



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ACATLÁN**

**"LIMITANTE DE LAS PERSONAS PARA DONAR LOS ÓRGANOS
DE UN FAMILIAR FALLECIDO"**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:**

Juan Carlos Cerda Martínez

ASESOR: Lic. Álvaro Muñoz Arcos



México, D.F.



Mayo 2005.

m343729



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: José Carlos
Carda Martínez

FECHA: 02 Mayo 2005

FIRMA: [Firma manuscrita]

AGRADECIMIENTOS:

A mis padres Raúl y Yolanda,
con todo mi amor por darme su amor, cariño,
un hogar y sobre todo por darme la vida.
Porque siempre me acompañan.

A mis hermanos Yolanda, César y Miguel
con toda mi admiración y cariño,
por el ejemplo que me han dado
y por su apoyo incondicional

A mi Abuela,
que es un ejemplo de vida.

A mis sobrinas Andrea y Alejandra
porque son mi esperanza de vida.

Al Lic. Álvaro Muñoz Arcos,
mi maestro y asesor de tesis
por su apoyo, consejos y recomendaciones,
pero sobre todo por los conocimientos que transmite.
Por ser un ejemplo de profesionalismo.

A todos los maestros,
que me han apoyado durante mi vida académica,
Gracias por sus enseñanzas.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Por darme la oportunidad de prepararme en tan honorable
Institución y por permitirme ser parte de ella,
Lo que siempre me enorgullecerá.

DEDICATORIA:

... A Dios

A mi Abuelo Andrés y a mi sobrino Andrecito:

Les dedico especialmente este trabajo
esperando que en el lugar en que se encuentren
Sea un motivo de alegría,
como los que espero darles siempre,
hasta que me vuelva a encontrar con ustedes.

ÍNDICE

“LIMITANTE DE LAS PERSONAS PARA DONAR LOS ÓRGANOS DE UN FAMILIAR FALLECIDO”

Página

| | |
|--|------------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO UNO. LA PERSONA. | 1 |
| 1.1 Concepto. | 2 |
| 1.2 Concepción y Viabilidad. | 8 |
| 1.3 Atributos de la personalidad. | 14 |
| 1.4 Muerte de la persona y el cadáver | 23 |
| CAPÍTULO DOS. DERECHOS DE LAS PERSONAS. | 30 |
| 2.1 Derechos Humanos. | 31 |
| 2.2 Garantías Individuales. | 36 |
| 2.3 Derechos de la Personalidad. | 40 |
| 2.4 Restricciones de la Personalidad. | 47 |
| 2.5 La capacidad. | 53 |
| CAPÍTULO TRES. LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN PARTICULAR. | 59 |
| 3.1 Antecedentes Históricos. | 60 |
| 3.2 Concepto. | 66 |
| 3.3 Fines de la donación de órganos. | 70 |
| 3.4 Capacidad para donar. | 74 |
| 3.5 Forma de la donación. | 81 |
| CAPÍTULO CUATRO. LIMITANTE DE LAS PERSONAS PARA DONAR LOS ÓRGANOS DE UN FAMILIAR FALLECIDO. | 86 |
| 4.1 La donación de órganos como un acto personalísimo. | 87 |
| 4.2 La voluntad del sujeto como fuente principal para donar. | 92 |
| 4.3 Facultad de los familiares del fallecido para disponer de su cuerpo. | 97 |
| 4.4 Propuesta para modificar el artículo 2.8 del Código Civil del Estado de México. | 101 |
| CONCLUSIONES | 105 |
| BIBLIOGRAFÍA | 108 |

I. INTRODUCCIÓN.

Planteamiento del Problema.

El trasplante de órganos es un avance médico de gran importancia para la humanidad. Al ser posible mejorar la salud e incluso salvar la vida de una persona por medio de un trasplante, tiene que existir necesariamente personas que dispongan de su cuerpo a favor de un tercero que lo necesite, ya sea en vida cuando disponga de un órgano que no perjudique su salud o para después de su muerte pudiendo donar la totalidad de su cadáver.

La donación de órganos es un acto altruista que se caracteriza por el amor al prójimo y que nace de la voluntad de una persona con el ánimo de ayudar a sus semejantes a mejorar su salud, es por eso que el tema aquí planteado pugna por que ese ánimo altruista se desarrolle en cada una de las personas que habitan este planeta para que no se tengan que vulnerar los derechos de la personalidad. Aunque después de fallecida la persona no se puede dejar de tomar en cuenta que su cadáver no es una cosa, pues de tomarlo así sería negarle todos los valores que como persona tuvo.

Con base en el Planteamiento del Problema emitimos la siguiente hipótesis:

ÚNICA. Los familiares de una persona fallecida no pueden disponer del cadáver, toda vez que no adquieren un derecho sobre éste, sino al contrario lo que adquieren es una obligación tutelar.

Para probar la hipótesis se propone el siguiente temario, dividido en Cuatro Capítulos.

En el Primer Capítulo se parte del concepto de persona física y de la importancia que tiene la definición para el Derecho, puesto que es un concepto que evolucionó a través del tiempo. Aunque hoy es plenamente identificado con el concepto de ser

humano anteriormente no todos los seres humanos eran considerados personas. Además de lo anterior, se explica a partir de que momento nace la persona, es decir, a partir de que momento el Derecho la considera persona y cuales son los elementos necesarios para determinar su existencia, no sólo biológica sino jurídicamente, además de explicar los atributos con los que cuenta se indica en que momento cesa su existencia y por lo tanto se extingue su personalidad incluyendo un breve estudio relacionado con sus restos.

Para el Segundo Capítulo se estudian los derechos de las personas incluyendo dentro de éstos el tema de las garantías individuales, primordialmente por la necesidad de que el Derecho público legisle sobre los derechos de la personalidad y los proteja. Así mismo se incluyen los derechos humanos y los derechos de la personalidad, señalando las características de éstos últimos, pues es en donde se basa el estudio de este trabajo por lo que era imperativo incluirlos, pues en éstos se encuentra el fundamento de éste estudio, y así como las personas tenemos derechos también tenemos obligaciones y por lo tanto restricciones que necesariamente tienen que existir por lo cual se incluyen las restricciones a la personalidad y el atributo más importante con que cuentan las personas y que nos permite actuar jurídicamente, la capacidad.

En el Tercer Capítulo se ve de manera particular la donación de órganos, puesto que es importante que el lector conozca sus antecedentes, su concepto, sus fines y la forma que tiene que revestir tan importante acto y, además quienes son las personas facultadas para realizar una donación.

Para el último Capítulo se incluyen elementos que derivados del estudio, son determinantes para hacer ver el error en el que cae el legislador al otorgar facultades a los familiares de una persona fallecida para que dispongan de sus órganos, relacionando en cada uno de los puntos la incompatibilidad de éstos con las facultades otorgadas por el legislador, por lo que se incluye en el último punto del capítulo una propuesta más apegada a Derecho y a la naturaleza del acto, es decir, a

la disposición del cuerpo humano, buscando no sean vulnerados los derechos de la personalidad.

El objetivo del presente trabajo busca de manera visionaria que en un futuro la mayoría de las personas donen sus órganos de una manera voluntaria y consciente de tal manera que exista un total respeto a los derechos de la personalidad en cuanto a la donación de órganos, pues en éstos va implícito la dignidad de la persona.

CAPITULO UNO
LA PERSONA

CAPITULO UNO. LA PERSONA.

