poder llegar a una conclusión sobre la capacidad de disposición del cadáver de una persona.

Dentro de nuestro sistema político existen dos principios básicos que son: la libertad individual y la propiedad privada. Los contratos civiles son la puesta en práctica de estos dos principios básicos. El ejercicio efectivo de dichos principios que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra en sus primeros veintinueve artículos de las garantías individuales, se hace a través de la utilización de los contratos civiles.

El contrato es el medio más ágil para constatar la existencia de esos valores de libertad y propiedad, además de ser el medio más seguro, serio y usual para lograr la satisfacción de la mayor parte de las necesidades domésticas y cotidianas.

Al respecto, el profesor Miguel Ángel Zamora y Valencia, nos dice que no es posible establecer una definición general del concepto de contrato con validez universal, ya que éste puede variar de país en país y de época en época de acuerdo con sus leyes y costumbres. Señala también que en nuestro derecho positivo mexicano, existe una distinción entre el contrato y el convenio, se considera al último como el género y al contrato como la especie, pero que a la vez ambos son especie de actos jurídicos¹¹⁶.

Nuestro Código Civil en sus artículos 1792 y 1793, nos proporciona la definición de convenio y contrato. Artículo 1792.-"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones." Artículo 1793. -"Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contrato."

Ahora bien, la ley establece requisitos para que el contrato exista y sea válido, el artículo 1794 del mismo Código nos dice lo siguiente: Establece que para la existencia del contrato se requiere: "I.- Consentimiento; y II.- Objeto que pueda ser materia del contrato."

¹¹⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel.- Contratos Civiles, Edit. Porrúa, 2ª edición, México, 1985, p. 18.

La palabra contrato en la práctica jurídica mexicana tiene diversos significados como son: acto jurídico, norma individualizada y como documento en el que se plasman las cláusulas convenidas por las partes que crean o transmiten derechos y obligaciones.

A su vez, **Carnelutti** divide los actos jurídicos en dos grandes ramas que son: la primera atendiendo a su función, y la segunda atendiendo a su estructura. En los primeros, toma en cuenta la finalidad práctica y el efecto jurídico que producen; los segundos, los divide en actos simples y actos complejos, los cuales pueden ser unipersonales o pluripersonales¹¹⁷. Esto se observa claramente en el siguiente esquema:

- 1) Acto jurídico basándose en su función:
 - 1.1 Finalidad Practica.
 - 1.2 Efecto Jurídico.

- 2) Acto jurídico basándose en su estructura:
 - 2.1 Acto simple.
 - 2.2 Acto Complejo.
 - 2.2.1 Unipersonales.
 - 2.2.2 Pluripersonales.

De acuerdo con lo anteriormente explicado, considero que los actos de disposición del cadáver humano pueden ser de contrato unilateral de la voluntad y gratuitos. De contrato unilateral porque son aquellos que sólo generan obligaciones para una de las partes y derechos para la otra. Aunque valdría la pena decir que la obligación y derechos que se generan son de índole moral, ya que si una persona en vida, se desiste de donar

¹¹⁷ CARNELUTTI, Francisco.- Sistema de Derecho Procesal Civil, T-I. Edit. Hispanoamericana. México, 1945, p.271 (Citado por MONDRAGÓN MARTINEZ, Margarita.- Reflexiones sobre el Cuerpo Humano, Tesis Fac. Derecho-UNAM, 1983.)

su cadáver lo puede realizar y por tanto no existe una sanción a la persona que se desistió del acto, ni existe reglamentación para solicitarle cumpla con lo que se contrato. (artículo 12 del Reglamento de Disposición de Órganos, de la Ley General de Salud.)

Es indudable que los actos jurídicos de disposición del cuerpo humano vivo o muerto pueden reunir los elementos de existencia y validez de los contratos, luego entonces, el contrato que tenga por objeto la ejecución de una operación quirúrgica de trasplante de órgano o tejidos humanos, sea de un cadáver a un hombre vivo o de un hombre vivo a otro vivo, crea o transfiere derechos y obligaciones.

Es decir existen actos de disposición del cuerpo humano vivo o muerto que pueden reputarse como lícitos, como es el caso de amputaciones que se practican en los hospitales con fines terapéuticos, aquí se crea el derecho del paciente a que se le salve la vida y la obligación del doctor de poner en práctica sus conocimientos para salvaguardar esa vida. Lo mismo sucede con los cadáveres o parte de éstos con fines de docencia e investigación, siempre y cuando exista el consentimiento del disponente, en este caso se habla de que el disponente pudo haber realizado dicho acto a través del testamento, entonces aquí se crea la obligación por parte de los familiares de entregar el cadáver.

Es lógico pensar que cuando empezaron a realizarse los primeros trasplantes de órganos, los cirujanos actuaron con voluntad de la propia persona y/o de sus familiares, ya que les debieron de informar del riesgo de la operación, pues como afirma el Doctor **Oliver Wendell Holmes**: "No hay nada que el hombre no haga, nada que no haya hecho por recobrar su salud y salvar su vida. Se ha sometido casi a morir, ahogado, sumergido en agua o sofocado por los gases, a verse enterrado hasta la barbilla en la tierra, a ser quemado con hierros candentes, como los esclavos en la galeras antiguas, ser pinchado con cuchillos como si fuera pez, a que se le metan agujas en la carne y se prendan hogueras en su piel, a tragar toda clase de remedios abominables, y, lo que es peor a

pagar por todo esto, como si el ser escaldado, quemado y cortado fuera un privilegio costoso, como si las ámpulas fueran una bendición y las sanguijuelas un lujo"¹¹⁸.

Enneccerus señala: "De un modo casi general, deben considerarse admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo para fines científicos" Y continúa diciendo "ni el cuerpo del hombre vivo ni sus miembros o partes son cosa ni objeto; pero con la muerte el cuerpo (cadáver) se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero, ni sea susceptible de apropiación"¹¹⁹.

Para Savigny dice que: "Hay un elemento verdadero contenido en el falso principio de un derecho originario en el hombre sobre su propia persona. No puede desconocerse que el hombre dispone lícitamente de sí mismo y de sus facultades; todo derecho verdadero tiene por base o implica necesariamente este poder; pero esta posesión de nosotros mismos no tiene necesidad de ser reconocida y definida por el derecho positivo"¹²⁰.

Al respecto considero que hay algo de cierto, por ejemplo, el artículo 647 del Capítulo II del Título Décimo intitulado de la mayor de edad, del Código Civil para el D. F. señala que: "el mayor de edad dispone libremente de su persona...", este artículo puede ser tomado en sentido amplio o en sentido restringido. Primeramente en sentido amplio, pues se entiende que se refiere a la totalidad de la persona, en sentido restringido: porque no establece a que tenemos derecho de disponer.

En materia de trasplantes, se dice que se tiene disposición del cuerpo siempre y cuando no afecte nuestra salud, no vaya contra la moral y las buenas costumbres, y entonces yo me pregunto ¿pero que pasa entonces con las personas que se dedican a ofrecer sexo y que reciben a cabo una remuneración? o con ¿aquellos jóvenes que se

¹¹⁸ Wendell Holmes. Oliver. (Citado por GARRISON, Fielding.- Historia de la Medicina. Interamericana. Traducc. Dr. Luis A. Mendez, 1966 pp. 27 y 28 (Citado por MONDRAGON M., Margarita.- ob. cit., p. 47.)

¹¹⁹ Enneccerus, E.- s/d (Citado por BORREL MACIA, Antonio.- ob. cit., p. 126 y 127.)

tatúan y que se ponen una serie de instrumentos como adornos tipo argollas y seguros en el rostro y en otras partes de su cuerpo?, ¿Esta disposición del cuerpo va en contra de la moral y las buenas costumbres? Al respecto no existe legislación que establezca sanción a la persona que atenté contra su cuerpo en dichas condiciones, entonces ¿cuál es el beneficio que el derecho positivo reconozca la disposición del cuerpo humano?.

Castán Tobeñas, dice que "...no existen bases para reconocer un derecho de disposición del hombre, se trata más bien del ejercicio de un verdadero derecho autónomo de disposición sobre el propio cuerpo"¹²¹. Por ejemplo, a consecuencia del cáncer me deben quitar un seno o la matriz, entonces ante lo inminente del peligro de perder la vida, sacrifico esos órganos que son parte de mi cuerpo y por esta decisión que tome no hubo coacción alguna. También pude haberme negado a que se realizara la operación, y que el mal acabase con mi vida y no por ello sancionaran al médico que respeto mi decisión.

Para **Windscheid**, el derecho sobre la propia persona importa que, en relación con ésta, nuestra libertad, frente a terceros sea decisiva¹²². Entonces, es cierto que existe un derecho originario en el hombre sobre la disposición de su cuerpo y que no necesariamente debe estar regulada, porque si así fuera todo acto de disposición del cuerpo humano estuviese regulado.

Mucho se ha escrito, sobre la nulidad de los contratos sobre cosas que están fuera del comercio de los hombres o de aquello que no pueda ser apropiado, como el aire, un planeta, el sol, el cadáver, etc., porque así lo ha decretado la ley positiva, la moral y las buenas costumbres. Pues el cuerpo humano cuando pasa a ser cadáver es digno de respeto. "Al extinguirse la vida cesa para el hombre la utilidad de lo que se llama bienes de este mundo. Aquello de que disfrutaba con carácter exclusivo, con lo que satisfacía sus

¹²⁰ SAVIGNY.- s/d (Citado por BORREL MACÍA, Antonio.- ob. cit.- p. 126 y 127 Ídem.- pp. 16 y 17.)

¹²¹ CASTÁN TOBEÑAS, José.-s/d , (Citado por BORREL MACÍA, Antonio.- ob. cit.- p. 17.)

¹²² Windscheid ,.- -s/d , (Citado por BORREL MACÍA, Antonio.- ob. cit.- p. 118.)

necesidades o caprichos, ya no le es aprovechable. Deja de ser un sujeto de derechos, y éstos, sus bienes, sus propiedades, sus acciones, de momento quedan sin titular¹²³.

Cuando la persona se muere deja de existir, pues ya no hay ese elemento vital denominado vida y queda solamente un cadáver que no tardará en descomponerse en distintas sustancias químicas.

Ahora bien, en la legislación mexicana, la capacidad de disposición del cadáver, la tenemos en el artículo 320 de la Ley General de Salud (Título Decimocuarto, Capítulo Dos), denominado Donación, señala que: "Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título."

Asimismo en los Códigos Civiles de los estados de Puebla, Jalisco y Quintana Roo, regulan la disposición del cadáver, establecen que el de *cujus* en vida debió manifestar por escrito la decisión de que pueden disponer de su cuerpo para cuando fallezca, sobre esta situación se abordara en el capítulo IV, inciso 3.

Los fines previstos en la Ley General de Salud, se refieren a la donación de órganos, tejidos y cadáver para fines de trasplante o para fines terapéuticos o de docencia e investigación.

A manera de conclusión tenemos entonces que, mucho se ha escrito sobre quien tiene la facultad de disposición del cadáver y la mayoría de los autores como Castán Tobeñas, Enneccerus y Borrel Macía, coinciden en que el hombre tiene un derecho originario de disposición sobre su propia persona, por lo que considero que se ha respetado hasta la fecha ese derecho originario en nuestro derecho positivo mexicano, ya que nos otorga la facultad de disponer libremente de nuestro cuerpo, en vida y para después de nuestra muerte.

¹²³ Idem.-

Sin embargo, dados los usos sociales sobre la muerte en nuestro país, en donde se le rinde culto y veneración, es difícil que una persona diga que dona la totalidad de su cadáver para que le extraigan órganos y tejidos, que puedan servir a otra persona para salvarle la vida y segundo para fines de docencia e investigación y que con esta decisión que tomó no se le de cabal sepultura.

Por tanto, la capacidad de disposición del cadáver corresponde única y exclusivamente a la propia persona en vida. Pues sólo en vida puede decidir si dona su cadáver para fines terapéuticos o de docencia, o si quiere que lo entierren o lo incineren y que esparzan sus cenizas o que sean guardadas en lo que fue su casa o en un mausoleo, etc., y también en vida puede decidir si de su cadáver tomen algunos componentes que puedan servir para salvar la vida de otra persona.

Sólo en el caso de las personas desconocidas y que fallecen en la vía pública, quien podrá decidir sobre la situación de su cadáver lo será el Ministerio Público. Lo mismo ocurrirá cuando el cadáver este relacionado con la averiguación de un delito.

Concluyo con esto que cita **Borrel Macía**: y que se me hace muy interesante. "El respeto a los muertos es algo que todos tenemos innato y en todos los tiempos y en todas las épocas se le ha rodeado de reverencia por parte de los vivos.

El destino del cadáver es retornar a la tierra de la que procede, hasta que por gracia divina vuelva a reunirse con el alma, el día de la resurrección de la carne y alcanzar una vida definitiva e inmortal." Y continúa: "Mediante el sudor de tu rostro comerás el pan, hasta que vuelvas a confundirte con la tierra de que fuiste formado; puesto que polvo eres, y a ser polvo tornarás" (Génesis 3)¹²⁴.

¹²⁴ BORREL MACÍA, Antonio.- ob. cit., p. 115.

III.6.- Limitaciones a la Capacidad de Disposición del Cadáver Humano.

Como sabemos, el destino normal del cadáver humano, según los usos sociales, es la sepultura o la incineración, que son formas que establece la Ley, pero también establece que el cadáver puede ser donado a otros fines, como para trasplantes de órganos, de investigación o docencia o para estudios terapéuticos.

Coviello dice: "Desde el momento en que el cadáver puede producir una utilidad cualquiera, a fines científicos e incluso industriales, deviene en cosa, en sentido jurídico, y se explica aquella disposición tanto a título gratuito como oneroso"¹²⁵.

Por otro lado en la concepción de *Cupis*, el cadáver importa clasificarlo entre las *res extracomercium*, no pudiendo ser objeto de derechos patrimoniales, porque, a pesar del cambio fundamental operado en su sustancia y función, se constituye en conservador de la huella humana y residuo efectivo de un ser viviente. Su comercialidad estaría en contraste con el significado de la dignidad humana.

Como ya se mencionó en el capítulo anterior en cuanto a la disposición del cadáver, se concluyó que la persona en sí misma es la que puede disponer de su cuerpo en vida o para después de su muerte.

Del análisis de las concepciones referentes a la capacidad de disposición de los restos humanos, se concluyó que las personas tenemos un derecho originario de disposición del cuerpo, pudiendo establecer este decreto a través del testamento o donación.

¹²⁵ LEON ORTÍZ Ma. Martha.- El Cadáver en el Derecho Mexicano.-Tesis Profesional, ENEP Acatlán - UNAM, 1990, p. 12.

A continuación veremos que establecen los diferentes códigos civiles de algunos estados de la República Mexicana, que nos hablan sobre la disponibilidad del cadáver.

Estado de Jalisco

El Código Civil del Estado de Jalisco en su artículo 37 del Libro Segundo, Título Primero, Capítulo II sobre los derechos de la personalidad, establece que puede disponer de su cuerpo total o parcialmente, para después de su muerte, con fines terapéuticos, de enseñanza o investigación.

Para poder disponer del cadáver, el Artículo 39 del Código Civil del Estado de Jalisco establece las siguientes formas:

- 1) Deberá hacerse constar mediante testamento público abierto;
- 2) Expresarse por escrito ratificando su firma ante notario público, depositando tal documento ante sus parientes más próximos, con quienes conviva; en caso de no convivir con parientes, el depósito será con persona de su confianza, y
- 3) Surtirá efectos la declaración que se haga en forma expresa ante las autoridades competentes de vialidad o tránsito, con motivo de la expedición de los documentos en los que conste la autorización para conducir automotores.

La autoridad respectiva deberá percatarse que se cumplieron los requisitos antes indicados y entregará el cuerpo u órgano al beneficiario, recabando previamente la opinión de un médico legista¹²⁶.

¹²⁶ Código Civil del Estado de Jalisco.- Consulta en internet, www.99.99.56.120/cim/jpxst.dll/jalis/encabezado.

Por tanto, para el código de Jalisco, una de las limitaciones a la capacidad del cadáver lo es cuando la persona en vida no estableció que podrían disponer totalmente de sus restos o sólo de algunas partes como son los órganos o tejidos ya sea para investigación, docencia o para trasplante.

Aunque también la Ley General de Salud manifiesta que aun cuando el donante no haya manifestado su negativa a que su cuerpo fuera donado, podrá haber la autorización del cónyuge, concubina o concubinario, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante.

Sin embargo si la persona en vida no manifestó su voluntad de que dispusieran de su cuerpo muy difícilmente lo harán los familiares debido al culto y respeto que se le da al cadáver. (artículo 324)

Asimismo, la Ley General de Salud en su artículo 326 del Título Decimocuarto, intitulado Donación, Trasplantes y pérdida de la vida, nos establece: El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican:

- I. El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaz o por personas que por cualquiera circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido, y
- II. El expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

Por tanto otra limitación a la disposición al cadáver, lo es cuando un menor de edad o una persona incapacitada haya manifestado por escrito que pueden disponer de su cadáver, ya que ésta situación no está permitida por la Ley General de Salud.

Estado de Puebla

Ahora bien, el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla en su Libro Primero, Capítulo Segundo, sobre los derechos de la personalidad, establece que para disponer de la totalidad de su cuerpo o en forma parcial, se aplicarán las siguientes disposiciones:

- I. El que pretenda disponer de su cuerpo hará saber por escrito su última voluntad a sus parientes más próximos, a la institución beneficiaria y al Director del Registro Civil;
- II. Acaecida la defunción del disponente, los parientes próximos de éste lo harán saber a la institución beneficiaria y ésta gestionará ante el Juez del Estado Civil y el Director del Registro Civil la entrega del cuerpo, y
- III. El Juez del Registro del Estado Civil autorizará la entrega del cuerpo a la institución beneficiaria, si no hay inconveniente desde el punto de vista médico y oyendo la opinión de un médico legista.

Cuando existan signos externos que hagan suponer la comisión de algún delito, se requerirá la autorización del Ministerio Público¹²⁷.

Para el caso de limitación del cadáver en el Estado de Puebla, es necesario que la persona en vida haya manifestado que lo donó, en caso contrario nos encontramos nuevamente con la tesis de que el hombre trae inmerso un derecho originario de disposición de su cuerpo y corresponde exclusivamente a la persona la determinación de que deberán hacer con su cadáver.

¹²⁷ Código Civil del Estado de Puebla. - Consulta en internet. www.99.99.56.120/cjm/pxxt.djll/puebla/encabezado.

Estado de Quintana Roo

El Código Civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, también determina que toda persona capaz tiene derecho a disponer parcial o totalmente de su cuerpo para después de su muerte; y en su artículo 673 en el Libro Segundo, Primera parte especial, Título Tercero, Capítulo Diez, denominado "Derechos de la Personalidad", señala: "Puede igualmente disponerse por testamento, total o parcialmente del cuerpo del propio testador y para después de la muerte de éste"¹²⁸.

Son pues semejantes en cuanto a la disposición del cadáver en las legislaciones de los estados de Jalisco, Puebla y Quintana Roo, ya que coinciden en que la persona en vida debe manifestar por escrito su deseo de que dispongan de su cadáver. Asimismo deberán de notificar a sus familiares de su última voluntad.

Como podemos constatar, en nuestra legislación, las limitaciones a la disposición del cadáver lo son, cuando la persona en vida, no dejó por escrito o en forma tácita que pueden disponer de la totalidad de sus restos o solamente de alguno de sus componentes. Por lo que entonces podrán realizar la donación de su cuerpo, sus familiares, que en estos casos son: el cónyuge, la autoridad sanitaria, el ministerio público; la autoridad judicial, los representantes legales de menores e incapaces (sólo en caso de cadáveres), las instituciones educativas (cuando les hayan donado cadáveres para investigación); y las demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter. (Artículo 13 del Reglamento de Disposición de Órganos.)

Varios autores coinciden en que el cadáver pasa a ser una cosa, digna de respeto por haber albergado a la persona humana, por tanto se puede disponer de la totalidad del cuerpo. Sin embargo en nuestro país, esto resultaría casi imposible debido al culto y veneración que se le tiene al cadáver. Una vez que la persona ha fallecido, sus familiares

¹²⁸ Código Civil del Estado de Quintana Roo.- Consulta en internet, www.99.99.56.120.cim.lpext.all.groovencabezado

se sienten con derecho de disposición del cadáver, más bien de custodia, ya que al morir un pariente lo que generalmente se hace es encargarse de sus restos mortales sólo para velarlos y después enterrarlos o incinerarlos.

Y ya ni hablar de los cadáveres de los menores de edad. No existe legislación concreta que nos hable sobre la disposición de los cadáveres de los que alguna vez fueron niños, pues quienes tendrían que dar la autorización para que se pudiera disponer de sus restos tendrían que ser los padres o tutores y con el dolor de la pérdida de su hijo, considero que sería difícil donar el cadáver y no darle sepultura, tal y como es la costumbre.

Por tanto la principal causa de limitación de disposición del cadáver lo es cuando la persona en vida no dispuso o no dio su autorización para que pudieran utilizarlo para fines terapéuticos, de docencia o para trasplantes de órganos.

Capítulo IV.

REGULACIÓN NORMATIVA DE LOS ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVER HUMANO.

La cimentación del derecho está en las normas de equidad y justicia. Por tanto, las disposiciones legales para tener positividad y eficacia, requieren ser flexibles con los avances que otras ciencias van logrando en su radio de acción, como es el caso de los trasplantes.

Para tener fuerza y acción, no deben quedarse estancadas, sino deben ir al parejo con las ciencias auxiliares, con el fin de aplicar la ley en los momentos que la situación lo amerite, a fin de que no existan lagunas en ésta, que sólo causan confusión y la mala aplicación al caso concreto.

Para el caso de la regulación normativa de los trasplantes, se encuentran regulados por la Ley General de Salud, ¿pero no sería importante que también hubiera un apartado referente a dicho tema en nuestra Constitución Política? Por ejemplo, la Constitución de la República de Colombia contempla la disposición de componentes del cuerpo humano, como el caso del semen. ¿O por qué en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, no se abre un apartado sobre los actos de disposición del cuerpo humano?.

Aquí se podría preguntar el por qué la persona puede realizar actos de disposición sobre su cuerpo, quien lo autoriza, ¿qué actos de dominio le están prohibidos? ¿Pueden sus parientes donar sus órganos cuando ya falleció?.

Resulta sorprendente que únicamente en tres estados de la República Mexicana, en los códigos civiles se hable sobre los actos de disposición del cuerpo humano, como son:

el Estado de Jalisco, Puebla y Quintana Roo. Y en los demás territorios ¿no se generan trasplantes? O los legisladores, no consideran el tema de los trasplantes como prioritario, tal vez lo consideran algo que puede posponerse.

Veremos ahora que leyes que regulan la donación de los órganos, tejidos y cadáver humano y se encuentran vigentes. A lo largo del desarrollo de este tema trataremos de responder a todas estas interrogantes.

IV.1.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Regulación Normativa de los Órganos, Tejidos y Cadáver Humanos.

Nuestra Constitución se divide para su estudio en dos partes, siendo éstas la parte orgánica y la parte dogmática. Corresponde a la primera, el estudio de la estructura fundamental del Estado, las funciones de los órganos que la componen y las relaciones de éstos entre sí; la segunda parte se refiere al estudio de las garantías individuales.

La Constitución, no trae en específico artículo alguno que nos hable sobre la materia tema de nuestra tesis, sin embargo analizaremos de acuerdo a la organización de los Poderes Federales, a quien le compete legislar sobre dicho tema, por lo que explicaremos brevemente, en que consiste cada uno de estos.

En México, el artículo 49 de la Constitución establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en ejecutivo, legislativo y judicial. Los antecedentes de esta forma organizativa se encuentra en la teoría de la división de poderes, la cual se atribuye tanto a John Locke como a Montesquieu, pues éstos fueron los primeros en tratar el tema.

John Locke, al estudiar el supremo poder concluyó que aún cuando se hicieron diferentes divisiones de éste, siempre se tomaba en cuenta la división del trabajo; con

base en esto, consideró indispensable evitar que se concentrara en manos de una sola persona el poder, debido a que el ser humano tiende por naturaleza a abusar de éste en beneficio propio, lo que es contrario al interés colectivo y general. Para evitar que esto sucediera él propuso dividir al poder en: ejecutivo, legislativo y judicial. A su vez **Montesquieu**, planteó que los principios para organizar el poder debían tener como objetivo, controlarlo para que no se abusara de él¹²⁹.

Las características de la vida moderna han propiciado el desarrollo de una tendencia prácticamente universal que se manifiesta en el predominio del poder ejecutivo sobre los otros poderes u órganos del gobierno. En México, es indiscutible que el presidente de la República constituye el centro del poder político del sistema, y que ha ejercido un predominio sobre los órganos legislativo y judicial.

Como bien sabemos, la organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, se encuentra a cargo del Presidente, por tanto, el poder ejecutivo es el encargado de aplicar preponderantemente las normas generales, sin resolver controversias, pues su actividad tiene naturaleza administrativa y es percibida como función de gobierno. El titular de ese órgano es denominado jefe de gobierno. En la organización del Poder Ejecutivo, según se desprende del artículo 80 constitucional, se deposita el ejercicio del Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo que se denominará Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

El sistema presidencial, se estableció por primera vez en México en la Constitución federal de 1824. Las fuentes que sirvieron de base al Congreso Constituyente de aquel año, para la configuración del sistema fueron la Constitución norteamericana de 1787 y la Constitución española de Cádiz de 1812; de la primera (considerada como sistema puro o clásico) se tomaron los principios fundamentales y de la segunda, algunos elementos

¹²⁹ MORAL PADILLA. Luis.- Notas de Derecho Constitucional y Administrativo.- Editorial McGraw Hill, Interamericana Editores, México, 1997.- pp. 35, 36.

como el referendo ministerial, las relaciones del ejecutivo con el Congreso, y varias de las facultades concedidas al presidente de la República¹³⁰.

Para entrar en el tema de nuestro capítulo, tenemos entonces, que el artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las facultades del presidente de la República, y una de esas facultades lo está en el procedimiento legislativo, el cual le autoriza al ejecutivo para intervenir en tres momentos: la iniciativa, el veto y la promulgación o publicación de la ley o leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

Por otro lado, en el artículo 71 Constitucional señala que el derecho de iniciar leyes o decretos compete: Fracción I: al Presidente de la República; y fracción II: a los diputados y senadores del Congreso de la Unión.

Existe por tanto, dos formas de iniciativas: a) iniciativa presidencial: que consiste, en que el Presidente de la República inicia el procedimiento de formación de ley o decreto enviando a la Cámara de origen el procedimiento correspondiente. Esta iniciativa se turna inmediatamente a la comisión que deba determinarla, de acuerdo con el tema que trate el proyecto; y b) iniciativa de los legisladores federales: los diputados y senadores en forma individual o través de sus grupos parlamentarios, pueden presentar la iniciativa directamente ante la Cámara a la que pertenezcan.

Por ello, tanto el Presidente de la República como el Congreso de la Unión, son los facultados para iniciar el procedimiento de formación de la ley en materia de salud y específicamente con relación a la donación de órganos, tejidos y cadáver humano.

Otro artículo que nos habla sobre la facultad para dictar leyes lo es el 73 de la Constitución, que nos señala "El Congreso tiene facultad: Fracción XVI.- Para dictar leyes

¹³⁰ CARPIZO, Jorge y MADRAZO, Jorge.- Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1991, pp. 57, 58.

sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República”.

Durante los primeros años en que se realizaron trasplantes en México, se carecía de un marco jurídico que reglamentara este tipo de intervenciones. De esta manera, en 1973 su regulación queda respaldada a través del Código Sanitario Federal. Éste, a decir de algunos expertos, tenía algunas carencias, por lo que en 1976 se estableció el Registro Nacional de Trasplantes, constituido hasta la fecha, como órgano responsable de vigilar el apego a la normatividad. Años más tarde en 1984, se establece la Ley General de Salud, que en su Título Decimocuarto regula el control sanitario sobre la disposición de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos.

El pasado 28 de abril del año 2000, la Cámara de Diputados aprobó una disposición en materia de donación y trasplantes de órganos con el objeto de favorecer un crecimiento en el número de donadores. Dicha disposición entró en vigor el 27 de mayo del año 2000¹³¹.

Han sido pocos presidentes los que han legislado en materia de donación de órganos, tejidos y cadáver humano. Durante la presidencia del Lic. Miguel Alemán, se elaboró un proyecto de decreto para el aprovechamiento de órganos como tejidos, provenientes de cadáveres, el cual tenía como finalidad la investigación biológica, médico-científica y los trasplantes o injertos en seres vivos. Se pretendía establecer un banco de órganos dependiente de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, aunado a que se otorgaba la naturaleza jurídica de contrato de donación a los actos de disposición sobre el cuerpo humano y sus partes.

También en el período presidencial del Lic. Adolfo Ruiz Cortínez se elaboró el “Anteproyecto de Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el

¹³¹ SAAD. Patricia.- Entran hoy en vigor las nuevas disposiciones a la Ley General de Salud en Materia de Donación de órganos. Periódico Excelsior del sábado 27 de mayo de 2000, p. 5, col. 1 y 24 A.

cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos”, dicho decreto permitía enajenar los órganos, tejidos o fluidos humanos tanto gratuita como onerosamente.

Doce años más tarde durante la presidencia de Gustavo Díaz Ordaz, se creó una comisión a cargo de los entonces Procuradores Generales de la República y de Justicia del Distrito Federal, referente a los trasplantes de órganos y tejidos humanos, esta iniciativa supera a los anteriores proyectos de ley, ya que mejoró la terminología para la descripción de los órganos que en vida podría el donante ceder a otra persona para fines de trasplantes, asimismo prohibía la donación de órganos únicos esenciales y no regenerables de un cuerpo vivo a otro¹³².

Como se observa, en materia de trasplantes de órganos, tejidos y cadáver humano, no se ha puesto mucha atención, es decir hubo momentos en los cuales se preparaba un proyecto o decreto, más sin embargo estos no fueron atendidos con mucha atención aun cuando en México el programa de trasplantes inició en el año de 1963¹³³.

Aun cuando en 1973 surge el Código Sanitario, no es sino hasta el 3 de febrero de 1983, cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la adición al artículo 4° constitucional, en cuyo párrafo tercero se dispuso que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución”, dicha fracción como ya se mencionó establece la facultad para dictar leyes en materia de salubridad general.

Esta adición constitucional representó, además de elevar a la máxima jerarquía el derecho social mencionado, la base conforme a la cual se llevarían a cabo los programas

¹³² CONTRERAS HERRERA. Juana.- Necesidad de Reglamentar el Trasplante de Órganos del Cuerpo Humano.- Tesis.- Fac. Derecho-UNAM, 1984.- pp. 27 Y 28.

¹³³ Internet. página de la Secretaría de Salud.- Consejo Nacional de Trasplantes.- Registro Nacional de Trasplantes.

de gobierno en materia de salud, así como el fundamento de la nueva legislación sanitaria mexicana.

Una vez adicionado el artículo 4° Constitucional, el 26 de diciembre de 1983, el Congreso de la Unión aprobó la Ley General de Salud, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, entrando en vigor el 1° de julio del mismo año.

A la fecha, en nuestra Constitución Política únicamente un solo artículo nos habla sobre la materia de salud y éste es el artículo 4° en su párrafo Cuarto. La protección a la salud, la tenemos en este caso los mexicanos, a través del Sector Salud que comprende al Instituto Mexicano del Seguro Social, el Instituto de Seguridad de Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado y la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

La Ley que nos define las bases y modalidades para tener acceso a los servicios lo es la Ley General de Salud, que es de orden público e interés social. Y esta ley en su título decimocuarto nos habla sobre la donación, trasplantes y pérdida de la vida.

Considero que por ser la Constitución, la máxima de todas las leyes debiera de ahondar más sobre el tema de salud y sobre todo ir reformando aquellos aspectos que sobresalgan más por estar a la vanguardia de los progresos técnico - científico y que hacen precisa la actualización de las disposiciones reglamentarias básicas que regulan materias tales como el trasplante, que al no ser ampliamente conocido puedan causar alarma en la sociedad, pues se podría pensar que los órganos se pueden vender.

El trasplante de órganos y tejidos es, en muchos casos, la única posibilidad de vida para los pacientes, pero para ello se requiere de actuación oportuna y eficaz del personal de las distintas instituciones, centros hospitalarios puesto que pueden tomar estos órganos y tejidos de un cadáver y si no se actúa con rapidez necesaria, el órgano o tejido se vuelve

inservible, lo que ocasionaría que la persona que está en espera de que le implanten dicho órgano, se le escape la posibilidad de curarse.

Resulta interesante, el comprobar que en materia de salud, se la haya prestado muy poca atención, pues si la donación de órganos tiene una existencia en nuestro país de casi 4 décadas, pues se inició desde 1963, no es sino hasta el año de 1983 cuando en nuestra Constitución Política, se adicionó el artículo 4° Constitucional, es decir pasaron 20 años, para que entonces al derecho social se le reconociera como un derecho importante y fundamenta en nuestro país, pues éste derecho se encargaría de regular los programas en materia de salud.

Es cierto, que se crearon algunos proyectos sobre actos de disposición del cuerpo humano, sin embargo, éstos no fructificaron, ¿se debió a caso, que el Presidente en ese entonces, no hizo valer su facultad para legislar sobre los actos de disposición del cuerpo humano? o ¿porqué al Congreso de la Unión simplemente no le pareció importante y trascendente?.

Aun con la adición al artículo 4° Constitucional, considero que todavía en materia jurídica nos falta prestarle atención a los trasplantes, en comparación con otros países como Italia, que en su artículo 5° del Código Civil, señala, cuando una persona puede disponer de su cuerpo, o Colombia, que en su Constitución Política establece la venta de semen, o en Argentina en donde en su Código Civil también se encuentra regulado lo relativo a la donación de órganos, tejidos y cadáver humano.

Por ello, la inquietud de presentar este trabajo, a fin de generar en otros estudiantes la búsqueda de información que les permita proponer reformas a las leyes vigentes en materia de donación de órganos, tejidos y cadáver humano.

IV.2.- El Código Civil para el Distrito Federal y la Regulación de la Disposición de los Órganos, Tejidos y Cadáver Humanos.

En el Código Civil para el Distrito Federal, no existe artículo alguno que hable sobre la donación de los órganos, tejidos y cadáver humano, ni siquiera existe un capítulo dedicado a los derechos de la personalidad, únicamente el artículo 647 señala que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, pero considero que dicho artículo, no se puede tomar como referencia para el caso de los trasplantes.

En México, quienes han estudiado a los derechos de la personalidad los son el Lic. Ernesto Gutiérrez y González y el Lic. Alberto Pacheco Escobedo, pero es el profesor Ernesto Gutiérrez, quien defiende la postura de que exista un apartado en el Código Civil para el D. F. sobre los derechos de la personalidad, él ha propuesto que se realicen estudios legislativos con la finalidad de reformar y adicionar el Código Civil del Distrito Federal, en donde se establezca un apartado adecuado de los derechos de la Personalidad, especificando sus conceptos, así como los derechos que se protegen y su regulación civil, previa aceptación de la existencia de un patrimonio moral.

Señala que sería importante que el nombre de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se le cambiara a Comisión Nacional de Protección a los Derechos de la Personalidad, ya que es aquí donde se podría determinar cuales derechos va a proteger, además de que la Comisión sabría con precisión que es lo que debe vigilar para respetar a los habitantes del país.

Sigue proponiendo el profesor Ernesto Gutiérrez, que es fundamental que se establezca una Procuraduría de los Derechos de la Personalidad, en la cual se proporcione ayuda gratuita a todos los habitantes del país que sufran un ataque a tales derechos, ya provenga ese ataque del Estado por abuso de sus funcionarios públicos, ya de particulares abusivos.

Manifiesta también que una vez reformado el Código Civil del Distrito Federal, se tendría ya a la vista, la materia de los derechos que se deberán de proteger por la comisión y que es lo que se debe vigilar.

A este respecto, considero necesario que efectivamente debiera existir un apartado dedicado a los derechos de la personalidad, porque si bien es cierto que el Código Civil, regula ciertos aspectos que entrarían dentro de estos derechos, sería más eficaz que se describiera con exactitud cuales son y que protegen. Lo anterior a fin de que los gobernados pudiéramos distinguir y saber con precisión en que consisten, como se clasifican, cuales son nuestros derechos y obligaciones.

Esto es, porque aún cuando existen delitos que están debidamente tipificados, también hay aquellos en donde no existe sanción alguna, tal es el caso del maltrato psicológico, cuando no valoran al individuo por lo que es, sino por lo que hace y esto lesiona su autoestima, lo minimiza como persona, es decir lesiona su salud mental y sobre esta situación no existe sanción alguna, porque no se divulgan, no salen en la nota roja del periódico y por tanto no se da el interés.

Por ello, sería importante que los legisladores abrieran un espacio en sus agendas de trabajo, para poder establecer que dentro del derecho civil se regulen los derechos de la personalidad, ¿Qué regulan?, ¿Cómo se clasifican?, ¿En qué nos ayudaría dicho apartado?

Se me hace ilógico que en el Código Civil para el Distrito Federal, no exista un apartado dedicado a dicho tema, pues yo creo que el D. F. al ser la capital del Estado y sede de los tres poderes, aunado a que el Código Civil para el Distrito Federal también es de aplicación para toda la República, luego entonces, es quien debiera de dar el ejemplo sobre el progreso del derecho, para que se vea que también va avanzando al parejo con las otras ciencias como en el caso de la medicina, es decir, que este a la altura de su tiempo.