El presente capítulo es la introducción del tema en general, su importancia radica en que sirve de base para probar la hipótesis aquí planteada, puesto que al hablar de los derechos de la personalidad necesariamente tenemos que explicar jurídicamente a la persona desde su concepción hasta su muerte.

1.1 CONCEPTO.

La palabra persona tiene su origen etimológico en el latín "personare", que originalmente se usaba para designar a una máscara, la cual utilizaban los actores con el fin de hacer su voz más vibrante y sonora, por lo que poco después la palabra persona pasó a designar al propio actor, el personaje. El origen de la palabra, a pesar de los problemas para establecerlo, es actualmente el más aceptado, así Castan Tobeñas enseña que la palabra "Tiene su origen en las lenguas clásicas. El sustantivo latino persona, ae, se derivó del verbo persono (de per y sono, as are), que significaba sonar mucho, resonar. Se designaba con dicho sustantivo la máscara o careta que usaban los actores, y que servía al mismo tiempo para caracterizarse y para ahuecar y lanzar la voz. Por una serie de transposiciones se aplicó la palabra persona al actor y luego a los actores de la vida social y jurídica; es decir, a los hombres considerados como sujetos de derecho"¹. Por su parte García Máynez refiere: "No obstante las investigaciones glosológicas hechas hasta ahora, la palabra es aún bastante oscura, y la más probable es la derivación que de ella hace Aulio Gelio de personare. Cierto que entre los latinos el sentido originario de persona fue el de máscara, larva histrionalis, que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora; poco después la palabra pasó a significar el mismo actor enmascarado, el personaje; así

¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 131.

en el frontispicio de las comedias de Plauto y Terencio se lee las listas de las *personae*².

Así se corrobora la percepción de Aulio Gelio de que la locución latina "persona" deriva de "personare" y "reverberar".

En el derecho se le designa persona a todo ente susceptible de ser titular de derechos y obligaciones, por lo que no sólo los seres humanos son considerados personas. También lo pueden ser un conjunto de éstas, que se unan con un mismo propósito cuyo fin sea lícito. Existen pues, personas físicas y personas jurídicas colectivas, que cuentan con atributos semejantes, pero, para fines de nuestro estudio sólo nos dedicaremos a la primera mencionada, es decir, a las personas físicas.

Hoy en día la palabra persona puede revestir diversos sentidos: vulgar, filosófico y jurídico.

- a) "Sentido Vulgar. En su acepción vulgar, el término persona es sinónimo de hombre. Pero ésta acepción no sirve para el derecho sin algunas reservas, tanto porque la historia nos demuestra que durante muchos siglos ha habido clases de hombres que no tenían la consideración de personas, cuanto porque en el mismo derecho moderno, aunque todos los hombres son personas, no todas las personas son hombres".

- b) "Sentido Filosófico. Para los antiguos metafísicos, persona era – sigue la clásica e insuperable definición de Severino Boecio – una sustancia individual de naturaleza racional (*naturae rationalis individua substantia*), o bien el supuesto dotado de entendimiento concepto equivalente al anterior, pues en el orden ontológico el término supuesto indica sustancia o ser que subsiste por sí, y las sustancias se hacen individuales por la subsistencia".

2 García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 52ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001, p.223.

- c) "Sentido Jurídico. En el lenguaje jurídico se llama persona a todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas"³.

"El concepto de persona, así entendido, parece equivalente al del sujeto de derecho, si este último se toma en un sentido abstracto. Pero repárese en que la persona no es solo sujeto de derecho, sino también de obligación (deberes y responsabilidades). Por otra parte, si se habla de sujeto de derecho, no en un sentido abstracto, sino en una acepción concreta, para significar a quien está investido actualmente de un derecho determinado, el término persona es más amplio: todo sujeto de derecho será persona, pero no toda persona será sujeto de derecho, porque la actuación supone aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa"⁴.

Regularmente el término de persona física se utiliza para designar a un ser humano. Al respecto Galindo Garfias menciona: "El vocablo "persona" en su aceptación común, denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra "hombre". La persona es a la vez, una hipótesis de trabajo y un valor fundamental para el derecho: el hombre en toda su plenitud, considerado como un ser dotado de voluntad y al mismo tiempo como destinatario de las disposiciones legislativas"⁵. Aún en la cotidianidad nos referimos a la gente como personas, coincidiendo éste término con el del ser humano con personalidad y capacidad jurídica, características imprescindibles de las personas, sobre todo en el derecho positivo mexicano que aún existiendo restricciones a la personalidad como la minoría de edad o el estado de interdicción, esto no limita la capacidad de goce que tienen esas personas, característica predominante de la personalidad jurídica.

3 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 131.

4 Idem. Op. Cit. p. 132.

5 Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, 21ª. ed. Edit. Porrúa, México, 2002, p. 301.

“No obstante que las palabras “Persona” y “Hombre” designan a los seres humanos, su connotación ofrece una diferencia; en tanto que con el sustantivo “hombre” propiamente se particulariza la especie en un individuo determinado como perteneciente a la humanidad, con la voz “persona”, se quiere decir algo más, se apunta en manera más clara y con mayor énfasis a la dignidad del ser humano, porque alude implícitamente al hombre en cuanto está dotado de libertad para proponerse así mismo fines y para decidir la dirección de su conducta, con vista a la realización de tales fines; en suma como un ser responsable ante sí mismo y ante los demás, de su propia conducta, loable o vituperable, desde el punto de vista moral y social⁶. Esto no siempre fue así, sobre todo en el derecho romano, ya que para reconocerles a los seres humanos su situación de personas tenían que reunir los siguientes requisitos⁷:

- a) tener el status libertis, (ser libres no esclavos)
- b) Tener el status civitatis (ser romano, no extranjero)
- c) Tener el status familiae (ser independientes de la patria potestad).

El ser humano desde su más remota existencia siempre ha tenido la necesidad de estar acompañado de otros seres humanos pues es un ser social por naturaleza, incluso el más sociable. Aunque en el principio de su existencia tenía plena libertad en casi todos los sentidos, por su misma condición social tuvo que unirse en grupos que más tarde, con la llegada de la agricultura, dejó su condición de nómada para asentarse en un sólo territorio, formando sociedades que terminarían con la creación del Estado moderno en que vivimos. Para que estas sociedades tuvieran la posibilidad de subsistir, cada uno de los individuos tuvieron que sacrificar parte de su libertad para que tuviera éxito la convivencia entre ellos, para lo cual se implementaron normas que regularan toda esa convivencia, por lo que esos individuos además de adquirir derechos también adquirieron obligaciones.

6 Idem. Op. Cit. p. 302.

7 Floris Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano, 24ª ed. Edit. Esfinge, México, 1999, p. 119.

"La persona y lo jurídico nacen juntos". "La persona humana 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 nadie".

"Al afirmar que el derecho nace para servirle a las personas, aquél debe respetar las características naturales de éstas, pues toda persona goza de una dignidad propia y natural superior del derecho y éste no puede desconocerla ni despreciarla. El derecho existe para ayudar a la persona a alcanzar sus más altos fines y a realizarse como tal."⁸ Todo esto no hubiera sido posible si no se tuviera la capacidad de razonar, cualidad que otros seres vivos no tienen. La capacidad de razonar es lo que ha llevado al ser humano a la creación de sociedades sustentadas en un conjunto de normas a las que se les denomina derecho. A éste sólo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella por la cual se derivan consecuencias jurídicas. Es por eso que para el derecho la persona es un sujeto de derechos y obligaciones⁹.

"El hombre es la célula cuya existencia y vida de relación con otros, constituye la substancia de las comunidades humanas. Es de él y para él de donde nace el derecho. De estas dos frases se infiere que el hombre, por su sola cualidad de hombre es el titular originario y natural de los derechos y obligaciones que brotan de las normas jurídicas, o de acuerdo a la terminología jurídica: el hombre por su sola cualidad de hombre, es persona"¹⁰.

García Máynez menciona que: "Se da el nombre de personas físicas a los hombres, en cuanto sujetos de derecho. De acuerdo con la concepción tradicional, el ser humano, por el simple hecho de serlo, posee personalidad jurídica, si bien bajo ciertas limitaciones impuestas por la ley (edad, uso de razón, sexo masculino para el

⁸ **Domínguez García Viñalobos, Jorge Alfredo. Algunos Aspectos Jurídicos de los Transplantes de Órganos, 1ª ed. Edit. Porrúa, México, 1996, p. 14.**

⁹ **Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, 21ª ed. Edit. Porrúa, México, 2002, p. 301.**

¹⁰ **De la Cueva, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, 17ª ed. Edit. Porrúa, México, 1999, p.151.**

ejercicio de algunas facultades legales, etc.). Los partidarios de dicha teoría estiman que el individuo, en cuanto tal, debe ser considerado como persona¹¹.

De todo lo expuesto anteriormente podemos concluir que actualmente, los conceptos de ser humano y el de persona física coinciden, aunque antiguamente no siempre fue así, sobre todo por cuestiones relativas a la esclavitud, ya que los esclavos no eran considerados como personas, si no como cosas. No fue hasta la llegada de la ilustración que se convenció a la humanidad de que todos los seres humanos, por ésta condición, todos somos iguales y por lo tanto todos somos personas.

El código civil del Estado de México, en su artículo 2.1 define así a las personas físicas:

"Persona física es el ser humano desde que nace y es viable hasta que muere; a quien se le atribuye capacidad de goce y de ejercicio; y que desde que es concebido se le tiene por persona para los efectos declarados por la ley".

La definición anterior engloba a la persona física en su conjunto, al referirse a ella como el ser humano en general; sin distinciones de sexo, raza, edad o cualquier otra circunstancia que menoscabe esa calidad, y que se tiene por el sólo hecho de ser humano, y que va más allá de cualquier designación que pueda hacerse de él mismo.

La definición engloba ciertos aspectos que acompañan al ser humano desde que nace y es viable hasta que muere, sin embargo, algunos aspectos de la persona no se extinguen con la mera muerte pero por su importancia se estudiarán más adelante.

11 García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 52ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001, p.275.

1.2 CONCEPCIÓN Y VIABILIDAD.

Los temas de concepción y de viabilidad no son de aquellos en los que se encuentren grandes cantidades de información y es que tal vez se pueda pensar en ellos como simples conceptos que de una u otra manera se entienden. Sin embargo no es suficiente saber los conceptos de cada uno de ellos, sobre todo cuando de los mismos surgen diversos problemas inherentes al propio concepto de persona, ya que éstos son un estado de la misma, siendo esta situación la que deriva su importancia.

Como todo en este universo existe un orden, regido por leyes naturales que para su existencia necesita de ciertos procesos, los cuales se dan naturalmente, como la reproducción de los seres humanos, en donde todo comienza cuando se unen el óvulo y el espermatozoide, las células sexuales femenina y masculina respectivamente, cuyo proceso se denomina fecundación.

Independientemente de la importancia biológica o científica que representa conocer el proceso de reproducción de los seres humanos, también tiene gran importancia jurídica, pues es al momento de la fecundación en donde se le tiene por concebido al ser humano y es desde ese momento que se le tiene como persona para todos los efectos jurídicos a los que haya lugar, adquiriendo ciertos derechos como el más importante que es el derecho a la vida. "Desde el derecho romano, ha regido el principio de que al concebido se le tiene por nacido, aunque durante el periodo de la gestación la existencia del nasciturus (el ser que va a nacer) depende de la vida de la madre, es parte integrante de las vísceras maternas (pars visceram matris). Forma parte de la persona de la madre; no es todavía persona". "Sin embargo, con vista a la protección del ser humano y puesto que la gestación es un anuncio del alumbramiento, el derecho objetivo no puede desatender que ciertas medidas cautelares o precautorias de carácter conservatorio de los derechos que pueda

adquirir el ser concebido, deben ser adoptadas para que si llega a nacer, si adquiere vida propia, si llega a vivir por si mismo, ya separado de la madre pueda adquirir definitivamente ciertos derechos"¹².

Cualquier acto que atente contra el derecho que tiene el producto a la vida es ilegal y así se le tipifica, si en este acto importa la vida del producto, como un delito denominado aborto. Sin embargo que pasa cuando esta concepción es producto de una violación, desde un punto de vista religioso no se puede atentar contra la vida de ningún ser humano y legalmente por estar concebido ya entra bajo la protección de la ley, además de ser el menos culpable del acto del cual proviene. Sin embargo que pasa con la víctima de la violación y sus derechos, ya que en México todas las personas tienen derecho a decidir de manera libre los hijos que desea tener por lo que un hijo producto de una violación, no sólo atenta contra este derecho sino que también importa un delito, además de tener como consecuencia muchos problemas psicológicos, en muchos casos económicos y en cualquier circunstancia un problema social. En México existen tres circunstancias bajo las cuales se permite el aborto; por violación, porque el embarazo ponga en peligro la vida de la madre y porque el feto venga con problemas congénitos.

Otro problema más actual, que se da a raíz del tema de la concepción de un ser humano, es determinar cual es el momento en que la personalidad jurídica de un ser humano se inicia, para concluir con ello a partir de cuando el hombre es persona para el derecho y cuyo planteamiento lo encontramos en el Artículo 22 del Código Civil Federal. "Este artículo estatuye por una parte, que el momento en que la persona adquiere capacidad, está señalado por el hecho del nacimiento; por otra parte declara que es protegido el ser, por el sólo hecho de la concepción; a pesar de que aún no exista la persona capaz de ser titular de derechos. Ésta protección que la ley otorga, tiende a preservarlo de cualquier atentado en contra de la posibilidad

12 Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, 21ª ed. Edit. Porrúa, México, 2002. p. 311.

de su nacimiento y permite que al nacer, adquiera ciertos derechos (el de heredar, principalmente) establecidos en su favor, durante el periodo de gestación”¹³.

El inicio de una persona, físicamente considerada, se da a partir de su concepción y que biológicamente –apunta Pacheco Escobedo– “la persona humana existe desde el mismo instante de la fecundación, no desde la implantación en el endometrio ni desde cualquier otra etapa del desarrollo del producto. Aún cuando a éste se le denomine de diversa manera en los procesos genéticos previos a su nacimiento, no puede negársele en ningún momento la categoría de persona humana desde el mismo instante de su concepción”¹⁴.

Existen diversas posturas doctrinales que indican el inicio de la personalidad jurídica al momento del nacimiento del sujeto, sin embargo lo anterior suprime o niega la capacidad de goce con que cuenta el concebido y de acuerdo a Rojina Villegas “la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano; que basta esta calidad, es decir, ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y por lo tanto, una personalidad. Por esto en el derecho moderno se consagra el siguiente principio: Todo hombre es persona”. “Es así como el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho y éstas son principalmente capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación”¹⁵.