No es posible que Estados como Quintana Roo, Puebla y Jalisco, sean los únicos que le hayan dedicado un apartado en su Código Civil, a los derechos de la personalidad, no porque menosprecie la labor realizada por su Congreso Local, sino porque al ser el Distrito Federal una ciudad tan grande, en donde el derecho se debe de adelantar a las situaciones que se presentan en las ciudades que van creciendo ya sea en urbanismo, desarrollo demográfico, con problemas sociales, económicos, de atención a la salud, etc., los legisladores no hayan previsto esa situación o a lo mejor no se han dado cuenta de que ya existen los derechos de la personalidad.

¿Por qué únicamente sólo en tres Estados de la República en sus Códigos Civiles se habla de los derechos de la personalidad?, o ¿Es que no merece la atención por parte del resto de las legislaturas, el que se regule sobre la naturaleza jurídica del cuerpo humano? ¿Hasta dónde la persona tiene derecho sobre su cuerpo? ¿Cuál es la situación jurídica de los trasplantes?

Ahora bien, como en el Código Civil para el Distrito Federal, no existe apartado que hable mínimamente sobre los derechos que la persona tiene sobre su cuerpo, entonces yo me pregunto, ¿Cuál es la situación jurídica aquí en el Distrito Federal sobre la disposición de órganos, tejidos y cadáver humano?. No podemos negar que la ciencia médica en su afán de realizar por todos los medios la supervivencia del hombre, así como su buen estado de salud, vaya más adelante que el derecho, pero también debe preocuparse de actualizarse al mismo tiempo que las ciencias físicas, naturales y sociales, en esas situaciones jurídicas que con el crecimiento de las grandes ciudades van demandando los propios individuos, como en el caso de los trasplantes.

Podemos decir entonces, que ¿La disposición de órganos, tejidos y cadáver humano puede tener la figura del contrato de donación? ¿Puede ser un legado? o ¿Una sucesión? Al respecto, analizaremos las tres situaciones:

Por lo que se refiere a las donaciones tenemos que el contrato de donación es "aquél por virtud del cual una persona llamada donante se obliga a entregar gratuitamente a la otra llamada donatario, una parte o la totalidad de sus bienes presentes, debiéndose reservar lo necesario para vivir según sus circunstancias y que produce el efecto traslativo de dominio, respecto de los bienes que sean materia del contrato"¹³⁴.

En esta definición la palabra obliga, no es congruente con la palabra donación, ya que la donación es entregar en forma gratuita algo, más bien podríamos decir que el donante concede en entregar gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes, si entendemos que el significado de la palabra bien, no es solamente tener dinero, sino que también lo es tener un buen nombre, buena fama, por tanto, nuestro cuerpo también puede ser considerado un bien, el cual se encuentra fuera del comercio, es un bien extrapatrimonial.

Las características del contrato de donación son las siguientes:

a) Contrato traslativo de dominio.- su transmisión no es esencial que opere en el momento de la celebración y perfeccionamiento del contrato, es decir la transmisión del bien puede diferirse a cierto tiempo, por voluntad de las partes o por la naturaleza de las cosas.

En este caso estaríamos hablando que en caso de la donación de órganos, tejidos o cadáver de seres humanos tendríamos que esperar hasta la muerte del donante para realizar la transmisión de la cosa materia del contrato.

b) Este contrato implica una liberalidad por parte del donante. La transmisión de la propiedad es gratuita.

¹³⁴ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel.- Contratos Civiles.- Edit. Porrúa. 2ª edición, México, 1985, p. 123.

Aquí no podríamos hablar de una liberalidad, pues no creo que al desprendernos de algún tejido u órgano la persona se sienta libre, más bien podríamos decir que para el caso de los trasplantes el contrato implica un acto altruista, pues la persona que donará un componente de su cuerpo no está obligada, sino que lo hace por la firme convicción de querer ayudar al prójimo.

c) El objeto del contrato debe recaer sobre bienes o derechos presentes de carácter patrimonial, propiedad del donante en el momento de la celebración.

En estos casos se entiende que recae sobre órganos, tejidos, sangre, etc., que son propiedad del donante y que forman parte del patrimonio de la persona.

Al respecto, el Código Civil en su artículo 2332 señala: "Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes".

Como se observa en la definición que establece el Código Civil, ya no se utiliza el vocablo **obliga**, más bien se maneja la palabra **transfiere**, entendiéndose por esto la "acción de ceder a otro el derecho sobre una cosa"¹³⁵. En el caso de la donación de órganos, tejidos y cadáver humano, lo que se transfiere es algún componente del cuerpo humano y entonces éstos, no se otorgan cuando se celebra el contrato, sino dependiendo del órgano que se haya donado, ejemplo, si se donan los ojos entonces la transferencia se hará después de la muerte del *de cuius* y si la donación comprende médula ósea, la transmisión se realizará en la fecha que determinen los contratantes. Por ello la transmisión se puede realizar en *vida* o cuando el disponente originario haya fallecido.

¹³⁵ Diccionario de la Lengua Española Esencial.- Larousse, Editorial S. A.- 1ª edición, México, 1994, p. 654.

Dicha transmisión se da en forma gratuita y los órganos, tejidos o cadáver son propiedad de la persona en vida, por lo que la donación en materia de trasplante reúne las tres características del contrato de donación.

Sin embargo, en el artículo 2338, nos señala lo siguiente: "Las donaciones sólo pueden hacerse entre vivos y no pueden revocarse sino en los casos declarados en la ley."

Ante esta situación, surge entonces un problema ¿qué pasa cuando la persona en vida no dispuso que donaba partes de su cuerpo para fines de trasplante, terapéuticos, científicos o de docencia? y entonces, quien decide realizar el acto de donación, son los padres, o el cónyuge, o tutores, o los hermanos, ¿ya no se considera entonces donación? Porque la persona no tuvo la precaución de manifestar en vida que quería donar sus órganos, tejidos o cadáver humano. ¿De que acto jurídico estaríamos hablando?.

Para realizar la donación de sus órganos, tejidos y cadáver, la persona en vida lo pudo realizar a través del consentimiento expreso y consentimiento tácito. En la donación expresa se debe constar por escrito lo que se pretende donar. Y en la donación tácita: si la persona no manifestó su negativa de que su cuerpo o alguno de sus componentes pudieran ser utilizados, esta acción la pueden realizar sus familiares.

Una vez hecha la aclaración, entonces no hay concordancia entre lo que manifiesta el Código Civil contra lo que señala la Ley General de Salud, ya que por una parte el Código Civil establece que la donación es entre vivos y por otra parte la Ley General de Salud, nos habla de la donación tácita, que es cuando la persona ya falleció, en donde se supone que no importa si el *de cuius* no manifestó en vida, tanto por escrito como en forma verbal su deseo de donar sus órganos, entonces tenemos, que este tipo de donación es nulo, primero porque no se realizó en vida del donante sino que se hizo *post mortem*. El artículo 2339 del Código Civil para el Distrito Federal, nos dice que las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por las

disposiciones relativas a las sucesiones; y segundo porque el artículo 2342 del Código Civil, nos señala que las donaciones verbales se pueden realizar únicamente sobre bienes muebles, y entonces nuevamente tenemos otro problema con respecto a lo establecido en la Ley General de Salud, en cuanto a las donaciones tácitas.

Esto significaría entonces ¿que las donaciones después de la muerte ya no son donaciones, sino que se denominan sucesiones?

Podremos decir pues, ¿para adquirir órganos, tejidos o cadáver humano lo es a través del legado? Si entendemos que el legado según la definición que nos proporciona el maestro **Rafael Rojina Villegas**: "Es la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, a favor de una persona y a cargo de la herencia, de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte"¹³⁶.

¿El hecho de disponer de los órganos, tejidos y cadáver humano después de la muerte de la persona se considera legado?, Porque si analizamos la definición, es una transmisión gratuita hecha por el testador de un bien, en este caso el testador es el disponente originario, el bien sería algún órgano, tejido o su cuerpo, el heredero lo será la persona que va a recibir ese bien, cuya posesión la tendrá al momento en que se realice el trasplante de órganos, tejidos o en su caso cuando se va a estudiar el cadáver ya sea para fines científicos o de docencia.

Entonces, el término jurídico exacto para hablar sobre la disposición de los órganos, tejidos y cadáver humano cuando la persona en vida no dispuso ya sea en forma escrita o verbal, que podrían disponer de algunos componentes de su cuerpo para después de su muerte. Sería: ¿legado?

¹³⁶ ROJINA VILEGAS, Rafael.- Derecho Civil. Título IV, p. 275 (Citado por VÁZQUEZ CAMPREL, Jorge.- El Cuerpo Humano Considerado como un Bien Jurídico.- Tesis.- UNAM, 1971, p. 51.)

De lo anteriormente explicado, entonces, el legado es una institución de derecho civil que surte efectos *post mortem*, de aquí, que en la actualidad si podamos establecer que la adquisición de todo o parte del cadáver no afecta la esfera jurídica del muerto, ya que el *de cuius*, manifestó su voluntad en el sentido de que se disponga de parte o de la totalidad de lo que en vida fue su cuerpo, por lo que no se viola ningún precepto.

Aunque yo más bien estoy de acuerdo con lo que establece el artículo 2339, que señala que las donaciones que se hagan para después de la muerte se registrarán en lo relativo a las sucesiones y a continuación analizaremos este tema.

Sucesión, ha sido la Institución por la cual se transmite la propiedad, así como los derechos y obligaciones que tenía en vida el autor de la sucesión, a través del acto jurídico llamado testamento.

Ruggiero define al testamento "como un acto solemne, unilateral, espontáneo y revocable, por el cual una persona determina el destino de su patrimonio para después de su muerte y reglamente su relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva"¹³⁷.

Conforme a esta definición, tenemos que el destino de su patrimonio y de acuerdo a lo ya analizado en el capítulo III, estaríamos hablando de su patrimonio moral no pecuniario, sería el que dispusieran de cualquier parte de su cuerpo para realizar actos de trasplantes.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1295, nos proporciona la definición de testamento: "Es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte."

¹³⁷ RUGGIERO DE, Roberto.- ob. cit., p. 143.

Tomando en cuenta esta definición, entonces, una persona puede manifestar libremente que dispongan de su cadáver y órganos, ya sea para fines terapéuticos, de investigación o docencia, para que hagan de éste lo que consideren prudente y necesario.

Desprendiéndonos de los antiguos conceptos morales en que el cadáver era sepultado y se dejaba en el eterno descanso, nos encontramos en la actualidad que al enterrar al sujeto, no es más que una medida sanitaria, ya que si no se entierra o incinera, éste se descompone y causaría innumerables enfermedades.

Una vez expuestas las tres formas en que pudiera regularse la situación jurídica de los órganos, tejidos y cadáver humano, tenemos entonces que:

- a) A través del contrato de donación la persona puede otorgar sus órganos tejidos y cadáver humano en vida.

Por lo que considero, que la forma más simple para poder disponer de cualquier componente del cuerpo humano, lo es, a través de la donación, sin embargo, se deben de realizar modificaciones a la Ley General de Salud, en la parte que señala que existe donación de órganos cuando una persona ya falleció, lo correcto sería que existe una sucesión de órganos, tejidos y cadáver humano.

- b) En el caso del legado la persona puede transmitir sus bienes sólo después de su muerte.

En este caso, tendríamos que esperar a que la persona falleciera para poder disponer de sus órganos, tejidos y cadáver humano y a decir verdad sería una espera inútil y un tanto ambiciosa, porque entonces deseáramos con todo fervor que la persona que va a legar sus órganos, tejidos y/o cadáver se muera lo más pronto posible, para que podamos disponer de dichos bienes, los cuales pueden ayudar a salvar otra vida, lo que resultaría incongruente, pues se desea la muerte de una persona para salvar la vida de otra.

- c) En cuanto al testamento, igualmente tendríamos que esperar el deceso de la persona para poder utilizar sus órganos, tejidos y/o cadáver humano.

Cuando ahora, con los avances de la ciencia médica, ya no tiene uno que desear la muerte de nuestro prójimo para poder salvarnos, ya que como menciona el Dr. Luis Ángel Terán, director General del Registro Nacional de Trasplantes "está comprobado que la sustitución de un órgano insuficiente, resulta más segura y más económica, que acudir a prácticas que sólo alivian, como es el caso de la diálisis o hemodiálisis"¹³⁸.

Aunque también el Dr. Rubén Agüero Sánchez, Coordinador Nacional de Trasplantes del IMSS, declaró a la revista de Salud: "hay que concientizar a la población, en el sentido de que es ya imperativo acrecentar el número de donadores cadavéricos. En lugar de enterrar esos órganos que pueden ofrecerlos a quien todavía en vida mucho los necesita". Sigue diciendo el doctor que "tratándose de un donador vivo implica el riesgo de mutilar a alguien"¹³⁹.

Derivado de lo anterior, resulta importante que los legisladores analicen con más detenimiento el tema de los trasplantes, ya que no podemos quedarnos a la zaga de países como Estados Unidos, España, Colombia, Argentina, Italia, Suiza en donde están conscientes que los trasplantes incrementan la esperanza de vida de los individuos y existe regulación en sus códigos civiles. Por ejemplo el Código Civil de Colombia contempla la donación o venta de semen u óvulos para la fecundación artificial¹⁴⁰.

En cuanto al Código Civil de España, existe un apartado en el que se regula:

¹³⁸ Revista Magazine Salud de la Secretaría de Salud de fecha 31 de enero de 2001, p. 6.

¹³⁹ Ídem.- p. 4.

¹⁴⁰ LEAL DAVIDA, Orlando.- La Problemática Jurídica Colombiana de la Reproducción Humana asistida.- Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana.- N° 87-88, S/F.

"Los derechos sobre el cuerpo humano"; "protección del cuerpo humano"; "actos dispositivos del cuerpo humano o la integridad corporal"

Por ello México, debe elaborar un Decreto o Ley en el que se especifique claramente la normatividad respecto a los trasplantes de órganos y sobre todo que se abra un apartado en nuestro Código Civil en donde se regule sobre los actos de disposición de nuestro cuerpo y más que nada, que esos actos estén debidamente especificados con la finalidad de evitar confusiones y malos entendidos.

Coincido con el profesor Ernesto Gutiérrez y González, de establecer un apartado en el Código Civil para el D. F., sobre los derechos de la personalidad y dentro de éste los actos de disposición del cuerpo humano, por lo que mi propuesta sería la siguiente:

1) Derecho a la vida:

Porque el simple hecho de concebir a un ser humano, se le debe respetar como persona, pues ya tiene vida propia, aún cuando dependa del cuerpo de la madre para poder subsistir, es una persona diferente, el derecho a la vida es innato a toda persona por el simple hecho de existir y como señala Castán Tobeñas: "Entre los derechos de la personalidad, llamados con mucha razón, derechos esenciales, ninguno lo es tanto como el derecho a la vida, ya que ésta es el bien supremo del hombre, sin el cual no cabe la existencia y el disfrute de los demás bienes"¹⁴¹.

Por otra parte el hombre debe salvaguardar y respetar su vida, por lo que tiene la obligación moral de llevar a cabo todos los medios ordinarios para conservarla.

¹⁴¹ ob cit.- DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo.- p. 46.

2) Derecho a la libertad:

Entendida ésta, como el derecho para poder realizar sus fines y desarrollarse como ser humano. A realizar la actividad o profesión que más le agrade, a expresar sus ideas a no estar sometida a nadie, a que no se le coaccione su derecho de disfrutar la vida, para vivirla plenamente, en el ejercicio de sus facultades psíquicas e intelectuales, comprendiendo el pensamiento, la expresión, etc.

3) Derecho a la integridad física y mental:

Que equivale, al respeto que se le debe de tener a la persona, tanto en su aspecto emocional como en su aspecto físico, que no sea maltratada, que no se atente contra su integridad corporal y emocional, que no sea humillada, ni se le minimice su persona, su autoestima, ya sea por la edad, sexo o por algún trastorno físico. En la actualidad estamos viviendo el fenómeno en materia laboral de las personas que rebasan los 40 años de edad y ya no pueden encontrar trabajo, aquí ante esta situación se está lesionando su integridad emocional.

4) Derechos relacionados con el cuerpo humano:

Como puede ser, la disposición de partes del cuerpo, ya que este derecho de disposición como dice Savigni: que no puede desconocerse que el hombre dispone lícitamente de sí mismo y de sus facultades y que por tanto esta posesión de nosotros mismos no tiene que ser reconocida y definida por el Derecho positivo. Y yo creo que por eso el Derecho no ha podido definir con exactitud hasta donde el hombre tiene derecho sobre su cuerpo, lo que sí considero conveniente es que se regule hasta dónde el hombre puede disponer de su cuerpo.

5) Derechos sobre el cadáver:

En la actualidad en nuestro país, el hecho de pensar en que se pueda utilizar partes del cadáver o celebrar un contrato respecto a éste, es considerado una herejía, debido al culto que se le brinda a los muertos, pues éstos son enterrados o incinerados, por lo que se piensa que el cadáver es algo intocable y que se le debe especial veneración. Sin embargo, con el avance de la cirugía en materia de trasplantes, ha ocasionado que se utilicen algunos componentes del cadáver que pueden servir para ayudar a otras personas que padecen de enfermedad y que solamente pueden mejorar a través de un trasplante. Por ello, resulta importante que se respeten los actos de disposición que la persona realice con respecto a lo que algún día se convertirá su cuerpo, en cadáver.

El profesor Ernesto Gutiérrez y González señala "que la persona en vida no puede tener derecho sobre lo que no es aún y en el momento en que sea cadáver, deja de tener derechos por no ser ya, ser humano"¹⁴². Sin embargo, yo considero que la persona sí puede disponer de su cuerpo para cuando sea un cadáver a través del acto jurídico del testamento.

6) Derecho al honor o reputación:

Comprenden. las ofensas, cuando indebidamente se realicen manifestaciones públicas sobre la vida privada o familiar de otro, cuando se hagan públicas cartas o notas personales (con excepción de que el autor haya dado su consentimiento)

En este derecho, cabría la reparación del daño moral, no el pecuniario, aunque de que manera la autoridad va cuantificar el daño moral

¹⁴² ob. cit.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.- p. 984.

que causó una persona que ha difamado a otra en manifestaciones públicas o medios masivos de comunicación. O en los casos cuando se detiene a un individuo que está acusado de cometer algún delito y cuando se realiza la investigación resulta que no es cierto, que no se le encontró culpable y después de haber permanecido largos meses privado de su libertad, la autoridad lo deja libre, diciéndole disculpe usted.

Pero ¿quién le va a reparar el daño moral que le ocasiono tal situación?. Al respecto, el Código Civil del D. F. en su artículo 1916, establece que "por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas"¹⁴³.