De los diferentes problemas que llegan a surgir, derivado de los conceptos jurídicos como el de la concepción, es donde se muestra la importancia que tiene cada uno de ellos en la vida cotidiana y por lo cual es necesario su estudio, ya que entre más especializado el estudio que se haga de ellos, más fácil será la solución que se deriven de los mismos.

13 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000. p. 139.

14 *Idem*. Op. Cit. pp. 139-140.

15 *Idem*. Op. Cit. p. 141.

Por viabilidad se entiende la posibilidad natural de seguir viviendo. Cabe destacar dos tipos de viabilidad¹⁶.

- a) Viabilidad propia. “Es la del recién nacido después de haber resultado de un embarazo considerado como normal, resultado de una vida intrauterina lo suficientemente sólida, como para que desde el punto de vista médico, por esa solidez, se le considere viable, es decir, esté en condiciones de subsistir”.

- b) Viabilidad impropia. “Significa la posibilidad de vida extrauterina del nacido, con independencia a ser resultado o no de un embarazo con evolución normal y un nacimiento en tiempo”.

En el caso de la viabilidad se dice que; es viable el ser humano que ha vivido veinticuatro horas posteriores a su nacimiento o es presentado vivo ante el oficial del registro civil¹⁷.

Derivado de la definición anterior, podemos reflexionar sobre la importancia del tema, en el caso supuesto de que el padre de una mujer embarazada instituya como heredero universal de todos sus bienes al hijo de ésta que está próximo a nacer. Si el testador muere durante el embarazo de su hija, mientras su heredero nazca y sea viable, pasará a heredar todos los bienes de su abuelo; sin embargo, si no nace viable aunque ya esté concebido, será incapaz de heredar, por lo que a falta de éste todas las personas con derecho a heredar, podrán reclamar ese derecho, es decir se abrirá una sucesión legítima pero en relación al testador. En la situación anterior si el heredero fallece veintiséis horas después de haber nacido, al ser ya viable la sucesión legítima se abrirá pero en relación al heredero.

16 Idem. Op. Cit p. 155.

17 Art. 2.1 2do Párrafo del Código Civil del Estado de México.

"Tenemos aquí la función importantísima que tiene reconocer personalidad al embrión humano bajo la condición resolutoria de que no nazca viable, es decir, que no viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al registro civil. No creemos que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en este caso no podría explicarse, como puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es una persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa; que no nazca viable, quedará perfectamente explicado, que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo (como ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria), si nace no viable, es decir, si se realiza justamente éste hecho futuro e incierto (que nazca no viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento"¹⁸.

Existen diversas doctrinas con respecto al origen de la existencia de la persona física de acuerdo a Castán Tobeñas, mencionaremos las siguientes:¹⁹

- A. Teoría de la concepción. Sugiere la idea de que el concebido tiene existencia independiente y se le debe tomar como posible sujeto de derechos aún antes de nacer. La imposibilidad de determinar el tiempo de la concepción es un inconveniente serio de esta doctrina.
- B. Teoría del nacimiento. Se funda en que el feto no tiene vida independiente de la madre y que el reconocimiento de su personalidad tropieza con la imposibilidad de determinar el momento de su concepción.
- C. Teoría ecléctica. Reconoce por una ficción derechos al concebido pero pone el origen de la personalidad en el nacimiento.

18 Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I, 31ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001, p. 161.

19 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 141

D. Teoría de la viabilidad. Exige que la persona, además de nacer, tenga la aptitud de seguir viviendo fuera del claustro materno (viable significa, capaz de vivir).

Son de las circunstancias anteriores de donde se deriva la importancia de la concepción y de la viabilidad de una persona física que aunque no lleguen a ser situaciones comunes, definitivamente existen.

1.3 ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD.

Se pueden definir a los atributos de la personalidad como: Cada una de las cualidades con que cuentan las personas y que les reconoce la ley.

Los atributos de la personalidad son: el nombre, la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el domicilio y la nacionalidad.

A) EL NOMBRE.

Se puede definir el nombre como; un conjunto de palabras que designan a una persona y que sirve como medio para distinguirla. De la definición anterior podemos hacer la aclaración de que utilizo el término "medio para distinguir" puesto que las personas físicas pueden coincidir exactamente en sus nombres, y cuya distinción se hará mediante otras características que vayan de acuerdo al acto o hecho jurídico en que estén involucradas. Se debe mencionar que no sólo las personas tienen nombre, también lo tienen otros seres vivos y hasta las cosas.

"El nombre se confiere en el momento en que nace la persona, de aquí que sea una facultad inherente a la misma, que no le corresponde por herencia, sino que el derecho le atribuye en su calidad de tal independientemente del problema Jusnaturalista relativo a la inminente calidad de la persona humana, para su debida individualización y tutela por el derecho objetivo"²⁰.

"El nombre cumple una función de policía administrativa para la identificación de las personas y desde el punto de vista civil constituye una base de diferenciación de los sujetos para poder referir a ellos consecuencias jurídicas determinadas"²¹.

20 Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I. 31ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001, p. 198.

21 Idem. Op. Cit. p. 199.

El nombre de las personas jurídicas colectivas es traducido en el concepto "denominación" o "razón social". En el caso de la denominación se formará libremente, pero al emplearse irá seguida de las palabras o abreviaturas del tipo de sociedad a que pertenezcan. En el caso de la razón social se formará con el nombre de uno o más socios y cuando en ella no figuren los de todos, se les añadirán las palabras y "compañía".²²

En el caso de las personas físicas, su nombre está formado por un sustantivo o nombre de pila y el apellido paterno y materno, en este orden. Los apellidos "no se confieren por virtud de la muerte de aquél que aparezca como jefe de familia, sino que se otorgan a los descendientes de pleno derecho, cuando son legítimos, en el momento de que nacen o posteriormente al ser reconocidos o legitimados".²³ Las personas físicas pueden utilizar un seudónimo, que por lo regular es utilizado por personas dedicadas a ciertas actividades artísticas como el canto, la pintura o la literatura aunque también se utiliza en actividades científicas. El seudónimo se lo impone la propia persona.

En los pueblos primitivos el nombre era único e individual, cada persona sólo llevaba un nombre y no lo transmitía a sus descendientes, esto se daba principalmente en pueblos como el griego y el hebreo²⁴. En Roma se tenía un "praenome" y otro nombre gentilicio (nomen). Sin embargo para mejorar la identificación se añadía todavía un "cognomen", que escogían los padres inspirándose en curiosos presagios o en el aspecto del niño.²⁵

22 Arts. 21, 59 y 88 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

23 Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I. 31ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001, p. 201.

24 Idem. Op. Cit. p. 197.

25 Floris Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano, 24ª ed. Edit. Esfinge, México, 1999, p. 135.

Por último mencionaremos otra variante de lo que es un nombre, "el apodo", el cual se impone por otras personas basándose en alguna característica o circunstancia relacionada con el individuo. El apodo se utiliza muy a menudo en materia penal como medio de identificación de un delincuente. También es conocido como mote o sobrenombre.

B) LA CAPACIDAD.

Como hemos visto, la persona es centro de imputación de derechos y obligaciones puesto que, el derecho se crea por el hombre y para el hombre y puesto que es la ley quien otorga esos derechos e impone obligaciones. A la facultad o aptitud legal que tienen las personas como titulares de derechos y obligaciones se le denomina capacidad.

La capacidad se divide en dos: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

a) La capacidad de goce, es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones, es decir la capacidad con que contamos todos, desde que somos concebidos, nacemos y somos viables hasta que fallecemos. "Todo sujeto debe tenerla. Si se suprime desaparece la personalidad, por cuanto impide al ente la posibilidad jurídica de actuar".²⁶

b) La capacidad de ejercicio. Es la aptitud legal en que está una persona para hacer valer sus derechos y para cumplir con sus obligaciones por si misma. Para poder tener o para que se de esta capacidad se tienen que tener ciertas características como: la mayoría de edad y el no estar en estado de interdicción. "Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de

²⁶ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I. 31ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001, p. 158.

hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales".²⁷

Al hacer mención de la capacidad, es necesario que se mencione lo opuesto a ésta, es decir la incapacidad, que no es otra cosa que la disminución de goce o de ejercicio que tiene una persona derivado de ciertas circunstancias naturales o legales.

C) ESTADO CIVIL.

"El estado civil o político, consiste en la situación jurídica concreta que guarda una persona en relación con la familia, el estado o la nación."²⁸

"Siendo el estado una cualidad de relación de las personas, es evidente que no puede separarse de las mismas ni ser objeto de transacción o enajenación. Tampoco el estado puede considerarse como un bien de orden patrimonial, susceptible de transferencia o prescripción en forma positiva o negativa. En sentido lato el estado de las personas es un valor de orden extrapatrimonial y por tanto, indivisible e inajenable".²⁹

Algunas de las fuentes del estado civil son las siguientes:

- a) EL PARENTESCO. El parentesco es la relación directa que existe entre personas y sólo se reconocen legalmente, tres formas de éste: el de consanguinidad, que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, el de afinidad, que surge por virtud del matrimonio entre los

27 Idem. Op. Cit. p. 164.

28 Idem. Op. Cit. p. 169.

29 Idem. Op. Cit. p. 171.

cónyuges y los familiares de éstos y el civil que nace de la adopción simple entre adoptante y adoptado.³⁰

- b) EL MATRIMONIO. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.³¹
- c) EL DIVORCIO. El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial y puede ser voluntario o necesario. El divorcio voluntario se da por mutuo acuerdo entre los cónyuges sin necesidad de un litigio y el divorcio necesario se da por alguna razón que hace más difícil la convivencia entre los cónyuges y cuyas causales están enumeradas en los códigos civiles de las diferentes entidades y del Distrito Federal.

D) EL PATRIMONIO.

La palabra patrimonio viene del latín "patrimonium". Normalmente se le define como un conjunto de derechos y obligaciones que se pueden apreciar en dinero. Sin embargo ésta definición no es del todo completa, ya que "no sólo los derechos subjetivos y las obligaciones pueden ser estimadas en dinero, también lo pueden ser las facultades, las cargas y en algunos casos el ejercicio de la potestad".³²

30 Arts. 292 al 295 del Código Civil Federal

31 Art. 4.1 del Código Civil del Estado de México

32 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Edit. Porrúa-UNAM, México, 2002.

Características del patrimonio:

- a) Sólo las personas tienen patrimonio ya que solo ellas son capaces de derechos y obligaciones.
- b) Todas las personas tienen un patrimonio.
- c) Sólo se tiene un patrimonio.
- d) El patrimonio es inseparable de la persona.

E) EL DOMICILIO.

El domicilio es el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicar ahí de manera permanente. Aunque para ciertos efectos legales, el domicilio es el centro principal de los negocios de las personas, o al lugar donde simplemente residen o en su defecto donde se encuentren.

"El concepto de domicilio es fundamental para el derecho. Conviene diferenciarlo de residencia. Se entiende por residencia la estancia temporal de una persona, en cierto lugar, sin el propósito de radicarse en él". "La residencia puede servir, por ejemplo, para hacer notificaciones judiciales e interpelaciones. La residencia también se toma en cuenta para levantar determinadas actas del registro civil, por ejemplo, el acta de defunción"³³.

"En cambio, desde el punto de vista jurídico, el domicilio, es el centro al cual se refieren los mayores efectos jurídicos. Sirve de base para determinar la competencia de los jueces y la mayor parte de los actos civiles, así mismo, el domicilio es lugar normal del cumplimiento de las obligaciones y también del ejercicio de los derechos

³³ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I. 31ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001, pp. 189-190.

políticos y civiles. En tanto que el domicilio es permanente, la residencia es temporal, por otra parte el domicilio se impone por la ley a determinadas personas; en cambio la residencia no es impuesta por la ley".³⁴

- a) DOMICILIO LEGAL. Es el lugar que la ley fija a las personas para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus obligaciones.
- b) DOMICILIO CONVENCIONAL. Es aquél que la misma persona tiene derecho de señalar para el cumplimiento de determinadas obligaciones.
- c) DOMICILIO FISCAL. Por lo regular es el centro principal de los negocios de las personas o el que designan para el cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Características del domicilio³⁵:

1. Toda persona debe tener un domicilio.
2. Las personas sólo pueden tener un domicilio.
3. Sólo las personas pueden tener domicilio.
4. El domicilio es transferible por herencia.

F) LA NACIONALIDAD.

La nacionalidad es la situación jurídica, que vincula a una persona con un Estado sujeto de derecho internacional el cual le reconoce derechos y obligaciones.

En cuanto a la nacionalidad el artículo 30 de la constitución mexicana nos habla de las formas en que se adquiere la nacionalidad y a la letra dice:

34 Idem. Op. Cit. p. 190.

35 Idem. Op. Cit. p. 191.

Art. 30. La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

A. Son mexicanos por nacimiento:

I. Los que nazcan en territorio de la república, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional.

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización.

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B. Son mexicanos por naturalización:

I. Los extranjeros que obtengan de la secretaria de relaciones exteriores carta de naturalización; y

II. El varón o la mujer extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

ART. 37. Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad.

La nacionalidad mexicana por naturalización se perderá en los siguientes casos:

Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y

Por residir durante cinco años continuos en el extranjero.

La ciudadanía mexicana se pierde:

- Por aceptar o usar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros;
- Por prestar voluntariamente servicios oficiales a un gobierno extranjero sin permiso del Congreso Federal o de su Comisión Permanente.
- Por aceptar o usar condecoraciones extranjeras sin permiso del Congreso Federal o de su Comisión Permanente.
- Por admitir del gobierno de otro país títulos o funciones sin previa licencia del Congreso Federal o de su Comisión Permanente, exceptuando los títulos literarios, científicos o humanitarios que pueden aceptarse libremente.
- Por ayudar, en contra de la Nación, a un extranjero, o a un gobierno extranjero, en cualquier reclamación diplomática o ante tribunal internacional, y
- En los demás casos que fijan las leyes.

En los casos de las fracciones II a IV de este apartado, el Congreso de la Unión establecerá en la ley reglamentaria respectiva, los casos de excepción en los cuales los permisos y licencias se entenderán otorgados, una vez transcurrido el plazo que la propia ley señale, con la sola presentación de la solicitud del interesado.

1.4 MUERTE DE LA PERSONA Y EL CADÁVER.

La muerte de la persona.

Se nace, se crece, se reproduce y finalmente se muere. El proceso biológico por el que todo ser vivo tiene que pasar y no excluye de ninguna manera al ser humano, cuya vida comienza desde su concepción; sin embargo, para que se le atribuya plena capacidad y se le considere persona completa, tiene que nacer vivo y sobre todo ser viable; pero, como la de todos los seres vivos, esa vida tiene que terminar forzosamente y nada se puede hacer para que suceda lo contrario. Pues bien a esa pérdida de la vida se le denomina muerte.