Ante esta situación no hay dinero que valga y que haga valer el que una persona vuelva a tener su buena reputación, su buen nombre, el propio Código Civil, señala en este mismo artículo que "cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero...", pero vuelvo a preguntar ¿cuánto cuesta el que nos difamen nuestro honor, nuestra reputación?

¿Con el pago en dinero la persona se recupera de ese daño sufrido? Yo creo que no puede haber recuperación con el pago en dinero, pues la ofensa una vez hecha pública difícilmente es olvidada por la sociedad.

¹⁴³ ob. cit.,- Agenda Civil, p. 202.

7) Derecho al nombre:

Todo hombre tiene derecho a tener un nombre que lo identifique de los demás individuos, para atribuirle capacidad e incapacidad, un cierto estado civil, etc. por tanto quien debe hacer uso de éste es el propio titular y entonces debe existir una prohibición de que otro lo use, para beneficio personal.

Para el caso de la cesión gratuita de órganos, tejidos y cadáver humano, es importante que se verifique que sea realmente la persona que manifestó en vida que otorgaba componentes de su cadáver, no vaya a suceder que se tomen órganos de otra persona.

Si bien es cierto, que en los países desarrollados, el tema de los actos de disposición del cuerpo humano, ya se encuentran regulados desde el año de 1942 como en el caso de Italia que en su Código Civil artículo 5 señala que los actos de disposición del cuerpo humano están prohibidos cuando causen una disminución permanente de la vida humana, o cuando sean contrarios al orden público, la moral y las buenas costumbres.

En nuestro Código Civil Federal únicamente se establece que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Si aquí la autoridad me está otorgando la libertad de disponer libremente de mi persona, quiere decir entonces que puedo cometer actos de comercio, es decir, puedo vender un riñón, médula ósea, no estaría violando ningún precepto, puesto que al desprenderme de éstos no ocasionaría ninguna merma de salud en mi persona, tampoco considero que esta decisión es contraria a la moral o las buenas costumbres.

Probablemente se me criticaría tal decisión y la sociedad se sorprendería, como le sucedió al profesor Eduardo Bregman, quien agobiado por las deudas, puso un anuncio en el periódico La Nación en el año de 1997 en Argentina, en donde ofrecía dicho órgano por la cantidad de mil ochocientos dólares, que es a lo que ascendía su deuda. Este profesor

manifestó que decidió que fuera el riñón pues en investigaciones que realizó un médico le informó que se podía vivir hasta con un tercio de riñón¹⁴⁴. Claro está que en Argentina si se encuentra penado la venta de órganos y tejidos.

Sería importante analizar nuestra legislación y realizar reformas, con la finalidad de crear un título dedicado a los actos de disposición del cuerpo humano. Porque si en Argentina que se encuentra penado la comercialización de órganos, tejidos ya hubo una persona que enfrentándose a esa disposición puso en venta un riñón.

No debemos seguir especulando en nuestro derecho, sobre los actos que podemos realizar en nuestro cuerpo o sobre la naturaleza jurídica, si ya algunos países regulan tal situación y existen diversa teorías al respecto, porqué nuestro derecho se sigue quedando rezagado y entonces los únicos que se interesen en el tema sea el sector salud.

Si en estos momentos padecemos lagunas en cuanto a la aplicación de la norma en el tema de los trasplantes, que va a pasar entonces con la nueva era de la medicina denominada clonación, ¿cuántos años van a pasar en nuestro país para que se tome en cuenta a las investigaciones realizadas por la medicina para conservar la vida humana?.

IV.3.- Los Códigos Civiles Estatales con Regulación diversa a la Legislación Distrital sobre la Disposición de los Órganos, Tejidos y Cadáver Humanos.

Como ya estudiamos en el tema anterior, en el Código Civil del Distrito Federal y de aplicación en toda la República, no existe un apartado que hable sobre los derechos de la personalidad, y aquí es donde debería de existir un capítulo dedicado a los derechos sobre el cuerpo, para que de ahí surgieran otras leyes relativas a proteger ¿hasta dónde el hombre puede donar parte de sus órganos?, y ¿hasta dónde es dueño de su cuerpo? y

¹⁴⁴ Consulta en Internet. • <http://www2.lanacion.com.ar/suples/enfoques/980104/en-03.htm>

sobre todo ¿cuál es la situación jurídica o en dónde una persona debe basarse en el caso de querer donar u otorgar a través de testamento sus órganos con la finalidad de que se realicen trasplantes y se pueda salvar la vida de personas que tiene la esperanza de seguir viviendo?.

Es indudable que el fenómeno de los trasplantes de órganos ha adquirido un auge inusitado en nuestro medio en los últimos años, de ahí que **Gert Kummerow**, señaló que "los legisladores no se han podido liberar del influjo de argumentos extraños al derecho, tales como el respeto a la religiosidad de la muerte, la sacralidad del cuerpo humano, los alegatos de corte sentimental o familiar sobre el cadáver; que indudablemente conspiran contra la edificación de fórmulas rectoras precisas y eficaces de actos de disposición sobre el propio cuerpo o los derechos que otros ostenten sobre su cuerpo"¹⁴⁵.

Y creo que tiene razón, pues en verdad en Latinoamérica son pocos los países que se pueden dar el lujo de poseer una completa legislación al respecto.

Como en el caso de nuestro país, pues de los 31 Estados y un Distrito Federal que integran la República Mexicana, solamente 3 son los que en su Código Civil, se tiene establecido un capítulo relativo a los Derechos de la Personalidad y que hablan sobre la disposición del cuerpo tanto en vida como después de la muerte, dichos Códigos son los siguientes:

1) Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, en este Código en su Libro Primero que se refiere a Personas en su Capítulo Segundo denominado Derechos de la Personalidad, consta de 15 artículos, que corresponden del 74 al 88 y los artículos que se refieren a la disposición del cuerpo son:

¹⁴⁵ KUMEROW, Gert.- Perfiles Jurídicos de los Trasplantes en seres Humanos, Fac. Derecho, Univ. de los Andes, Venezuela, 1969, pp. 9 y 10 (Citado en SANGUINO MADARIAGA, Alino.- Revista Estudios de Derecho, Año XV.- 2ª época.- Mzo-sep, 1984.- Vol. XLIII.- N° 105-106.- pp 400-401.)

Artículo 80.- Toda persona capaz tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra y puede igualmente disponer de su cuerpo, para después de su muerte, con fines terapéuticos, de enseñanza o de investigación.;

*Artículo 81.- En el segundo de los supuesto previstos en el artículo anterior, se aplicarán las siguientes disposiciones:

I.- El que pretenda disponer de su cuerpo hará saber por escrito su última voluntad a sus parientes más próximos, a la institución beneficiaria y al Director del Registro Civil;

II.- Acaecida la defunción del disponente, los parientes próximos de éste lo harán saber a la institución beneficiaria y ésta gestionará ante el Juez del Estado Civil y el Director del Registro Civil la entrega del cuerpo, y

III.- El Juez del Registro del Estado Civil autorizará la entrega del cuerpo a la institución beneficiaria, si no hay inconveniente desde el punto de vista médico y oyendo la opinión de un médico legista.

Cuando existan signos externos que hagan suponer la comisión de algún delito, se requerirá la autorización del Ministerio Público¹⁴⁶.

Cuan benéfico e importante resulta que exista regulación sobre la disponibilidad del cuerpo humano, pues el hombre al vivir en sociedad se rige por normas para poder convivir, por tanto cuando uno sabe que existe normatividad para poder realizar esto o aquello es más fácil la convivencia así como el tomar decisiones, pues uno ya está consciente de lo que tiene que realizar con base a la normatividad.

En este Código Civil del Estado de Puebla viene más específico los actos de disposición del cuerpo humano, y yo creo que es correcto que se especifique con claridad lo que una persona debe de realizar antes de su muerte o que prevenga lo necesario para

¹⁴⁶ Consulta en Internet.- Página Intrasat.- Compilación Jurídica.- 4 de junio de 2001.

después de su muerte, para el caso en que haya decidido que dispongan de partes de su cuerpo o de la totalidad del mismo, porque con los trámites administrativos que a veces se realizan y que son muy tardados se pierde tiempo y para el caso de disposición de órganos, lo que más interesa es el plazo puesto que algunos órganos después de que fallece la persona tienen que extraerse de forma inmediata antes de que pierdan sus características y uno de esos órganos en los que se requiere la pronta actuación de los médicos lo es el pulmón.

2) Código Civil del Estado de Jalisco, en el Libro Segundo de las Personas y de las Instituciones de Familia en su Título Primero, de las Personas Físicas, en su Capítulo II denominado de los Derechos de la Personalidad, el cual consta de 17 artículos del 24 al 40. Y sobre la disposición del cuerpo nos hablan los artículos:

Artículo 36.- "Toda persona capaz, tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra, siempre que tal disposición no ponga en peligro la vida del disponente."

Artículo 37.- "Puede igualmente disponer de su cuerpo total o parcialmente, para después de su muerte, con fines terapéuticos, de enseñanza o investigación."

Artículo 38.- "La disposición de cuerpos, órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos y de investigación, será siempre a título gratuito."

Artículo 39.- en el caso de disposición de cuerpos, total o parcialmente para después de la muerte, el consentimiento para ello se registrará por cualesquiera de las siguientes formas:

- 1) Deberá hacerse constar mediante testamento público abierto;
- 2) Expresarse por escrito ratificando su firma ante notario público, depositando tal documento ante sus parientes más próximos, con quienes

- conviva; en caso de no convivir con parientes, el depósito será con persona de su confianza;
- 3) Surtilrá efectos la declaración que se haga en forma expresa ante las autoridades competentes de vialidad o tránsito, con motivo de la expedición de los documentos en los que conste la autorización para conducir automotores, y
 - 4) La autoridad respectiva deberá percatarse que se cumplieron los requisitos antes indicados y entregará el cuerpo u órgano al beneficiario, recabando previamente la opinión de un médico legista."

Artículo 40.- "La disposición de órganos con fines terapéuticos de personas fallecidas, podrá también consentirse por quienes sean sus familiares y hubieren convivido con la persona fallecida durante los dos últimos años que hayan precedido a su fallecimiento".

Como se observa en este Código, no se maneja la palabra de donación en ningún momento, más bien establece el "acto de disposición" asimismo señala para el caso de que la persona dispuso que después de su muerte pueden utilizar sus órganos, o todo su cadáver, lo realice a través del testamento, bien por los legisladores ya que establecieron que no es una donación cuando se otorgan los componentes del cuerpo humano del *de cuius*, sino que manejan la situación del testamento.

Asimismo en este código se contempla que únicamente la disposición de cuerpos será siempre a título gratuito, por lo que al menos en este estado no podrá ninguna persona vender órganos o tejidos.

3) Código Civil para el Estado de Quintana Roo, en el Libro Segundo; Primera Parte Especial del Derecho de las Personas, en su Título Tercero sobre los atributos de la personalidad y de las instituciones relacionadas con algunos de ellos, en su

Capítulo X sobre los Derechos de la Personalidad, que consta de 14 artículos del 666 al 679 y los artículos que nos hablan sobre la disposición del cuerpo lo son:

" Artículo 672.- Toda persona capaz tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra, siempre que tal disposición no ocasione una disminución permanente de la integridad corporal del disponente ni ponga en peligro su vida.

Artículo 673.- Puede igualmente disponerse por testamento, total o parcialmente del cuerpo del propio testador y para después de la muerte de éste"¹⁴⁷.

Se observa que también en este estado se toma en cuenta el acto de disposición del cuerpo en beneficio de otro lo será a través del testamento. Asimismo no habla del acto de donación, sino de disposición. Aunque únicamente son dos artículos que hablan sobre el derecho que tiene la persona sobre su cuerpo, es mejor que no tener ninguno.

4) Código Civil del Estado de Tlaxcala; aunque en este código no existe un título dedicado a los derechos de la personalidad, sí establece al menos en su Libro Cuarto Intitulado De las Obligaciones, Título Quinto disposiciones sobre responsabilidad civil, Sección Tercera de la Reparación del daño y de los perjuicios en su artículo 1402, que a la letra dice: "El daño puede ser también moral cuando el hecho ilícito perjudique a los componentes del patrimonio moral de la víctima. Enunciativamente se consideran componentes del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la cara e integridad física de la persona misma."

En los Códigos Civiles de los estados de Puebla, Jalisco y Quinta Roo, se encuentran al menos tres similitudes:

¹⁴⁷ Idem.

- a) La persona capaz tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo, en beneficio terapéutico de otra.
- b) El que pretenda disponer de su cuerpo la hará saber por escrito.
- c) La disposición de su cuerpo puede ser total o parcialmente.

Se puede decir entonces, que si los legisladores se pusieran a trabajar en un proyecto de ley para los códigos civiles de los estados en los que no se contempla la materia de los derechos de la personalidad, no habría tanto problema sobre investigar cuales son, porque por una parte el profesor Ernesto Gutiérrez, ya tiene elaborado un esquema aunque él mismo señala que no necesariamente tienen que ser los que propone, y por otro lado, ya existen tres estados que hablan sobre el tema.

Y en el Código Civil de Tlaxcala, se hace mención sobre el patrimonio moral, por lo que creo que es importante que se haga dicha reforma, ya que no podemos seguir pensando que los derechos de la personalidad son lo mismo que las garantías individuales, pues los primeros tutelan la integridad física y moral del individuo y los segundos son el conjunto de leyes que protegen a los gobernados frente a los actos de autoridad, es decir, los derechos de la personalidad no son patrimoniales, y las garantías que protegen los atributos de la persona no pueden ser valorados en dinero, sin embargo, la violación de los mismos sí puede producir efectos patrimoniales.

Es pues, un poco ilógico que en la República Mexicana, únicamente en tres estados exista en su Código Civil un apartado dirigido a los derechos de la personalidad. Aun cuando cada Estado es independiente para legislar sobre sus leyes, yo considero que en el caso de que las normas beneficien a todos los mexicanos, la regulación de las mismas debiera de ser de orden federal, y no únicamente que parezcan actos aislados.

Resulta importante que en nuestro Código Civil para el Distrito Federal y que es tomado como ejemplo en el ámbito federal, no se haya realizado un apartado dedicado a

los derechos de la personalidad, pues creo que al hacerse el proyecto de ley y que éste se aprobara y si incluyera en el Código, los demás estados realizarían lo mismo y entonces así ya estaríamos hablando de que el derecho en nuestro país va avanzando y no se va quedando rezagado.

Por ejemplo el Código Civil de Argentina tiene un apartado que se refiere a los trasplantes de órganos y materiales anatómicos, consta de 13 capítulos y un total de 64 artículos. El Código Civil de Colombia contempla los derechos de la personalidad y dentro de este apartado el derecho sobre el cuerpo o partes integrantes de él y ni que hablar de Alemania, Italia, España, por mencionar a algunos, en donde realmente se han realizado estudios dedicados a los derechos de la personalidad y yo estoy convencida que en nuestro país existe personal altamente calificado que puede desarrollar una propuesta en donde se especifique con claridad todo lo relativo a los derechos de la personalidad, e indudablemente a los trasplantes de órganos, tejidos y cadáver humano.

IV.4.- La Ley General de Salud y la Regulación de la Disposición sobre Órganos, Cadáver y Tejidos Humanos.

La facultad de la Federación para legislar en materia de salubridad pública no se encontraba prevista en el texto original de la Constitución federal de 1857; es hasta en una reforma constitucional de fecha 12 de noviembre de 1908, cuando se otorga esta atribución a los poderes federales, refiriéndose expresamente a la "salubridad general."

Es indudable que en materia de donación de órganos, tejidos y cadáver humano, aun cuando ya se habían realizado algunos trasplantes durante el año de 1963, no es sino hasta el año de 1973 cuando se empieza a tomar en serio el tema de los trasplantes y se crea el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos.

Este ordenamiento inicia su vigencia a los 30 días siguientes a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, que tuvo lugar el 13 de marzo de 1973, comprendía 15 títulos, de los cuales el décimo estaba dedicado a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, este título constaba de un capítulo único, integrado por 16 artículos.

Dicho Código señalaba que para utilizar cadáveres de seres humanos o partes de ellos con fines de trasplantes, investigación, docencia o necropsia, se requería del permiso del sujeto en vida o en su defecto de uno de sus familiares más cercanos.

No señalaba con precisión que signos de muerte debían presentarse para certificar la pérdida de la vida y poder separar un órgano de un cadáver a efecto de ser trasplantado. Otro punto que establecía dicho código, es que prohibía que las personas privadas de su libertad, los menores de edad, los enajenados mentales, los que se encontraban en estado de inconsciencia y las mujeres embarazadas donaran algún órgano o tejido.

En el año de 1976, entró en vigor el Reglamento Federal para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Apareció publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de octubre y entró en vigor al día siguiente. Estaba compuesto por 11 capítulos y por 93 artículos en total. En dicho reglamento se establecía la preferencia de existir un parentesco de primer grado entre dador y receptor.

A decir de algunos autores, ambos documentos adolecían de fallas, Alberto Trueba Urbina, señalaba que los parientes no tienen ningún derecho a disponer del cadáver; que el cuerpo humano, no es objeto de comercio y por ende no es objeto de herencia¹⁴⁸.

Como ya lo mencione en el tema correspondiente a la justificación de la disponibilidad de los órganos, tejidos y cadáver humano, los familiares más que considerar

¹⁴⁸ DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, ob cit.- p. 66.

al cadáver del de *cujus* como herencia, lo consideran más bien como una responsabilidad moral el de tener que sepultarlo, aunado a que se le celebren las suntuosas pompas fúnebres para despedirlo de esta vida y así pueda llegar a la otra vida celestial, según sea creyente o no.

El 7 de febrero de 1984 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Salud, entro en vigor el 1° de julio del mismo año. Asimismo el 27 de mayo de 1987 y el 14 de junio de 1991 se publicó nuevamente en el Diario Oficial de la Federación reformas a la Ley General de Salud.

En la Ley General de Salud, se definieron, en cumplimiento del mandato constitucional, las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, la integración, objetivos y funciones del Sistema Nacional de Salud, así como la distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.

En la citada ley, se estableció que el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, como una de las materias de salubridad general, compete, de acuerdo con la Ley General de Salud, a la Secretaría de Salud, por que era necesario que dicha dependencia contara con los instrumentos legales y reglamentarios suficientes para ejercer eficazmente sus atribuciones.

Derivado de la creación de la nueva Ley de Salud, en el año de 1985, se publica el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos (con algunas reformas en 1987) fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 20 de febrero de 1985 y entró en vigor al día siguiente. Este nuevo Reglamento abrogó al Reglamento Federal para la disposición de órganos, tejidos y cadáver de seres humanos del año de 1976¹⁴⁹.

¹⁴⁹ ob. cit.. Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo, Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos.- p. 8.

Recientemente se realizaron nuevas modificaciones a la Ley General de Salud. El pasado 28 de abril del año 2000, la Cámara de Diputados aprobó una disposición en materia de donación y trasplantes de órganos, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 26 de mayo del mismo año y entró en vigor al siguiente día de su publicación.