En el caso de los seres humanos la muerte tiene un sentido muy especial desde el momento en que podemos razonar sobre ella, por lo que a grandes rasgos la podemos ver desde dos perspectivas; una meramente cultural, ligada íntimamente a la religión y otra biológica-científica, que se interesa solamente por estudiar el cese de las funciones vitales que sufre el cuerpo humano.

En el mundo del derecho la muerte de la persona va más allá de la mera pérdida de la vida que ésta sufra; toma vital importancia el estudio, no como el mero fenómeno del fallecimiento, sino por las causas que puedan llevar a ésta, pero aun más importante por las consecuencias derivadas de la misma, es decir, los efectos jurídicos que el fenómeno produce, sobre todo con las personas relacionadas con el fallecido. Así, por ejemplo, en el derecho penal se legisla sobre la posibilidad de que una persona prive de la vida a otra, independientemente de las razones, este acto jurídico se tipifica como un delito por lo que después de un proceso viene como consecuencia una sanción o un castigo atendiendo las circunstancias del caso específico.

En el Derecho Civil, la muerte tiene gran importancia a raíz de los efectos jurídicos que el hecho produce; por ejemplo, es evidente que cuando se fallece nadie puede inmediatamente hacer uso de los bienes que se adquirieron en vida y como esto es inevitable, la ley establece la forma en que estos bienes serán adquiridos por otras personas para que puedan hacer uso de ellos, ya sea por medio de un testamento, en el cual una persona decide sobre sus bienes para después de su muerte, es decir, deviene de la voluntad de la propia persona, o por una sucesión legítima en la cual la ley establece quienes son las personas que tienen derecho a adquirir dichos bienes, los cuales pueden hacer valer ese derecho al fallecimiento de su titular. Incluso la muerte no extingue del todo la personalidad del ser humano ya que éste, aún después de perder la vida puede cumplir con obligaciones adquiridas en vida, de hecho algunos contratos siguen subsistiendo aunque alguna de las partes muera, como en el caso del arrendamiento; en el que, salvo pacto en contrario, el contrato no termina por la muerte del arrendador o del arrendatario.

Otro caso que podemos mencionar para ejemplificar la importancia de la muerte en nuestra sociedad es el de la eutanasia, que surge a raíz de un problema ético-religioso y por ende social, en el cual se vislumbra la posibilidad de privar de la vida a una persona cuya enfermedad no tiene remedio porque finalmente terminará con su vida, evitando con esto el hecho de que sufra de más innecesariamente. Aunque existen países en los que ya es permitida esta figura, en México todavía no se toma una postura definitiva al respecto, ya que, ni religiosa ni legalmente se puede privar de la vida a nadie, aunque por otro lado, si una persona finalmente va a morir, definitivamente es mejor que no sufra la misma muerte, lo que constituiría un acto compasivo, pero finalmente este problema deviene de posturas subjetivas que para llegar a un acuerdo sobre la misma se tendrían que igualar criterios, de lo contrario seguirá constituyendo una laguna legislativa.

"Así como el nacimiento o la concepción del ser determinan el origen de la capacidad y por lo tanto, de la personalidad, la muerte constituye el fin. Sin embargo, puede darse el caso de que la muerte, por ignorarse el momento en que se realizó, no extinga la personalidad".³⁶

"Las disposiciones alusivas directa o indirectamente a la muerte de la persona física son numerosas. Lo hacen para señalar efectos en diversos sentidos, bien sea por ejemplo para indicar que ello trae aparejada la terminación de una situación jurídica, bien para señalar, por el contrario la subsistencia o transmisión de otras".³⁷

Los efectos de la muerte son:

1. La cesación de la personalidad.
2. La extinción de los derechos y obligaciones que dependan de la vida de la persona.
3. La apertura de su sucesión hereditaria.

"El enunciado del artículo 22 del Código Civil según el cual, la capacidad de las personas físicas se pierde por su muerte, expone en su expresión más simple y lo hace participar de toda objetividad, el principio claro de que en ese momento, cuando la muerte, termina la personalidad jurídica. Sin embargo por la evolución de la ciencia médica, la determinación del momento del fallecimiento de una persona no es tan sencillo como pudo haberse considerado en épocas anteriores. Ciertamente antes se pensaba y sostenía que la persona fallecía cuando su corazón dejaba de latir, pero los alcances logrados por la medicina aplicada a los trasplantes de órganos, concretamente de corazón, han hecho considerar de un tiempo a la fecha que ese momento tiene lugar cuando deja de haber toda actividad cerebral".³⁸

36 Idem. Op. Cit. p. 162.

37 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil 7ª ed. Edit Porrúa, México, 2000, p. 131.

38 Idem. Op. Cit. p. 159.

El artículo 343 de la Ley General de Salud nos dice 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 espontánea;
 - c. La ausencia de los reflejos del tallo cerebral; y
 - d. El paro cardíaco irreversible.

ARTICULO 344. 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.

Una vez que concurren los signos antes descritos el cuerpo de una persona viva se convierte en un cuerpo muerto, es decir, en un cadáver.

EL CADÁVER.

La pérdida de la vida que una persona sufre es lo que da paso a la existencia del cadáver, es decir, tradicionalmente éstas dos figuras siempre han ido juntas y el trato dado a cada una de ellas siempre ha estado relacionado.

La Ley General de Salud dice respecto al cadáver en su artículo 314, lo siguiente:

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

***...**

***II. 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*.**

En la época prehispánica el trato dado a los cadáveres estaba lleno de rituales que tenían un propósito, derivado de la creencia que tenían sobre la muerte, ya que ésta era sólo el paso a otro tipo de existencia, por lo que al enterrarlos los dotaban de todo lo que creían iban a necesitar en el lugar a donde irían.

Actualmente el trato que se da al cadáver, independientemente del culto religioso que todavía tiene, por la misma creencia de otra etapa de existencia, dependiendo de la religión profesada, tiene una enorme importancia para el mundo del derecho, lo que se manifiesta en las leyes que tratan de él; así, por ejemplo, la ley general de salud en su título décimo cuarto en su capítulo V, nos habla exclusivamente de los cadáveres, su clasificación, como deben ser tratados, su destino final y el proceso que deben de seguir, así como las autoridades responsables de éstos, todo relacionado con cuestiones de salubridad lo que se complementa con reglamentos

importantes como: el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, así como el Reglamento de Cementerios del Distrito Federal.

En materia penal, se regulan los actos relacionados con cadáveres que puedan constituir un delito como la exhumación de los mismos sin autorización judicial, el ocultamiento de los mismos o su inhumación en un lugar no adecuado o sin permiso, así como la privación de la vida que haga una persona sobre otra.

En materia civil el cadáver no solamente tiene un aspecto registral, sino que tiene un enfoque en conjunto con la misma muerte de la persona y sus efectos jurídicos que de ésta se derivan, como la disposición del cuerpo que en vida le corresponde a cada quien por ser un derecho, siempre y cuando se tenga la capacidad para hacerlo y cuya disposición trasciende la muerte, es decir, puede manifestar su voluntad de lo que quiere que se haga con su cuerpo para cuando muera ya sea tácita o expresamente, como en el caso de un documento escrito que puede ser un testamento.

La concepción doctrinal que se puede hacer del cadáver puede dividirse en tres grupos de autores según su forma de estudiarlo:³⁹

1. Los que lo conciben de manera genérica como el cuerpo del ser humano muerto;
2. Los que lo limitan a ciertas condiciones como: la semblanza humana o el hecho de que nazca y sea viable, y
3. Los que lo amplían a conceptos que no constituyen verdaderamente al cadáver, sosteniendo que no sólo es el cuerpo humano, sino sus partes aún separadas y aún sus cenizas constituyen el cadáver.

39 Alvarado Martínez, Israel. El Cadáver Evolución Histórica y su Tratamiento por la Sociedad y el Derecho, 1ª ed. Edit. Porrúa, México, 1999, pp. 143-145.

Puntos importantes:

- ❖ Los seres humanos por el sólo hecho de serlo son considerados personas desde su concepción hasta su muerte.
- ❖ El ser humano desde su concepción cuenta ya con personalidad jurídica, la que regularmente se extingue con su muerte, aunque existen ocasiones en las que no es así.
- ❖ La viabilidad determina el inicio de la personalidad jurídica pero desde la concepción se considera persona.
- ❖ La muerte de la persona no necesariamente extingue la personalidad.
- ❖ Todas las personas cuentan con ciertas cualidades, las cuales se denominan atributos.
- ❖ El cuerpo sin vida de una persona se le denomina cadáver.
- ❖ El cadáver no puede ser considerado como una cosa, por lo cual no es susceptible de propiedad.

Una vez que se conoce lo que es una persona física, desde el momento en que se le considera así hasta el momento en que pierde esa calidad, se explicará en el siguiente capítulo los derechos con que cuentan éstas y que las hacen desarrollarse de una manera más eficaz dentro de la sociedad.

CAPITULO DOS
DERECHOS DE LAS PERSONAS

CAPITULO DOS. DERECHOS DE LAS PERSONAS.

Los derechos de la personalidad son los derechos más importantes con que cuentan los seres humanos. A la par de éstos existen derechos de las personas que se ligan de una manera muy estrecha, por lo que se tienen que estudiar cada uno de estos derechos en general para poder probar nuestra hipótesis en particular.

2.1 DERECHOS HUMANOS.

Los derechos humanos parten de la necesidad universal de un nivel superior de convivencia, derivado de una conciencia colectiva que comprende el respeto que cada persona debe tener a sus semejantes, en el entendido de que es un respeto hacia su propia persona.

A pesar de que los derechos humanos deben tener un valor universal, esto no se ha podido generalizar, ya que todavía se siguen violando estos derechos aun en las naciones más desarrolladas, sin embargo se tiene que seguir luchando porque estos se lleguen a respetar universalmente, ya que por lo menos su conceptualización parte de un proceso histórico que debe seguir avanzando hasta consagrarse.

Así la Ley de Habeas Corpus en 1679 y The Bill of Rights de 1689, surgen en Inglaterra como de las primeras leyes que consagran los derechos humanos de aquella época. La primera como una institución en contra de las aprehensiones arbitrarias y la segunda como resultado de una revolución política que acotó los poderes de la corona inglesa. Otro proceso político de enorme relevancia fue la creación de documentos tales como; la constitución de virginia de 1776, la declaración de independencia de las colonias americanas en el mismo año y la constitución de los Estados Unidos en 1787, que refuerzan los principios esenciales

de la ideología individualista y liberal, y que parten de la premisa de que los derechos del ser humano no son una concesión del Estado por lo que no son una concesión del gobernante, sino que estos existen aun antes de la formación del propio Estado y además son inherentes a todos los hombres.¹

Es hasta la revolución francesa en 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del mismo año, en donde los derechos del hombre toman una importancia universal por el significado y el alcance histórico que contiene dicho documento.

El 10 de diciembre de 1948 nace la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, derivada de las vejaciones y abusos, cometidos contra las personas durante el marco de la segunda guerra mundial. Refiriéndose a ella en su preámbulo "como el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto individuos como instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades (...)".² En términos generales consagra los principios de igualdad, libertad, dignidad y fraternidad inherente a la persona humana; haciendo referencia a derechos civiles y políticos además de prohibir los tratos inhumanos como la tortura. Así también se consagran los derechos a la intimidad y los derechos culturales y sociales.

A lo largo de la historia se habla de la inherencia de estos derechos al ser humano y cuya existencia se da aun antes de la organización estatal, sin embargo si me gustaría emitir una opinión al respecto pues considero que éstos nacen después de la formación estatal, derivado del desarrollo de la conciencia que sobre ellos adquirió un grupo de personas y cuya consagración necesita de un reconocimiento legal y una estructura institucional muy sólida; pues en el principio de la existencia humana

1 Los Derechos Humanos en México, 1ª ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2002, pp. 26 y 28

2 Idem. Op. Cit. p. 30.

el razonamiento que estos tenían de su entorno, se basaba en su supervivencia, aun conviviendo grupalmente, lo que significa que en cuestión de supervivencia, poco importa el respeto que se pueda tener a otros humanos sobre todo en un estado salvaje, además de que los derechos humanos se basa en una conciencia colectiva que se tiene que reconocer, necesariamente, entre los mismos humanos, pues éstos no devienen divinamente y para que se puedan dar naturalmente necesitan de un desarrollo de la conciencia demasiado elevado, que finalmente respete, no tan sólo a los seres humanos sino a todo ser vivo en general, ya que de estos también depende nuestra existencia.

Estos derechos "tienen mayor trascendencia que el resto de los derechos del gobernado, pues además de hacerse valer frente a las autoridades, son imperativos erga omnes, es decir, obligan a todas las personas gobernados o gobernantes a preservar su respeto"³.

La Comisión de Derechos Humanos de la UNESCO se refiere a ellos como: "Los valores que señalan lo que es natural y justo y que exigen aquellas condiciones de vida sin las cuales, en cualquier fase histórica dada en una sociedad, los hombres no pueden dar de sí lo mejor que hay en ellos como miembros activos de la comunidad, porque se ven privados de los medios para realizarse plenamente como seres humanos".⁴

Por su parte Enrique Sánchez Bringas los define como: "Las prerrogativas del gobernado que el orden normativo establece para que el hombre disponga dignamente de las condiciones y oportunidades que requiere su existencia y desarrollo como persona, con base en el valor fundamental de todo ser humano a tener una vida digna, culta, estable, plena y respetada".⁵

3 Sánchez Bringas, Enrique. Los derechos Humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. 1ª ed. Edít. Porrúa, México, 2001, p. 64.

4 Unesco Los Derechos Humanos, p. 237.

5 Sánchez Bringas, Enrique. Los derechos Humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. 1ª ed. Edít. Porrúa, México, 2001, p. 64.

De todo lo anterior podemos concluir que los derechos humanos son: Las prerrogativas que deben tener todas las personas en un orden normativo y que devienen de la conciencia individual manifestada colectivamente, con base en la igualdad y la justicia en las cuales se establecen las condiciones necesarias que requiere el hombre para desarrollarse como persona en base al valor fundamental de todo ser humano a tener una vida culta, estable, plena y respetada.

De manera enunciativa y no limitativa se pueden mencionar los siguientes derechos Humanos consagrados en nuestra constitución.