Las modificaciones a la Ley General de Salud, tuvo como objetivo favorecer un crecimiento en el número de donadores, disminuir los tiempos de espera de un órgano. Una de las innovaciones fue la introducción del concepto de donación tácita, la cual implica que cualquier persona es un potencial donador, mientras en vida no haya manifestado lo contrario; aunque a su muerte sus familiares tendrán la posibilidad de aceptar o no el de otorgar el cuerpo del difunto¹⁵⁰.

El Sistema Nacional de Salud ha sido concebido y definido como la instancia mediante la cual los sectores público, social y privado deberán corresponsabilizarse en el efectivo cumplimiento del derecho a la protección de la salud a través de mecanismos de coordinación y concertación de acciones, así como de la racionalización de los recursos al efecto disponibles.

Por cuanto a la Ley General de Salud, consta de dieciocho títulos y únicamente un título habla sobre la donación de trasplantes siendo éste el Título Decimocuarto, denominado "Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida", éste consta de 46 artículos en cinco capítulos, los cuales son:

- 1) Capítulo I.- Disposiciones comunes
- 2) Capítulo II.- Donación
- 3) Capítulo III.- Trasplantes

¹⁵⁰ Consulta en Periódico Reforma del Sábado 27 de mayo de 2000, p. 25.

4) Capítulo IV.- Pérdida de la Vida

5) Capítulo V.- Cadáveres

Otra aportación en esta Ley, es que maneja la donación expresa, que nos señala el artículo 321: "La donación en materia de órganos, tejidos células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

El artículo 322 nos dice que la donación expresa debe constar por escrito, pudiendo ser amplia cuando se refiere a la totalidad del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes. En la donación expresa también se puede señalar que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones.

La donación expresa cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte.

La donación tácita se encuentra regulada por el artículo 325 de la Ley de la materia, que nos señala: "El consentimiento tácito sólo aplicará para la donación de órganos y tejidos una vez que se confirme la pérdida de la vida del disponente". "En la donación tácita sólo se podrán extraer órganos y tejidos para fines de trasplante.

Otro artículo importante es el 327 que nos dice: "Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principio de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito".

Habrà disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la ley. (Artículo 319)

La disposición ilícita se entiende por ejemplo cuando un menor de edad sin el consentimiento de sus padres o tutores otorga en cesión gratuita un órgano, como en el caso de la menor Marisol González Rojas de dieciséis años de edad, a quien se le extrajo un riñón para donación sin el permiso de sus tutores, sin embargo el médico contaba con la aprobación del Comité Técnico de Trasplantes¹⁵¹.

Otra disposición ilícita lo es cuando una persona quiere vender sus órganos, como sucedió en el caso tan sonado de Martín Rubio Murillo apodado "Fray Martín", sucedió que en un canal español llamado Antena 3, y de un periódico de aquel país llamado Mundo de España el 8 de mayo de 2000, dieron a conocer una noticia de que "Fray Martín" quien radicaba en Ecatepec, Estado de México podía conseguir un riñón por la cantidad de nueve mil dólares, la noticia se propago y la Procuraduría General de la República realizó las investigaciones necesarias y llegó a la conclusión de que por lo único que se podía consignar a dicho personaje lo era por asociación delictuosa¹⁵². Pero si hubieran encontrado todos los elementos necesarios para culpar a "Fray Martín", entonces si se habría tipificado como conducta ilícita.

Sin embargo en nuestro ordenamiento civil, no existe artículo alguno que nos establezca cual es la prohibición respecto a la disponibilidad de nuestro cuerpo, únicamente nos señala en su artículo 647 que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Por lo que respecta al Código Penal Federal en su Título Décimo Noveno, intitulado Delitos contra la Vida e Integridad Corporal, Capítulo I.- Lesiones, en su artículo 288 nos señala que se entiende por lesión las heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por causas externas.

¹⁵¹ Periódico Novedades del 11 de mayo de 200, página F1 y F2.

¹⁵² Consulta en Internet, <http://www.pgr.gob.mx>

Dicho código maneja las lesiones que tardan en sanar menos de 15 días y no dejan huella y aquellas que tardan en sanar mas de 15 días.

Sin embargo en ese capítulo del Código Penal únicamente se regula lo relativo a las lesiones que puede sufrir la persona, no así sobre el derecho que tengo de disponer de los componentes de mi cuerpo. Es decir si por motivos de salud tengo que someterme a una operación del corazón, dicha operación me genera una lesión que tarda en sanar más de 15 días, pero aquí el motivo de esta lesión lo es el bienestar de la persona, su salud.

Y entonces la facultad de disposición del cuerpo humano corresponde a la propia persona, por ello el Código Civil establece que el mayor de edad dispone libremente de su persona.

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, consta de 136 artículos en doce capítulos siendo éstos:

- 1) Capítulo I.- Disposiciones Generales
- 2) Capítulo II.- De los disponentes
- 3) Capítulo III.- De la disposición de órganos, tejidos y productos
- 4) Capítulo IV.- De la disposición de Cadáveres
- 5) Capítulo V.- De la investigación y docencia
- 6) Capítulo VI.- De las autorizaciones
- 7) Capítulo VII.- De la revocación de autorizaciones
- 8) Capítulo VIII.- De la vigilancia e inspección
- 9) Capítulo IX.- De las medidas de seguridad
- 10) Capítulo X.- De las sanciones administrativas

11) Capítulo XI.- Procedimientos para aplicar sanciones y medidas de seguridad

12) Capítulo XII.- Del recurso de inconformidad.

La Ley General de Salud, es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social, sin embargo también existen la Leyes Estatales de Salud y resulta increíble y aquí se nota la falta de interés en el tema de donación de órganos, tejidos y cadáver humano, ya que únicamente en 4 Leyes de Salud de los Estados, se hace mención a dicho tema y son los siguientes:

1) Ley de Salud del Estado de Chiapas: en el artículo 3°.- "Para los efectos de la presente Ley se entienden como materia de salubridad general, en términos de lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley General de Salud, fracción XVI.- El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y cadáveres de seres Humanos".

2) Ley de Salud del Estado de Querétaro: artículo 3°.- "En los términos de la Ley General de Salud y de la presente Ley, corresponde al Estado de Querétaro; Apartado A.- en materia de salubridad general, fracción XIX.- El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y cadáveres de seres humanos."

3) Ley de Salud del Estado de Guanajuato: artículo 3°.- En los términos de la Ley General de Salud y de la presente Ley, corresponde al Estado de Guanajuato; apartado A.- en materia de salubridad general; fracción XIX.- El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, destinados a usos terapéuticos o de investigación, en los términos de la Ley

General de Salud, sus reglamentos y los acuerdos de coordinación que celebre el Estado y la Federación"¹⁵³.

Como se puede observar en las tres leyes estatales expuestas, lo único que realizaron los legisladores fue adaptar el artículo 3° de la Ley General de Salud a su Ley Estatal, sin embargo, no se preocuparon por realizar más disposiciones, me imagino que al ya existir tanto en el Reglamento de La Ley General de Salud, como en esta misma, ya no consideraron viable realizar un apartado especial en su legislación. Solamente el estado de Guanajuato adiciono para fines terapéuticos o de investigación.

Aunque yo considero, que al ser los Estados independientes, con autonomía propia para legislar, debieran entonces establecer un capítulo especial que hable sobre el tema de las donaciones de los órganos, tejidos, componentes y cadáveres de seres humanos, en todas las Leyes Estatales de Salud, pues es indispensable que a los gobernados se les proporcione información sobre la materia, pues no todos conocemos las leyes que nos rigen, tan es así que las garantías individuales que señala la Constitución no las conocemos por que no tenemos la cultura de la lectura y esto se ha comprobado por encuestas que han realizado los medios masivos, sobre todo la televisión y más recientemente en canal 4tv, el día 30 de noviembre del año 200, se proporcionó información sobre una encuesta realizada en 32 países a jóvenes de nivel secundaria y preparatoria, tanto de escuelas públicas como particulares sobre lectura y comprensión y México quedo en el 31° lugar.

Por ello, desconocemos muchos de nuestros derechos y obligaciones y no nos preocupamos en hojear o informarnos que otras leyes existen, únicamente nos percatamos de que existen cuando se nos llega a presentar algún imprevisto y tenemos necesidad de utilizarla.

¹⁵³ Consulta en Internet, página Legatek.- 30 de julio de 2001.

Por eso, considero importante que se realice una difusión masiva por televisión, radio, Internet, a través de trípticos que entregue todo el sector salud a sus derechohabientes a efecto de que esa información llegue a un gran número de personas y entonces conozcamos un poco más sobre los trasplantes.

A través de la radio, televisión e Internet, el pasado mes de septiembre del año 2001, fue denominado "el mes de salvar una vida", en dichos medios se informaba que si uno quería ser donador para salvar otra vida nos comunicáramos a Centro Nacional del Trasplante, en donde nos proporcionarían toda la información.

Sería importante también, que nuestros legisladores establecieran en primer lugar el término jurídico correcto para utilizar en los trasplantes y no confundir con el concepto de donación que ya fue explicado, puesto que las donaciones son entre vivos y las sucesiones son para después de la muerte, nuestra Ley General de Salud, maneja el mismo término de donación ya sea entre vivos o para después de la muerte del sujeto que decidió otorgar sus órganos.

Si la persona es el centro del derecho y la razón de existir éste, entonces el Derecho debe protegerla y estar al día con los cambios que se suscitan en el ámbito mundial en cuanto a los derechos de la persona, pues uno de los grandes retos del hombre es el cambio constante de vida y uno de estos cambios lo fue, cuando se descubrió que la persona desahuciada podía seguir viviendo si se le realizaba un trasplante de órgano, por lo cual resulta importante que se proporcione información que sea fácil de comprender y sobre todo que el Derecho lejos de complicar agilice los trámites.

4) Ley de Salud del Estado de Puebla, esta ley es más completa en cuanto a especificación de la donación de órganos, tejidos y cadáver humano ya que existe un título dedicado a dicha materia, identificado bajo el rubro "control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos".

Este título consta de tres capítulos y se establecen las medidas conducentes y obligatorias para ejercer un control sanitario adecuado para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, observando el que se cumpla con las disposiciones terapéuticas y de orden civil, para el uso de estos componentes humanos.

Es en el título sexto de la Ley de Salud del Estado de Puebla, en donde se habla del control sanitario sobre la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Consta de 36 artículos divididos de la siguiente manera:

- a) Capítulo I.- Disposiciones Comunes: artículos 90 al 97
- b) Capítulo II.- Órganos, Tejidos y Células: artículos 98 al 111
- c) Capítulo III.- Cadáveres: artículos 112 al 115

En dicho título queda resuelto el hecho de establecer el destino final del cadáver humano, en donde se determina que éste no puede ser objeto de propiedad, por lo que se dictan medidas de carácter administrativas para regular el control sanitario de las instituciones que se dedican a la prestación de servicios funerarios.

La dinámica constante de la ciencia del derecho, que atiende a la realidad social de los gobernados, concibe a la salud no como atributo estrictamente derivado de la individualidad del ser humano, sino como un bien colectivo, como parte del bienestar y la calidad de vida de los grandes grupos sociales que el Estado debe proteger, además de garantizar el derecho que el ser humano tiene de nacer y vivir sano, bajo el entorno de un ambiente de salud propio de los avances científicos que hoy en día están más avanzados que el Derecho.

Es fundamental que con las legislaciones estatales de salud, se contemple un capítulo dedicado al control sanitario sobre la disposición de órganos, tejidos y cadáver humano, ya que únicamente 4 estados de la República hacen mención al tema de los trasplantes y de esos 4, uno le dedica un capítulo especial a la materia.

Nuevamente el Distrito Federal en su legislación de salud no contempla tema alguno sobre los trasplantes.

Me da la impresión de que el resto de los Estados, sus legisladores ya no quisieron poner atención a la donación porque éste ya se encontraba regulado en la Ley General de Salud y entonces como que se les hacía que iban a re TRABAJAR lo trabajado, pero desde mi punto de vista considero que deben tener sus propias leyes, por eso son autónomos.

IV.5.- La Reglamentación Federal de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáver Humanos.

La Normatividad que ha existido en materia de trasplantes de órganos, tejidos y cadáver humano en México, han sido las siguientes:

- a) 1928 Reglamento Federal de Cementerios, Inhumaciones, Exhumaciones, Conservación y Traslación de Cadáveres. (abrogado)
- b) 1961 Reglamento de Bancos de Sangre, Servicios de Transfusión y Derivados de la Sangre. (abrogado)
- c) 1969 Proyecto sobre "Bancos y Trasplantes de Tejidos y Órganos Humanos y Disposición de Cadáveres". (abrogado)
- d) 1970 Proyecto sobre "Trasplantes y otros Aprovechamientos de Órganos y Tejidos Humanos". (abrogado)
- e) 1973 Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos. (abrogado)
- f) 1975 Reglamento del Banco de Ojos de la Dirección General de Servicios Médicos del Departamento del D. F. (abrogado)

- g) 1976 Reglamento Federal para la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. (Abrogado)
- h) 1984 Ley General de Salud. (con reformas de 1987, 1991 y 2000)
- i) 1985 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. (con algunas reformas de 1987)
- j) 1986 Norma Técnica sin número para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos. (Abrogada)
- k) 1988 Norma Técnica 277, para la disposición de sangre humana y sus componentes con fines terapéuticos. (abrogada)
- l) 1988 Norma Técnica 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos. (vigente)

Como se podrá observar de la lista anteriormente señalada, únicamente las bases legales para la disposición de órganos tejidos y cadáver humano son tres:

- 1) Ley General de Salud;
- 2) Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos; y
- 3) Norma Técnica N° 323 para la disposición de órganos, tejidos y cadáver humano.

Por lo que respecta a la Ley General como ya se mencionó en el tema IV.4, consta de un Título Cuarto, denominado; Donación, Trasplantes y Pérdida de la vida, en la que se encuentran cinco capítulos y consta de 46 artículos.

En cuanto al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, consta de lo siguiente:

- Capítulo 1 Disposiciones Generales
- Capítulo 2 De los disponentes
- Capítulo 3 De la disposición de órganos, tejidos y productos
- Sección I Disposiciones comunes
- Sección II De la disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos
- Sección III De la disposición de sangre y sus componentes
- Sección IV De la disposición de productos
- Capítulo 4 De la disposición de cadáveres
- Capítulo 5 De la investigación y docencia
- Capítulo 6 De las autorizaciones
- Capítulo 7 De la revocación de autorizaciones
- Capítulo 8 De la vigilancia e inspección
- Capítulo 9 De las medidas de seguridad
- Capítulo 10 De las sanciones administrativas
- Capítulo 11 Procedimiento para aplicar sanciones y medidas de seguridad
- Capítulo 12 Del recurso de inconformidad.

Artículos transitorios.

Sin embargo, al legislador se le olvidó que una vez reformada la Ley General de Salud, también debió de reformarse el Reglamento, pues éste continúa con los conceptos que se venían manejando con las Reformas de 1991 de la Ley General de Salud, en esa época dicha ley constaba de 38 artículo en tres capítulos, siendo éstos:

Ley General de Salud de 1991

Capítulo I.- Disposiciones Comunes;
Capítulo II.- Órganos y Tejidos, y
Capítulo III.- Cadáveres.

Ley General de Salud de 2000

Capítulo I.- Disposiciones Comunes;
Capítulo II.- Donación;
Capítulo III.- Trasplantes;
Capítulo IV.- Pérdida de la vida, y
Capítulo V.- Cadáveres.

La legislación del año 91 comprendía dos tipos de disponentes a saber, el originario y el secundario. El artículo 315 señalaba: "se considerará como disponente originario, para efectos de este título, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo. El artículo 316 nos manifestaba quienes eran los disponentes secundarios:

- I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;
- II. A falta de los anteriores, la autoridad sanitaria, y
- III. Los demás a quienes esta ley y otras disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

Por lo que se refiere a la Ley General de Salud vigente, se compone de cinco capítulos, los cuales ya señale en el tema anterior, pero que nuevamente describo y

comparo con la Legislación de Salud, del año de 1991: sin embargo no ahondaré en la legislación vigente, en virtud de que ya lo trate en el tema anterior, únicamente resalto, lo que a mí entender no coincide con las otras dos legislaciones federales vigentes.

Lo nuevo en la Ley General de Salud vigente lo es: el capítulo II que nos habla sobre la donación tácita y la donación expresa, no señala en ningún momento la calidad de donante originario y mucho menos el de donante secundario. Por lo que respecta al capítulo III, se refiere a los trasplantes, que desde mi punto de vista, debieron de haber manejado los tipos de trasplantes que señala el Registro Nacional de Trasplantes, por la importancia que revisten y que no nada mas éstos se pueden realizar únicamente de seres humanos, sino que también de un cerdo o de un mono. Los tipos de trasplante son:

- a) Autotrasplantes.- Cuando el donador y el receptor son la misma persona.
- b) Isotrasplante.- Cuando el donador y el receptor son genéticamente idénticos, como en el caso de los gemelos univitelinos. (gemelos idénticos)
- c) Alogotrasplante.- Cuando el donador y el receptor, son de la misma especie, pero genéticamente diferentes, por ejemplo dos humanos no emparentados.
- d) Xenotrasplante.- cuando el donador y el receptor son de diferente especie, por ejemplo de cerdo a humano; o de mono a humano.

Hago esta referencia sobre los tipos de trasplantes, debido a que se debe de manejar con propiedad el lenguaje, ya lo decía el profesor Ernesto Gutiérrez y González, que estamos utilizando incorrectamente el termino de trasplante, cuando debiera ser implante, sin embargo y derivado de los tipos de trasplantes o implantes, también

estaríamos mal utilizando el concepto, pero este tema de utilización de conceptos se lo dejo a aquellos estudiosos en el correcto uso del lenguaje.

Lo importante de haber citado los tipos de trasplante, son las consecuencias de justificación de éstos, ya que la medicina en su afán de salvar vidas, se ha dedicado a la tarea de investigar de que manera puede ayudar a los individuos con padecimientos hasta cierto punto incurables, que por ello se han utilizado órganos de animales para lograr su fin, en virtud de la poca disposición de órganos provenientes de seres humanos y esto en gran medida porque no hay una cultura de donación en nuestro país y otro tanto debido a que no hay una legislación actualizada para los trasplantes.

En el año de 1999 se generó el acuerdo por el que se crea el Consejo Nacional de Trasplantes, como una comisión intersecretarial de la administración pública federal, que tendrá por objeto promover, apoyar y coordinar las acciones en materia de trasplantes que realizan las instituciones de salud de los sectores público, social y privado¹⁵⁴.

Sus funciones son las siguientes:

- I. Promover el diseño, instrumentación y operación del Sistema Nacional de Trasplantes, así como de los subsistemas que lo integren;
- II. Proponer políticas, estrategias y acciones para la elaboración y aplicación del Programa Nacional de Trasplantes;
- III. Sugerir a las autoridades competentes la realización de actividades educativas, de investigación y de difusión, para el fomento de la cultura de la donación de órganos y tejidos;

¹⁵⁴ DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo.- Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos.- Editorial Porrúa.- edición s/f. México, 1993.- pp. 9 y 11.

IV. Establecer mecanismos para la sistematización y difusión entre los sectores involucrados de la normatividad y de la información científica, técnica y sanitaria en materia de trasplantes;

V. Coordinar las acciones de las dependencias y entidades públicas en la instrumentación del Programa Nacional de Trasplantes, así como promover la concentración de acciones con las instituciones de los sectores social y privado que lleven a cabo tareas relacionadas con el programa mencionado;

VI. Proponer a las autoridades competentes mecanismos de coordinación entre las autoridades federales y los gobiernos de las entidades federativas, con el objeto de que estas adapten las medidas necesarias para apoyar las acciones en materia de trasplantes, así como promover la constitución de consejos estatales de trasplantes;

VII. Coordinar sus acciones con el Registro Nacional de Trasplantes;

VIII. Proponer mecanismos de coordinación y evaluación de los programas de capacitación y atención médica relacionados con los trasplantes;

IX. Coadyuvar en la coordinación de un sistema de información y evaluación del Programa de Trasplantes en el ámbito nacional, estatal y municipal;

X. Proponer a las autoridades competentes modificaciones a las normas y procedimientos vigentes, a efecto de impulsar su simplificación administrativa y facilitar la obtención de órganos y tejidos para la realización de trasplantes;

XI. Coadyuvar con las autoridades competentes en la prevención de tráfico ilegal de órganos y tejidos;

XII. Promover el desarrollo de investigación en la materia, y

XIII. Las demás que le asigne el Ejecutivo Federal.

Considero que al Consejo Nacional de Trasplantes le ha faltado promover y coordinar las acciones en la materia que nos ocupa, con las instituciones de Salud pública, privada y social. Lo anterior lo señalo porque nuevamente tenemos la deficiencia en cuanto a las legislaciones estatales en materia de salud que regulen el aspecto sobre los trasplantes, y entonces encontramos que únicamente en 4 estados se hace mención sobre la donación de órganos, siendo la legislación más completa la del Estado de Puebla. Por otro lado no ha habido un programa de difusión sobre la cultura de donación con excepción de la realizada en el mes de septiembre del año en curso, en que por radio, televisión e Internet, se dio difusión al mes de la donación. Asimismo en cuanto al registro sobre cuantos trasplantes de órganos se han realizado desde 1963 hasta la fecha, no se habían contabilizado o tomado en serio dichas estadísticas, no es sino hasta el año de 1989 cuando se establece un método para que todos los hospitales que realicen donaciones proporcionen información al Consejo Nacional de Trasplantes.

En el año de 1989 se crea el Registro Nacional de Trasplantes, órgano de la Secretaría de Salud, y que de acuerdo con el artículo 313 del Título Decimocuarto de la Ley General de Salud, junto con el Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea, ejercían el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos.

Los Objetivos Generales del Registro Nacional de Trasplante son:

- 1) Los datos de los receptores, de los donadores y fecha del trasplante;

- 2) Los establecimientos autorizados conforme al artículo 315 de esta Ley;
- 3) Los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes;
- 4) Los pacientes en espera de algún órgano o tejido, integrados en listas estatales y nacional, y
- 5) Los casos de muerte cerebral.

El Registro Nacional aún cuando fue creado mucho antes que el Consejo Nacional de Trasplantes, de acuerdo con la reforma a la Ley General de Salud del 27 de mayo del año 200, pasó a formar parte del Consejo Nacional de Trasplantes y para no redundar con lo ya establecido en párrafos anteriormente analizados, también considero que le ha faltado promoción o difusión sobre la cultura de donación, pues la que suscribe solicite a través de Internet que quería incorporarme al programa de donadores y sin embargo no recibí respuesta alguna.

La Norma Técnica N° 323, para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, consta de 46 artículos dividido en 8 Capítulos, los cuales son:

- 1) Capítulo 1.- Disposiciones Generales
- 2) Capítulo II.- Del Registro Nacional de Trasplantes
- 3) Capítulo III.- De los disponentes y de la obtención de órganos y tejidos
- 4) Capítulo IV.- De los Receptores
- 5) Capítulo V.- Derogado

6) Capítulo VI.- De los establecimientos de Salud que realizan actos de disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos

7) Capítulo VII.- Órganos susceptibles de ser trasplantados que requieren Anastomosis Vascolar

8) Capítulo VIII.- Órganos y Tejidos de ser trasplantados, que no requieren Anastomosis Vascolar¹⁵⁵.

Esta Norma Técnica consta de 46 artículos y su objetivo es uniformar la actitud y los criterios de operación de los integrantes del Sistema Nacional de Salud, en relación con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, con excepción de la sangre y sus componentes. (artículo 1°)

La disposición de órganos, tejidos en vida y para después de la muerte se encuentran regulados de la siguiente manera:

De un donante vivo:

- a. Riñón, uno;
- b. Páncreas, segmento distal; y
- c. Intestino delgado, no más de 50 centímetros. (Artículo 35 de la Norma Técnica 23);
- d. Médula ósea (máximo 15 milímetros por cada kilogramo de peso del donante), y
- e. No más de dos paratiroides y una suprarrenal (Artículo 36 de la Norma Técnica 23.)

De un cadáver:

- a. Riñón;
- b. Páncreas;

¹⁵⁵ Consulta en Internet, página de Gatelink.- Base Legal de los trasplantes.- 13 de julio de 2001.

- c. Hígado;
- d. Corazón;
- e. Pulmón;
- f. Intestino delgado (artículo 34 de la Norma Técnica 23.)
- g. Ojos (córneas y esclerótica);
- h. Paratiroides;
- i. Suprarrenales;
- j. Tiroides;
- k. Piel;
- l. Hueso y cartílago, y
- m. Tejido nervioso. (Artículo 38 de la Norma Técnica 23.)

Sin embargo esta Norma Técnica no ha sufrido modificaciones, desde su creación en 1988, aún cuando la Ley General de Salud y el propio Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos tuvieron algunas reformas, la Norma Técnica, no sufrió modificación alguna, ya que todavía se señala en dicha Norma lo siguiente:

➤ Disponentes originarios y Disponentes secundarios, cuando en la Ley General de Salud vigente, únicamente señala quienes son disponibles. Aunque como ya lo señale anteriormente dichos términos los maneja también el Reglamento de Disposición de órganos que no ha sido reformado con respecto a la Ley General de Salud vigente;

➤ Establece también que el disponible originario del que se tomen órganos y tejidos deberá tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta. Esta misma situación la señala el Reglamento, situación que ya no se maneja en la Ley General de Salud;

➤ No contempla al Consejo Nacional de Trasplante;

➤ Establece en su artículo 22 que para la realización del trasplante en caso de minoridad, incapacidad o imposibilidad física del receptor, se cumplirá lo señalado en el artículo 27 del Reglamento que a la letra dice: "Cuando por causa de minoridad, incapacidad o imposibilidad física del receptor, éste no pueda expresar su voluntad para la realización del trasplante, la intervención podrá ser consentida por las personas a que se refiere la fracción I del artículo 13 de este Reglamento, o por los representantes legales de menores o incapaces, siempre y cuando hayan previamente recibido información completa sobre las probabilidades de éxito terapéutico." El artículo 13 fracción I establece: "Serán disponentes secundarios, de acuerdo al siguiente orden de preferencia, los siguientes; 1.- El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario". Ley General de Salud vigente, en su artículo 332 segundo, tercero y cuarto párrafo nos dice: "No se podrán tomar órganos y tejidos para trasplantes de menores de edad vivos, excepto cuando se trate de trasplantes de médula ósea, para lo cual se requerirá el consentimiento expreso de los representantes legales del menor. Tratándose de menores que han perdido la vida, sólo se podrán tomar sus órganos y tejidos para trasplantes con el consentimiento expreso de los representantes legales del menor. En el caso de incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte".

Como se observa, hay una contradicción con lo establecido entre la Norma Técnica N° 323 y el Reglamento, contra lo señalado con la Ley General de Salud, ya que ésta no autoriza la disposición de órganos de menores de edad, únicamente permite el trasplante de médula ósea y en el caso de que falleciese el menor de edad, se deberá solicitar el consentimiento de sus representantes legales. Por lo que toca a los incapacitados no se permite la disposición de sus órganos ni en vida ni para después de su muerte, por tanto y

hablando de jerarquía de las leyes, quien tiene más peso y a quien deberá sujetarse la aplicación en el caso de la disposición de órganos de menores de edad lo será la Ley General de Salud vigente. Sin embargo en la práctica ¿consideran esta situación de jerarquía de leyes o se basan como todo órgano público, primero en su normatividad y posteriormente en la ley? Con base en mi experiencia en el sector público, considero que han de tomar en cuenta lo establecido en su normatividad, ya que el día 19 de octubre del año dos mil, salió un reportaje a las 23:00 horas por canal 4 de televisión, en el que se estaba hablando sobre la donación de riñón, pero ahí el comentarista hablaba sobre los disponibles secundarios y originarios, cuando la Ley vigente ya no maneja dichos términos.

Desde mi punto de vista, considero que tanto el Reglamento de disposición de órganos, así como de la Norma Técnica N° 323, hablan de lo mismo, por ejemplo tanto en el Reglamento como en la Norma Técnica se encuentra normado lo relativo a los disponibles, disposición de órganos, tejidos y productos, de la disposición de órganos con fines terapéuticos y ambos documentos no han sido reformados.

Yo considero que debiera de realizarse una depuración de éstas tres normas que son la base legal de los trasplantes en México y crear una sola, en donde se especifique todo lo relacionado con el tema, asimismo que se estableciera otro tipo de disposiciones, como por ejemplo España tiene un Real Decreto 2070/1999 del 30 de diciembre, en éste documento se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

"El presente Real Decreto respeta y promueve los principios de altruismo, solidaridad, gratuidad, información, consentimiento informado de los donantes vivos, comprobación de la no oposición de los fallecidos y finalidad terapéutica, sobre extracción y trasplante de órganos, así como el respeto a la confidencialidad y secreto. En la

elaboración de dicha disposición se tomaron en cuenta aportaciones y sugerencias de numerosos expertos, centros, entidades, corporaciones profesionales y sociedades científicas y otras entidades relacionadas con la materia¹⁵⁶.

Dicho Real Decreto contiene aspectos esenciales y comunes para la protección de la salud y seguridad de las personas, tanto los donantes como los receptores tienen la condición normativa básica sanitaria de acuerdo con la Ley General de Sanidad, así como de su Constitución. De tal manera que en un solo documento se establece todo lo relativo al tema de la donación de trasplantes de órganos, cosa que en nuestro país México, lo tiene establecido en tres normas que lejos de simplificar, considero que lo hacen más engorroso, tardado y confuso, ya que uno tiene que estar leyendo las tres leyes y dada la cultura del mexicano, de que no leemos pues más difícil resulta su comprensión.

Por lo anterior, sería importante primeramente se adicionara un título relativo a los derechos de la personalidad al Código Civil para el Distrito Federal y posteriormente establecer un solo documento que nos hable sobre la materia de trasplantes, porque también existe algo relacionado con el tema en el Registro Nacional de Trasplantes, así como en el Consejo Nacional de Salud, por lo que ya no son únicamente tres normas como base legal de los trasplantes en México, pues tendríamos entonces: la Ley General de Salud; Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos; Norma Técnica N° 323; Registro Nacional de Trasplantes y el Consejo Nacional de Trasplantes.

Considero que si la cultura de donación propicia el surgimiento de un sentido de comunidad, también es importante darles a conocer a todos los gobernados los trámites jurídicos que deberán realizar al estar conscientes que quieren otorgar sus órganos para que sean utilizados en beneficio de una tercera persona.

¹⁵⁶ Idem.

Dicho documento primeramente deberá especificar, que se entiende por donación y que es un testamento, ya que son términos poco comunes que no se manejan en el lenguaje coloquial. Tan es así que son muy pocas personas que llegan a realizar un testamento.

Mi propuesta para elaborar el documento relativo a la donación de órganos, tejidos y cadáver humano podría quedar de la siguiente manera:

Capítulo I: Disposiciones comunes, en este capítulo comprenderían las competencias de la Secretaría de Salud, del Consejo Nacional de los Trasplantes, del Registro Nacional de Trasplantes y de la Norma Técnica N°. 23 Asimismo un breve concepto de lo que se entiende por célula, órgano, donante, producto, etc.

Capítulo II: Aquí comprendería concepto de donación, Testamento, quienes pueden ser donadores, requisitos para ser donadores, requisitos para ser receptores, quienes pueden realizar actos de disposición de su cuerpo o de partes de su cuerpo a través de la figura jurídica del testamento, cuando procede la donación y cuando procede el disponer de los órganos por testamento; que consecuencias jurídicas provoca la decisión de ser donador; ¿los menores de edad pueden ser donadores?; ¿hasta que edad se puede ser donador?; ¿se pueden disponer de los órganos y tejidos del cadáver de un menor de edad?; Requisitos para que los familiares realicen la donación de órganos y tejidos de un familiar.

Capítulo III: En este capítulo se definiría el concepto de trasplante; los tipos de trasplantes y su concepto; como es el proceso de un trasplante; de donde se obtienen los órganos, tejidos para un trasplante; el tiempo para realizar un trasplante; en caso de que tenga que intervenir el Ministerio Público, que requisitos se deben cubrir para que puedan disponer del

órgano o tejido del cadáver que esta bajo su custodia; recomendaciones para prevenir un trasplante.

Capítulo IV: Pérdida de la Vida.- Concepto; tipos de pérdida de la vida y sus definiciones; cuándo ocurre la pérdida de la vida; en qué momento se puede disponer de los órganos, tejidos de una persona que se le ha declarado la pérdida de la vida; requisitos de la pérdida de la vida.

Capítulo V: Cadáveres.- concepto; clasificación de los cadáveres; quiénes están autorizados para utilizar los cadáveres; quiénes serán los depositarios de los cadáveres; inhumación o incineración; embalsamar y su concepto y quienes deben realizarlo; control de las agencias funerarias; requisitos para la obtención del permiso de agencias funerarias; determinación del tiempo para que un cadáver se encuentre en una fosa común; internación y salida de cadáveres del territorio nacional; requisitos para la práctica de necropsias; requisitos para la obtención de cadáveres para el caso de investigación y docencia.

Es importante señalar, con respecto a la base legal federal que regula los trasplantes en nuestro país, estemos atrasados en comparación con los años que ya se llevan practicando éstos.

Fue en 1963 cuando se llevó a cabo el primer trasplante renal y sin embargo en materia legal únicamente entre los años de 1969 y 1970 se realizaron dos proyectos sobre trasplantes de órganos, sin que éstos fueran aprobados.

No es sino hasta 1973, cuando se crea el Código Sanitario, en 1976 entra en vigor el Reglamento Federal para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Es decir, 10 años después del primer trasplante, los legisladores empezaron a tomar conciencia que debería existir normatividad que regulara la práctica de éstos.

Es así, que en 1983 se adiciona el artículo 4° Constitucional y se eleva a la máxima jerarquía el derecho social que consagra los programas en materia de salud.

Por ello, el 7 de febrero de 1984 entra en vigor la Ley General de Salud, que abrogó al Código Sanitario del año de 1973. Nuevamente vemos una diferencia de 10 años para realizar modificaciones al tema de los trasplantes.

Un año más tarde, en 1985, se publica el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Este nuevo reglamento abrogaba al reglamento de 1976.

En el año de 1988, se crea la Norma Técnico N° 323, cuyo objetivo era unificar criterios de operación del sistema de salud, con relación a la disposición de órganos, tejidos y cadáver humano. En esta normatividad se establece los órganos y tejidos que se pueden donar en vida y los que pueden tomar del cadáver.

Desde su creación, la Ley General de Salud ha sufrido 3 reformas durante los años de 1987, 1991 y 2000. Por su parte el Reglamento de la Ley General, únicamente tuvo dos reformas, las correspondientes a 1987 y 1991, al igual que la Norma Técnica N° 323.

La última reforma que sufrió la ley de la materia, no fue aplicada a las otras dos disposiciones jurídicas. Se les olvidó a los legisladores que también debían reformar éstas, para que cada una de ellas estuviesen en la misma línea y no hubiera discrepancias cuando se aplicaran.

Es por eso, que por una parte la Ley General de Salud, nos señala el consentimiento tácito y el expreso y no maneja hasta que edad la persona puede ser donadora. Lo que sí se contemplan tanto en el Reglamento como en la Norma Técnica N° 23.

Asimismo, la Ley de la materia establece que sólo los mayores de edad, pueden donar sus órganos, los menores de edad pueden donar en vida médula ósea, con la autorización de sus padres o tutores y para el caso de los incapacitados, la ley no les permite realizar donación alguna.

Por lo que respecta al Reglamento y la Norma Técnica N° 323, difieren de lo que establece la Ley General de Salud, ya que estos documentos nos hablan sobre los disponentes originarios y secundario, situación que no se maneja en la ley de la materia.

Y debido a estas incongruencias en la base legal de los trasplantes, lo único que ocasionan es confusión, pues entonces uno que no sabe de normas jurídicas no sabría a que ley se tiene que sujetar, si es que quiere ser donador.

Considero importante, que se realice una revisión de la base legal de los trasplantes y se adecuen a los mismos criterios para que no causen confusión ni generen lagunas.

Para el único efecto de la donación de órganos o tejidos, la muerte de un sujeto de derecho, se establece cuando cesa todo movimiento de los signos vitales, la Ley General de Salud, en su artículo 343 nos establece que la pérdida de la vida ocurre cuando:

- I.- Se presenta la muerte cerebral; o
- II.- Se presentan los siguientes signos de muerte:
 - a).- La ausencia completa y permanente de conciencia;
 - b).- La ausencia permanente de respiración;
 - c).- La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y
 - d).- El paro cardiaco irreversible.

Por ello, la persona deja de existir y nuestro Código Civil para el Distrito Federal, señala que la capacidad jurídica de las personas se pierde con la muerte, pero en este caso siempre que haya pérdida total de los signos vitales.

Es importante precisar la diferencia entre dos situaciones jurídicas: la muerte como extinción de la capacidad de goce, que sólo ocurre con la cesación de todo signo vital; y

por otro lado, la voluntad del donante o de sus familiares cuando se presente la muerte cerebral o los signos de muerte, casos en los cuales se admite por el artículo 343 de la Ley General de Salud, la disposición de órganos y tejidos, pero sin que ello implique, de ninguna manera, que para todos los efectos legales, la muerte acontezca por la sola muerte cerebral, supuesto éste que solo es un caso de procedencia de la disposición jurídica de los órganos y tejidos humanos.

Es con la muerte de la persona cuando se extinguen derechos personalísimos y se transmiten otro tipo de derechos, como pueden ser los patrimoniales. En el caso de los trasplantes, los efectos que produce la muerte de la persona, es que del cadáver se extraerán los órganos que se utilizarán para ser implantados a otra persona, logrando así, restablecerle la salud.

Este acto de donación, únicamente lo puede realizar la persona física con capacidad de ejercicio, puesto que en el caso de los menores de edad, se necesitará del consentimiento de los padres o tutores y únicamente para donar médula ósea

Para el caso de las personas incapaces, no pueden celebrar actos de disposición de su cuerpo, ya que están privados del ejercicio directo de su derecho, y lo que se les protege, es evitarle un daño a sus intereses personales y patrimoniales.

Es pues, importante que la persona tenga la capacidad de ejercicio para que pueda decidir libremente el realizar actos de disposición sobre su cuerpo, ya que es dueña de su propio cuerpo, pudiendo disponer del mismo, siempre y cuando no ponga en peligro su vida y no vaya contra las buenas costumbres y la moral.

Debido a los avances en materia de medicina, que han realizado los médicos, se ha comprobado que los órganos de las personas en vida y de las que fallecen, pueden ser utilizados para beneficio de otra, que ya no tiene curación con medicamentos, y sólo puede salvarse por medio de un trasplante de órganos.

Es loable la labor desempeñada por los médicos al realizar estudios que ayuden a mejorar la salud de las personas, de aquellas que ya no tienen esperanza de curarse y

que únicamente están esperando fallecer. La Secretaría de Salud dio a conocer que entre los años de 1964 y 2000, han existido 15 trasplantes de tejido nervioso y 12 de tejido suprarrenal.

Es decir, en un tiempo de 30 años la medicina fue investigando y avanzando para mejorar la salud de las personas, mientras que por el otro lado el derecho quedaba rezagado en dicha materia y sólo hasta después de diez años del primer trasplante, se creó el Código Sanitario, el cual contenía un Título dedicado a los trasplantes.

Es así, que desde mi particular punto de vista, es necesario que el derecho, investigue y determine hasta dónde la persona es dueña de su cuerpo, qué componentes del cuerpo humano al separarse del mismo, son considerados como cosas y pueden ser objeto de comercio. ¿Qué sanción se aplicará al que comercie con sus órganos o los de algún familiar que acaba de fallecer?.

La Ley General de Salud, nos establece que habrá disposición ilícita de órganos, tejidos y cadáver humano cuando se efectúe sin estar autorizada por la ley. (artículo 319)

¿Pero que se entiende sin estar autorizado por la ley?, si en nuestro ordenamiento no está tipificado el comercio de órganos, tejidos y cadáver humano y únicamente existe un apartado en el Código Penal Federal en su Título Décimo Noveno, intitulado Delitos contra la vida e Integridad Corporal y se refiere más que nada a las lesiones y homicidio. Cosa que en el caso de trasplantes no se está lesionando a la persona que dona un órgano y tampoco existe un homicidio.

La Ley General de Salud señala en su artículo 327 que está prohibido el comercio de órganos, pero tampoco nos dice qué castigo se le impondrá a la persona que comercie con componentes de su cuerpo para fines de trasplante.

Mi propuesta para considerar qué actos se consideran ilícitos son:

- 1) Cuando la persona en vida manifestó su deseo de no otorgar órganos y no se respete su decisión.

- 2) Que se extraigan órganos o tejidos de un menor de edad sin consentimiento de sus tutores. Como el caso de la menor Marisol González Rojas, a quien se les extrajo un riñón sin el consentimiento de sus tutores y éstos interpusieron la demanda penal.¹⁵⁷
- 3) Que se extraigan órganos y tejidos de un incapacitado.
- 4) Que se extraigan componentes del cuerpo del feto, sin autorización de la madre.
- 5) Que la extracción de órganos y tejidos se realice en una institución no autorizada por el Comité Técnico de Trasplantes.

Por tanto habría disposición ilícita cuando, sin estar autorizado por doctores competentes y por instituciones médicas autorizadas se realicen actos de disposición sobre el cuerpo o cadáver de una persona.

En virtud de la investigación realizada para la elaboración de este trabajo, me pude constatar que no existe fundamento legal en donde se especifique lo que se entiende por donación ilícita de órganos y que sanción se aplicará a las personas que intervienen en ésta.

La disposición ilícita de órganos y tejidos puede sancionarse de acuerdo con la fracción II del artículo 387 del Código Penal, cuando se trate de un cuerpo sin vida, y si se trata de disposición ilícita en vida del donante, a quienes directa o indirectamente dispongan de los órganos o tejidos de aquél podrán aplicarles las sanciones previstas del artículo 288 al 309 del Código Penal.

En el caso de la niña Marisol González, hubo autorización del Comité Técnico de Trasplantes para que se efectuara dicha operación, el médico actuó con la autorización de dicho organismo, por lo que aún cuando la Procuraduría General de la República está realizando las investigaciones para poder determinar si hubo trasplante ilegal. Pero el hecho es que la menor de edad no tiene su riñón. Entonces ¿quién le va a reparar ese

¹⁵⁷ Consulta en periódico Nuevedades del 11 de mayo de 2000, pp. F1 y F2.

acto de disposición? Los causantes del daño en términos de los artículos 29 del Código Penal y 1910 al 1916 del Código Civil.

Creo en estos casos que los familiares de la persona que recibió el órgano son los encargados de cubrir la reparación de esa conducta ilícita pudiendo ser: cubrir los gastos médicos de la menor por todo el resto de su vida, aunque se ha comprobado que las personas pueden subsistir con un solo riñón. Podría hablarse de una compensación en dinero, para resarcir el daño, restablecer la salud hasta lo posible, de acuerdo con la teoría mixta que acepta la reparación del daño por sustitución en derecho civil.

Mucho se ha discutido sobre si el cuerpo humano se encuentra en el comercio, o sobre las partes separadas del cuerpo se pueden vender.

Para mí, si un tejido se separa de mi cuerpo, ya no forma parte de éste, porque ya no estará alimentado ni por mi sangre, ni por ningún líquido o sustancia proveniente de éste, por lo que yo lo consideraría ya una cosa susceptible de ser vendida, sin embargo por el mismo bien jurídico tutelado, la integridad de la persona, no se puede concebir la venta de ciertos componentes del cuerpo humano que al separarse del mismo no causen ningún menoscabo en su salud.

Por ejemplo en Colombia, ya se encuentra regulada la venta de semen u óvulos para inseminación artificial (ver página 142), entonces por qué en nuestra legislación no se contempla qué componentes pueden encontrarse en el comercio a fin de evitar que se empiece a elucubrar en vender órganos que difícilmente se pueden encontrar donadores, tal es el caso del riñón, páncreas, intestino delgado, médula ósea, ojos, corazón, etc.

Puede suceder que una persona se encuentre en una situación económica precaria y entonces decide vender un órgano que al serle extraído sin poner en peligro su vida: ¿quién lo va a sancionar? Si no existe ordenamiento que diga que al que venda un riñón, se le castigará con una pena. Esta conducta, sin embargo, es ilícita por ser contraria a las normas de orden público y las buenas costumbres. La Ley General de Salud, señala que

dichas donaciones deberán ser de forma gratuita, no obstante, yo creo que la realidad supera las expectativas de la legislación.

Tal es el caso de lo acontecido en Argentina en el año de 1997, en donde el profesor Eduardo Bregman declaró al periódico La Nación "Reclamo el derecho de hacer lo que quiera con mi cuerpo". Este profesor por encontrarse endeudado, decidió poner en venta uno de sus riñones, mando publicar una nota el 14 de noviembre de 1997 en el periódico de La Nación, que decía: "Riñón para trasplante. Máxima reserva". Como en Argentina se encuentra penada la comercialización de órganos el Instituto Centro Único de Coordinación de Ablación e Implantes (Incucai) lo denunció ante la Justicia como autor de una "práctica ilegal".

Sin embargo, el profesor Eduardo Bregman sostuvo "que si no podía disponer de su cuerpo, lo era porque alguien tenía ese derecho, pero se preguntaba ¿quién es? Porque él no le había dado ese derecho a nadie y desde que se abolió la esclavitud, la apropiación del cuerpo esta penada"¹⁵⁸

Manifestó asimismo que como en su país se encuentra penada la comercialización de órganos se iba a ir al Brasil o Chile en donde no existe penalización por la venta de órganos.

Por ello, mi insistencia en que exista una ordenación más eficiente en materia de donación de órganos, tejidos y cadáver humano, de tal forma que no se preste al comercio o al tráfico de órganos.

Es conveniente especificar las limitaciones a esa capacidad de disposición de órganos y tejidos. En nuestra legislación mexicana una de las limitaciones es que cuando la persona en vida, no manifestó por escrito, su deseo de donar órganos, por tanto sus familiares pueden negarse a la práctica de los mismos, aunque también pueden decir que sí lo aceptan.

¹⁵⁸ Consulta en Internet. • <http://www2.lanacion.com.ar/suples/enfoques/980104/en-03.htm>

Los menores de edad y los incapacitados, también tienen limitación en la capacidad de disposición de su cuerpo, ya que no gozan de la capacidad de ejercicio, mientras que los padres habrán de sujetarse al espíritu estricto del artículo 436 del Código Civil, únicamente cuando se trate de una evidente necesidad para los miembros de la familia: salvaguardar la vida de uno de ellos.

Considero también que debe regularse en el Código Civil sobre las personas que a causa de un accidente le decretan la muerte cerebral, la persona se convierte entonces en cadáver, aún cuando le siga latiendo el corazón, desde el punto de vista médico la persona ya falleció, pues el cerebro ya no tiene actividad y es éste de quien dependemos para poder pensar, hablar y movernos, entonces si ya no funciona y no es posible regenerarlo, entonces la persona dejó de existir, para los efectos de donación de órganos y tejidos humanos.

La Ley General de Salud en su artículo 344, establece, como acaece la pérdida de la vida y una de las formas de perderla lo es, con la muerte cerebral, por tanto deja de existir la persona y se extingue su personalidad, dicho artículo señala:

La muerte cerebral se presenta cuando existen los siguientes signos:

- I.- Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales;
- II.- Ausencia de automatismo respiratorio, y
- III.- Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.

Los signos señalados en las fracciones anteriores deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas:

- I.- Angiografía cerebral bilateral que demuestre ausencia de circulación cerebral, o
- II.- Electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica cerebral en dos ocasiones diferentes con espacio de cinco horas.

Puede suceder que aún cuando ya se haya decretado la muerte cerebral de la persona, su corazón siga latiendo, pero esta situación se debe a que gracias a la ayuda de un ventilador artificial provee oxígeno al corazón para que siga funcionando, sin embargo la persona ya está muerta.

Derivado de esa situación, entonces, la naturaleza jurídica del cadáver, es que pasa a ser una cosa, un bien patrimonial moral, no pecuniario, es entonces cuando se pueden realizar actos de disposición del cadáver, con respecto a los órganos, a fin de realizar los trasplantes necesarios que permitan mejorar la calidad de vida, de aquél que se encuentra enfermo y que no puede desarrollar un vida normal.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del cuerpo humano en vida, es que es un bien patrimonial no pecuniario, que se encuentra fuera del comercio y que por tanto no podemos lesionarlo, ni ponerlo en peligro de muerte, por los actos de disposición que pudieran realizarse. También que los actos de disposición en materia de trasplantes son de manera gratuita, ya que lo que hace que una persona done un órgano, es con la finalidad de ayudar a su prójimo, sin recibir nada a cambio.

Por eso, mi insistencia en que el derecho regule en el Código Civil, cuáles son los actos de disposición a que tenemos derecho sobre nuestro cuerpo en vida y si estos actos pueden ser gravosos o gratuitos. Pues la persona al ser titular de su cuerpo no dudó que trate de experimentar en él mismo y ejercer actos de comercio, como sucede en Colombia que en el artículo 2048 de su Código Civil, se encuentra regulado la enajenación de la

leche materna, esta enajenación se limita en la medida en que no le haga falta para la lactancia necesaria de sus propio hijos¹⁵⁹.

Por lo que hace a la regulación normativa de los órganos, tejidos y cadáver humanos, en nuestro derecho, todavía no se encuentra del todo conformado, como sucede con otros países, en donde tanto en su Código Civil y Constitución existe un Título dedicado a la materia de los trasplantes, tal es el caso de Italia, Argentina, Colombia.

De tal forma, que me causa sorpresa el comprobar que en tres Códigos Civiles de la República Mexicana, existe un apartado dedicado a los derechos patrimoniales, dichos códigos son los de Jalisco en sus artículos 24 al 40; Puebla artículos del 74 al 88 y Quintana Roo artículos 666 al 679 y al menos en el Código Civil del estado de Tlaxcala, se menciona sobre la reparación del daño moral en su artículo 1402.

Es paradójico que únicamente tres códigos civiles le dieran la importancia debida a estos derechos, pues ahí se determinan los actos de disposición del cuerpo humano y quienes pueden realizar tal disposición.

En las demás legislaturas de los estados mexicanos no se hace mención a dicho tema y tampoco lo hace el Código Civil federal y entonces es aquí cuando surge la confusión de por qué algunas leyes regulan el tema y otros no.

Por cuanto a las leyes estatales de salud, también son cuatro los estados de la República que tienen regulado el tema de los trasplantes y son: Estado de Chiapas, en su artículo 3°; Estado de Querétaro, artículo 3°; Estado de Guanajuato, artículo 3° y Estado de Puebla que es la única legislación en donde existe un título dedicado a los trasplantes, con 36 artículos, del 90 al 115.

De la legislación federal en materia de trasplantes, encontré únicamente tres normas, que son: la Ley General de Salud, con reformas en los años 1987, 1991 y 2000; Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de Control Sanitario de la disposición

¹⁵⁹ TORRES C. Leonardo y URIBE R. Roberto.-Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario ob. cit., p. 46.

de órganos, tejidos y cadáver humano, con reformas en 1987 y 1991; Norma Técnica N° 323, con reformas en 1987 y 1991.

Como se podrá observar, a los legisladores se les olvidó actualizar estas dos últimas leyes y no sufrieron las modificaciones realizadas a la Ley de la materia en el año 2000, por tanto las únicas que coinciden en cuanto a información lo son la Norma Técnica No 323 y el Reglamento de la Ley General de Salud.

Las diferencias que existen tanto de la Norma Técnica N° 23 y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, contra la Ley General de Salud, en su Capítulo Cuarto, son:

NORMA TECNICA N° 23	REGLAMENTO DE LA LEY DE SALUD	LEY GENERAL DE SALUD VIGENTE
Establece todavía disponentes originarios y secundarios	También establece disponentes originarios y secundarios	Contempla a la donación tácita y donación expresa.
Establece que del disponente originario del que se tomen órganos y tejidos deberá contar con 18 años de edad y menos de 60 años.	Establece que del disponente originario del que se tomen órganos y tejidos deberá contar con 18 años de edad y menos de 60 años.	No contempla en artículo alguno a partir de qué edad se puede ser donador ni la edad límite para serlo.
Establece que para el caso de trasplante en caso de minoridad, incapacidad o imposibilidad física del receptor, se podrá realizar la intervención con el consentimiento de los disponentes secundarios o sus representantes legales.	Establece que para el caso de trasplante en caso de minoridad, incapacidad o imposibilidad física del receptor, se podrá realizar la intervención con el consentimiento de los disponentes secundarios o sus representantes legales.	La Ley vigente señala que no se podrán tomar órganos y tejidos para trasplante de menores vivos, excepto cuando se trata de médula ósea y con el consentimiento de sus representantes legales. En caso de fallecimiento del menor, el consentimiento será otorgado también por sus representantes

NORMA TÉCNICA N. 27	REGLAMENTO DE LA LEY DE SALUD	LEY GENERAL DE SALUD VIGENTE
		legales. Para el caso de los incapaces y otras personas a interdicción no pueden disponer de sus órganos, tanto en vida como después de su muerte.

Por otro lado, también encontré que en el año de 1989 se creó el Registro Nacional de Trasplantes, cuyo objetivo principal es registrar los datos de los donadores y receptores, los establecimientos autorizados, los casos de muerte cerebral.

Asimismo en el año de 1999, se crea el Consejo Nacional de Trasplantes, cuyo objetivo es promover, apoyar y coordinar las acciones en materia de trasplante, de éste Consejo a partir del año 2000 depende el Registro Nacional de Trasplantes.

Sin embargo, creo que a estos organismos les han faltado promocionar el tema de los trasplantes, ¿Cuántos tipos de trasplante existen? ¿Qué consecuencias de salud nos genera?.

Por lo que se refiere al tema de los trasplantes, últimamente ha tomado mucha importancia en el ámbito mundial y en algunos países existe regulación desde hace más de 30 décadas. En México, tanto los profesores Ernesto Gutiérrez como Alberto Pacheco Esparza, hicieron estudios relativos a la era de los trasplantes, sin embargo, creo que a los legisladores, no les ha sido de interés la actualización en este rubro y así establecer una normatividad congruente y eficaz, que esté a la altura de los avances médicos y de los requerimientos sociales.

Mi propuesta para la disposición de órganos, tejidos y cadáver humano es el siguiente:

- 1) Que se adicione en la Ley General de Salud un capítulo relativo a los órganos que se pueden disponer en vida y para después de la muerte.

- 2) Otorgar tanto al donante como al receptor pláticas con psicólogos adscritos al sector salud, a fin de que les proporcionen información previa con el futuro donante para garantizar que la decisión se toma sin coacción alguna.

Aunque la Norma Técnica N° 23 establece que órganos son los que se disponen en vida y para cuando la persona fallece, creo necesario que sea la Ley General de Salud la que establezca tal situación, en virtud de ser la encargada de regular todo lo relativo a materia de trasplantes aunado a que es de aplicación federal, mientras que la norma mencionada al principio de este párrafo, considero que carece de validez, toda vez que se encuentra desactualizada, por lo motivos ya mencionados con anterioridad.

Con esto pongo fin a esta tesis sobre los trasplantes, que a lo largo de su realización se me hizo tan interesante y en el cual, todavía hay mucho por investigar y definir. Y coincido con el siguiente pensamiento: *"Cuanto más científico nos volvemos, menor es nuestra capacidad de experiencia."* Theodore Roszak¹⁶⁰

¹⁶⁰ Diccionario de Sinónimos y Antónimos. Volumen II.- Grupo Editorial Mediterráneo, edición s/d, Barcelona España, 1981, p. 322.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los conceptos diversos de persona coinciden en que el ser humano en Derecho, recibe tal denominación desde que nace hasta que muere y esto último se acredita con la presencia de su cadáver debidamente identificado.

SEGUNDA.- En derecho, existen dos clases de capacidad: la capacidad de goce y la de ejercicio. La primera es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y la segunda comprende la capacidad para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones. A las formas positivas de capacidad de derecho, se le enfrentan las formas negativas de la capacidad, las cuales son: incapacidad natural, cuando la persona sufre de estados permanentes de inconsciencia; e incapacidad legal, puesto que la ley considera que no pueden ejercer sus derechos y obligaciones.

TERCERA.- La naturaleza jurídica del cuerpo humano es la de un bien patrimonial, moral y no pecuniario, por lo que no podemos disponer del cuerpo de las personas para realizar actos de comercio. Nuestra legislación autoriza la donación de órganos y tejidos siempre y cuando no se ponga en riesgo la salud del donante. En cuanto a la disposición del cadáver, únicamente los códigos civiles de los estados de Puebla, Jalisco y Quintana Roo, establecen que habrá limitaciones, cuando la persona en vida no manifestó por escrito o en forma verbal a sus familiares que pueden usar algunos componentes de lo que en vida fue su cuerpo. De manera que la persona es la única que puede decidir si utilizan su cadáver, ya sea para fines de donación de órganos, de docencia o con intención terapéutica.

CUARTA.- Por lo que se refiere a la regulación normativa de los órganos, tejidos y cadáver humano, en materia de salud, solamente cuatro estados de la República, tienen regulado el tema de los trasplantes, siendo éstos: Chiapas, Querétaro, Guanajuato y Puebla. Existen también las normas que establecen el Consejo Nacional de Trasplantes, Registro Nacional de Trasplantes y la Norma Técnica N° 123. Por otro lado, únicamente

tres códigos civiles de la federación regulan los actos de disposición del cuerpo humano, siendo: Jalisco, Quintana Roo y Puebla.

QUINTA.- Mis propuestas para solucionar el problema que se presenta a lo largo de esta investigación son las siguientes: Primera.- Que se incorpore al código civil federal un título sobre los derechos de la personalidad, con la finalidad de establecer los actos de disposición del cuerpo humano, y si éstos actos pueden ser onerosos o gratuitos. Segunda.- Se deben contemplar en las legislaciones estatales de salud, un título relativo a los actos de disposición de los componentes del cuerpo humano, que contenga cuatro capítulos; a saber: El primer capítulo relativo a disposiciones generales: comprenderá las normas establecidas por el Consejo Nacional de Trasplantes, Registro Nacional de Trasplantes y la Norma Técnica N° 23. El segundo capítulo establecerá: los requisitos para ser donadores, receptores, así como para que los familiares celebren válidamente la donación de órganos del *de cuius*. El tercer capítulo especificará: los requisitos para la disposición del cadáver, órganos y tejidos. El cuarto capítulo determinará: las precisiones para confirmar la pérdida de la vida.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1.- ATAS LÓPEZ, Joaquín.

Los Médicos y la Responsabilidad Civil.- El Consentimiento del Paciente a los actos médicos sobre su cuerpo.
Editorial Montecorvo
Edición s/d.
Lugar s/d

2.- BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, Ma. Teresa y BERTOLDI DE TOURCADE, Ma. Virginia.

Trasplantes de Órganos entre Personas con Órganos de Cadáveres.
Editorial Hammurabi.
Edición S/D
Buenos Aires, 1983.

3.- BONFANTE, Pedro.

Instituciones de Derecho Romano.
Edición 8ª. Traducción de la 8ª Edición Italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa.
Editorial: Instituto Editorial Reus.
Madrid, 1979.

4.- BONNECASE, Julien.

Introducción al Estudio del Derecho, Volumen I.
Editorial José Ma. Cajica Jr.
Edición 3ª. Traducción de la 3ª edición por el Lic. José Ma. Cajica Jr.
México, 1944

5.- BONNECASE, Julien.

Elementos de Derecho Civil, Tomo I.
Traducción del Lic. José Ma. Cajica Jr.
Editorial Cárdenas editor y distribuidor.
Edición S/D
México, 1985.

6.- BORDA A., Guillermo.

Tratado de Derecho Civil, Tomo I.
Editorial Perrot.
Edición 10ª.
Buenos Aires, 1991

7.- BORREL MACIA, Antonio.

La Persona Humana. Derechos Sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de otros Hombres.

Editorial Bosch Casa.

Edición S/D

Barcelona, 1954.

8.- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉZ, Beatriz.

Derecho Romano, Primer Curso.

Editorial Porrúa.

Edición 13ª.

México, 1988.

9.- CASTÁN TOBEÑAS, José.

Derecho Civil Español Común y Foral.

Editorial Instituto Editorial Reus.

Edición 8ª.

Madrid, S/F

10.- COLOMO GÓMEZ, Jesús.

Muerte Cerebral, Biología y Ética.

Ediciones Navarra.

Edición s/d

España, 1993.

11.- COSSIO, Alfonso De

Instituciones de Derecho Civil.

Editorial Alianza.

Edición 1ª.

México, S/F

12.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo.

Derecho Civil Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez.

Editorial Porrúa.

Edición 2ª.

México, 1990

13.- DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo

Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos.

Editorial Porrúa.

Edición s/d

México, 1993.

14.- ENNECCEURS, Ludwig, KIPP, Theodor; WOLFF, Martín.

Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Volumen I.

Traducción del Alemán Blas Pérez González y José Alguer.

Editorial Bosch Casa.

Edición 39ª.

Barcelona, 1953.

- 15.- FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando.**
Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil.
Editorial Porrúa.
Edición 6ª.
México, 1990.
- 16.- FORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando.**
Introducción al Estudio del Derecho Civil.
Editorial Porrúa.
Edición 6ª.
México, 1990.
- 17.- GALINDO GARFIAS, Ignacio.**
Derecho Civil Primer Curso. Parte General. Personas.
Editorial Porrúa.
Edición 12ª.
México, 1993
- 18.- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.**
Introducción al Estudio del Derecho.
Editorial Porrúa.
Edición 38ª.
México, 1986.
- 19.- GRECO, Roberto Ernesto.**
Código Civil de la República de Argentina.
Editorial Abeledo (Perrot)
Edición 32ª.
Buenos Aires, S/F
- 20.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto.**
El Patrimonio: Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad.
Editorial Porrúa.
Edición 5ª.
México, 1991.
- 21.- JIMÉNEZ ORANTES, Montse.**
Legislación, Derecho Sanitario, Introducción al Derecho.
Editorial Jims.
Edición 1ª
Barcelona, 1993
- 22.- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario.**
Instituciones de Derecho Civil, Tomo II.
Editorial Porrúa.
Edición 1ª.
México, 1987.

23.- MESSINEO, Francesco.

Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo II.
Traducción de Santiago Sentis Melendo
Editorial Ediciones Jurídicas Europa - América.
Edición 8ª. (Italiana)
Buenos Aires, 1979.

24.- MORALES CASTRO, José Ignacio.

Derecho Romano.
Editorial Trillas.
Edición 3ª.
México, 1987.

25.- ORTÍZ URQUIDI, Raúl.

Derecho Civil, Parte General.
Editorial Porrúa.
Edición 3ª.
México, 1986.

26.- OSORIO Y NIETO, César Augusto.

Delitos Federales.
Editorial Porrúa
Edición 1ª.
México, 1994.

27.- PENICHE LÓPEZ, Edgardo.

Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil.
Editorial Porrúa.
Edición 18ª.
México, 1984.

28.- PETIT, Eugene

Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de D. José Fernández González.
Editorial Porrúa.
Edición 9ª.
México, 1992.

29.- PINA DE, Rafael.

Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción, Personas, Familia, Volumen I.
Editorial Porrúa.
Edición 17ª.
México, 1992.

30.- PLANIOL, Marcel.

Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo I, Volumen I.
Traducción de José Ma. Cajica Camacho.
Editorial Cajica.
Edición 12ª.
México, 1983.

31.- PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luis.
Fundamentos de Derechos Civil, Tomo I, Volumen I.
Editorial Bosch Casa.
Edición S/D
Barcelona, S/F

32.- QUIROZ QUARON, Alfonso.
La Muerte en la Medicina Forense. Derecho Penal Contemporáneo.
Editorial Porrúa.
Edición 6ª.
México, S/F.

33.- RECASENS SICHES, Luis.
Introducción al Estudio del Derecho.
Editorial Porrúa.
Edición 9ª.
México, 1991.

34.- RECASENS SICHES, Luis.
Tratado General de Filosofía del Derecho.
Editorial Porrúa.
Edición 10ª.
México, 1991.

35.- ROJINA VILEGAS, Rafael.
Derecho Civil Mexicano, Tomo I.
Editorial Antigua Librería Robredo.
Edición 3ª.
México, 1959.

36.- ROMERO CASABONA, Carlos María.
Los Trasplantes de Órganos.
Editorial Bosch Casa
Edición S/D
Barcelona, S/F

RUGGIERO, Roberto de.
Instituciones de Derecho Civil.
Editorial Rems,
Edición 4ª

37.- SANTOS BRIZ, Jaime.
Derecho de Daños.
Editorial Revista de Derecho Privado.
Edición s/d
Barcelona, s/f.

38.- TERAN, Juan Manuel.

Filosofía del Derecho.

Edición 11ª.

Editorial Porrúa.

México, 1989.

39.- TOBIAS W., José.

Fin de la Existencia de las Personas Físicas.

Editorial Astrea.

Edición S/D

Buenos Aires, 1988

40.- TRABUCCHI, Alberto.

Instituciones de Derecho Civil, Tomo I.

Traducción Luis Martínez Calcerrada.

Editorial Revista de Derecho Privado

Edición 15ª.

Madrid, 1967

41.- VENTURA SILVA, Sabino.

Derecho Romano.

Editorial Imprenta Azteca

Edición 1ª.

México, 1962

42.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel.

Contratos Civiles.

Editorial Porrúa

Edición 2ª

México, 1985.

CÓDIGOS Y DICCIONARIOS

1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Editorial Porrúa.

Edición 131ª

México, 2000.

DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS.

Editorial Mediterráneo.

Edición s/d

Barcelona, España, 1981.

2.- GRUPO ISEF.

Agenda Civil del D. F. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia.

Editorial Ediciones Fiscales Isef.

Edición 1ª.

México, 2000

3.- GRUPO ISEF.

Agenda de Salud. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia.

Editorial Ediciones Fiscales Isef.

Edición 1ª.

México, 2000

4.- LAROUSSE PLANETA.

Diccionario de la Lengua Española, Esencial.

Editorial, Larousse

Edición 1ª, 35ª reimpresión.

México, 1999.

5.- LEY GENERAL DE SALUD.

Editorial Porrúa

Edición 8ª.

México, 1992

6.- DICCIONARIO ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

Editorial Ramón Sopena

1ª Edición.

México, S/F

6.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan.

Diccionario para Juristas

Editorial Mayo, Ediciones

Edición 1ª.

México, 1981.

REVISTAS Y PERIÓDICOS.

1.- **ANTONI, Jorge.**- El tema de la Edad y de la Capacidad.- Revista del Instituto de Derecho Civil, Tomo I, N° 1, Año 1948, Tucumán, Argentina.

2.- **CARNELUTTI, Francisco.**- Tema: Notas sobre la Capacidad y la Incapacidad.- Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Volumen XXVII, N° 4, Agosto 1967, San Juan Puerto Rico.

3.- **CASTÁN VÁZQUEZ, José María.**- Tema: La Resolución del Consejo de Europa sobre la Edad de la Plena Capacidad Jurídica, Revista de Derecho Privado, Enero 1973, Madrid, España.

4.- **CLARÍA, Carlos H.**- Tema: Incapacidad de Derecho en el Código Civil Argentino.- Cuaderno de los Institutos, N° 90, Año 1964, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

5.- **CUADRA IPIÑA, Federico.**- Tema: Derechos de la Personalidad.- Revista de la Escuela de Derecho, N° 3, San Luis Potosí, México, 1982.

- 6.- **GONZÁLEZ GÓMEZ, Eudoro,**.- Tema: ¿Son relativamente incapaces las Personas Jurídicas?.- "Estudios de Derecho", Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Volumen IX, N° 26, Agosto de 1947, Medellín, Colombia.
- 7.- **LEAL DAVIDA, Orlando.**- Tema: La Problemática Jurídica Colombiana de la Reproducción Humana Asistida.- Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Pontificia, Bolivariana, N° 87 - 88
- 8.- **LETE DEL RÍO, José Manuel.**- Tema: Pasado y Presente de la Tutela o Guarda de los Menores o Incapacitados.- Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la reforma del Código Civil en materia de Tutela, Tomo XVI, Enero – Marzo 1984, Madrid, España.
- 9.- **LEZANA, Julio I.** .- Tema: ¿Las Personas Jurídicas son Incapaces de Hecho?.- Jurisprudencia Argentina, Año XX, N° 7193, 8 de agosto de 1958, Buenos Aires Argentina.
- 10.- **MONTERO DUHALT, Sara.**- Tema: La Incapacidad.- Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XVI, N° 63 – 64, Julio – Diciembre 1966.
- 11.- **ROJO SANZ, José Ma.**- Tema: Fundamentos Antropológico – Jurídicos de la Defensa de la Vida Humana. Revista de Persona y Derecho, N° 21, Año 1984, Madrid, España.
- 12.- **SANGUINO MADARIAGA, Alino.** Tema: Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos. Revista de Estudios de Derecho, Volumen 43, Números 105-106, Marzo – Septiembre, Colombia, 1984.
- 13.- **SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando.**- Tema: Capacidad de las Personas Físicas y Circunstancias Modificativas de la Capacidad de Obrar. Anuario de la Escuela Judicial, Madrid, 1974.
- 14.- **TORRES C. Leonardo y URIBE R. Roberto.**- Tema: Disponibilidad del Cuerpo y Definición de la Muerte. - Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.- N° 513, Febrero – Abril 1981, Bogotá, Colombia.
- 15.- **RODRÍGUEZ, Martha.**- Donación de Órganos, el Mito y la Moral, UNO MAS UNO D. F., 14 de agosto de 2000, página 12, Col. 1 y 2.
- 16.- **VEGA, Margarita.**- Entra en Vigor Ley de Órganos, REFORMA D. F. 27 de mayo de 2000, página 25ª, Col. 1.
- 17.- **SAAD, Patricia.**- Entran hoy en Vigor las Nuevas Disposiciones a la LGS en Materia de Donación de órganos, EXCELSIOR D. F., 27 de mayo de 2000, p. 5, Col. 1, p. 24A Col. 1 y 2.
- 18.- **CALVILLO ESTÉVEZ, Lilliana.**- La Era de los Trasplantes en México.- Revista Ciencia Salud. Diciembre 2000, página 11.
- 19.- **CONTRERAS ESQUIVEL, Consuelo.**- El Trasplante de Órganos.- Revista Salud, miércoles 31 de enero de 2001, pp 6, 8.

TESIS

1.- ANGELES BAUTISTA, Juan.

"La Naturaleza del Derecho al Propio Cuerpo Humano."
Universidad Nacional Autónoma de México.
Facultad de Derecho.
Tesis para obtener la Licenciatura en Derecho.
1969.

2.- CONTRERAS HERRERA, Juana.

"Necesidad de Reglamentar el Trasplante de Órganos del Cuerpo Humano."
Universidad Nacional Autónoma de México.
Facultad de Derecho.
Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.
1984.

3.- LEÓN ORTÍZ, Ma. Martha.

"El Cadáver en el Derecho Mexicano."
Universidad Nacional Autónoma de México.
Facultad de Derecho.
Tesis para obtener la Licenciatura en Derecho
1990

4.- MIER CERVANTES, Margarita Eugenia.

"Derecho al Cadáver."
Universidad Nacional Autónoma de México.
Facultad de Derecho.
Tesis para obtener la Licenciatura en Derecho.
1985.

5.- MONDRAGÓN MARTÍNEZ, Ma. Mercedes Margarita.

"Reflexiones sobre el Cuerpo Humano y sus Modalidades Jurídicas en la Legislación Mexicana."
Universidad Nacional Autónoma de México.
Facultad de Derecho.
Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.
1983.

6.- MONTOYA GUTIÉRREZ, José Alberto.

"La Disposición del Cuerpo Humano y sus Modalidades Jurídicas en la Legislación Mexicana."
Universidad Nacional Autónoma de México.
Escuela Nacional de Educación Profesional Aragón.
Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.
1987.

7.- SNYDER GALANTE, Silvia Graciela.

"Proyecto para la Regulación de los Derechos al Cadáver."
Universidad Nacional Autónoma de México.
Facultad de Derecho.
Tesis para obtener el título de la Licenciatura en Derecho.
1988

8.- SOLARES SOTO, Angélica María.
"La Disposición Jurídica del Cuerpo Humano."
Universidad Lasalle.
Facultad de Derecho.
Tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.
1987.

9.- VÁZQUEZ CAMPRELL, Jorge.
"El Cuerpo Humano Considerado como un Bien Jurídico."
Universidad Nacional Autónoma de México.
Facultad de Derecho.
Tesis para obtener la Licenciatura en Derecho.
1971.

CONSULTAS EN INTERNET

- 1.- <http://99.90.56.120/cjm/lpext.dll/puebla/encabezado>, 4 de junio de 2001.
- 2.- <http://99.90.56.120/cjm/lpext.dll/jalis/encabezado>, 4 de junio de 2001.
- 3.- <http://99.90.56.120/cjm/lpext.dll/qroo/encabezado>, 4 de junio de 2001.
- 4.- <http://99.90.56.120/cjm/lpex.dll/chiap/encabezado>, 4 de junio de 2001.
- 5.- <http://99.90.56.120/cjm/lpex.dll/tlaxc/encabezado>, 4 de junio de 2001.
- 6.- <http://99.90.56.12/cjm/lpex.dll/df/encabezado>, 4 de junio de 2001.
- 7.- www.ssa.gob.mx/uldades/dirgrss/drnt.html, 18 de junio de 2001.
- 8.- www.ssa.gob.mx/unidades/cdi, 19 de junio de 2001.
- 9.- www.conatra.org.mx, 07 de julio de 2001.
- 10.- www.qatelind.net/director/trasplante/bselegal.htm, 13 de julio de 2001.
- 11.- www.conatra.org.mx/legal.htm, 13 de julio de 2001.
- 12.- www.conatra.org.mx/acuerdo.htm, 13 de julio de 2001.
- 13.- www.conatra.org.mx/donacion.htm, 13 de julio de 2001.

- 14.- www.ssa.org.mx 10 de agosto de 2001.
- 15.- www.conatra.org.mx/donaci3n.htm, 22 de agosto de 2001.
- 16.- www.conatra.org.mx/costras.htm, 22 de agosto de 2001.
- 17.- www.conatra.org.mx/traspla.htm, 11 de septiembre de 2001.
- 18.- www.vlex.com.mx- 24 de febrero de 2002
- 19.- www.juridica.unam.mx- 24 de febrero de 2002-
- 20.- www.pgr.qob.mx- 21 de febrero de 2002
- 21.- www2.lanacion.com.ar/suples/enfoques/980104/en-03.htm- 21 de febrero de 2002.
- 22.- www.comunidad.derecho.or/aulavirtual/natural.htm- 18 de febrero 2002