Derechos Individuales:

| | |
|---------------------------------|---------------------------------|
| Derecho a la Igualdad | Art. 1º. Constitucional |
| Derecho a la Libertad | Art. 1º. Constitucional |
| Derecho a la Vida | Art. 14 y 22 Constitucional |
| Derecho a la Integridad física | Art. 14 Constitucional |
| Derecho a la Seguridad Jurídica | Arts. 14, 16, 23 Constitucional |

Derechos Políticos:

| | |
|----------------------------------|------------------------|
| Derecho a la Nacionalidad | Art. 30 Constitucional |
| Derecho a la Ciudadanía | Art. 34 Constitucional |
| Derecho al Voto Activo y Pasivo | Art. 35 Constitucional |
| Derecho a la Asociación Política | Art. 35 Constitucional |

Derechos Sociales:

| | |
|---|---------------------------------|
| Derecho a la Educación | Art. 3ro. Constitucional |
| Derecho a la Protección de la Salud | Art. 4to. Constitucional |
| Derecho a la Información | Art. 6to. Constitucional |
| Derecho a un Medio Ambiente Adecuado | Art. 4to. Constitucional |

2.2 GARANTÍAS INDIVIDUALES.

Como hemos visto, el ser humano es un ser social por naturaleza, lo que implica una convivencia permanente con otros seres humanos, que a raíz de la aparición del Estado y para que se pudiera dar esa vida en común, tuvo que sacrificar parte de su libertad natural, dando paso a la creación del derecho, con lo que se adquirieron derechos y obligaciones que natural y definitivamente eran necesarios.

Una vez formado el Estado, tiene que surgir el medio por el cual se hagan respetar los derechos y, a su vez, asegurarse de que se cumplan las obligaciones que como individuos tenemos para que subsista la sociedad humana. Este medio está en manos de un gobierno cuyo poder lo faculta para llevar a cabo todos los actos tendientes a garantizar el estado de derecho mediante su correcta aplicación, pues de lo contrario se vuelve un poder arbitrario, dejando en total estado de indefensión a los gobernados, por lo cual es necesario que existan los medios adecuados para evitar este problema que históricamente se ha manifestado. A raíz de este tipo de situaciones, fue necesario establecer en la ley suprema, las condiciones mínimas necesarias para que se desarrollen los individuos, con lo que surgen las garantías individuales.

"Parece ser que la palabra garantía proviene del término anglosajón warranty o warantie, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale pues, en su sentido lato, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también protección, defensa, respaldo, salvaguardia o apoyo. Jurídicamente, el vocablo y el concepto garantía se originaron en el derecho privado".⁶

6 Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales, 34ª ed. Edit. Porrúa, México 2002, p. 16.

La relación que se manifiesta en las garantías individuales consta de dos sujetos:

- a) Sujeto activo. Que en primer término le corresponde a cualquier individuo que viva en el territorio nacional, aunque también se discute si las personas jurídico colectivas también son susceptibles de dichas garantías, polémica que podría acabar si tan sólo se denominaran garantías del gobernado.
- b) Sujeto pasivo. Esta instituido por el Estado como entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo, el cual es el ente encargado de garantizar tales prerrogativas.

La garantía individual se traduce en una relación jurídica que se entabla entre el gobernado y el Estado, este vínculo descansa en un orden de derecho, que puede ser en cuanto a su forma escrito o consuetudinario. Por consiguiente, la fuente formal de las garantías individuales puede ser, o la costumbre jurídica o la legislación escrita.

En efecto, los derechos públicos subjetivos, cuyo titular es todo gobernado, se instituyen en el ordenamiento fundamental del orden jurídico estatal, es decir, la Constitución, por lo cual es este ordenamiento el que encauza el poder público, lo que regula dicha relación.⁷

"El fin de las garantías individuales es proteger al individuo contra cualquier acto de autoridad que viola o vulnera algún derecho consagrado en la ley y el fin del estado es velar por los derechos del individuo, que es a lo que se denomina individualismo"⁸.

7 Idem. Op. Cit. p. 186.

8 Izquierdo Muciño, Martha Elba. Garantías Individuales. 1ª ed. Edit. Oxford, México 2001, p. 236.

Por lo que se puede decir que las garantías individuales protegen al individuo en sus derechos, ya que estos, es decir los individuos, pueden hacer todo excepto lo que la ley les prohíbe; al contrario de las autoridades que sólo pueden hacer lo que la ley les permite, de lo que se puede deducir que el fin de las garantías individuales es proteger al individuo contra cualquier acto de autoridad que viole o vulnere cualquier derecho consagrado en la ley y el fin del Estado es velar por que se respeten estos derechos⁹.

Las características de las garantías individuales son:

- a) Permanencia. Existen mientras haya derechos por accionar.
- b) Generalidad. Protegen a todo ser humano sin distinción.
- c) Supremacía. Porque están plasmadas en la constitución.
- d) Imputabilidad. Deben atribuirse de la misma forma que la constitución lo establece.

De lo anterior podemos deducir que las garantías individuales son: Derechos públicos subjetivos que surgen de la relación jurídica que existe entre el gobernado y el Estado y devienen de la ley suprema, (la constitución federal), cuya obligación de garantizarlas esta a cargo del mismo estado.

La inclusión de las garantías individuales en el presente trabajo obedece primordialmente, a la supremacía constitucional con que cuentan éstas, puesto que tienen prevalencia sobre cualquier otra norma, de acuerdo al artículo 133 de la Constitución Mexicana, y la cual no establece de manera clara la libertad que tienen las personas a decidir sobre su propio cuerpo.

9 Idem. Op. Cit. p. 236.

En la Constitución debería especificarse el derecho que tienen las personas a decidir, por ellas mismas, sobre su cuerpo, siempre y cuando tengan la capacidad jurídica para realizarlo, especificando que la voluntad humana no puede ser suplantada.

A pesar de la marcada distinción entre los derechos de la personalidad y las garantías individuales puesto que los primeros protegen a la persona humana frente a terceros primordialmente particulares y las segundas la protejan en sus derechos frente al estado, esto no impide que tales derechos tengan una garantía constitucional como lo señala García Villalobos "Los derechos públicos del hombre o garantías individuales, como frecuentemente se les llama encuentran su reglamentación en el derecho público, mientras que los derechos de la personalidad en el privado. A pesar de lo anterior los derechos de la personalidad van a necesitar que el derecho público legisle sobre ellos y los proteja".¹⁰

¹⁰ Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo. Algunos Aspectos Jurídicos de los Transplantes de Órganos, 1ª ed. Edit. Porrúa, México 1996, p. 35.

2.3 DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

El centro de la creación y para quien se crea el derecho, es el ser humano; el cual por si mismo, después de la explicación que se hace como un ente individual que no está sólo y por lo tanto pertenece a una sociedad asentada en un punto de este universo del cual forma parte. Define su situación dentro de la sociedad, sobre el carácter que tiene dentro del ordenamiento jurídico que él creó y que como ente individual lo denominó persona física.

Bien, sabemos que la persona física es el ser humano desde que nace y es viable hasta que muere, y que desde su concepción ya se le considera persona para los fines jurídicos inherentes a ésta, por lo que a raíz del razonamiento que hace el hombre de si mismo, se da cuenta de que por el sólo hecho de tener el carácter de ser humano existen derechos mínimos que necesita para desarrollarse y dar lo mejor de si mismo para bienestar propio y en beneficio de la sociedad en la que vive. Estos Derechos tienen como característica que imponen el ser respetados por todos consagrándose en una ley suprema, que es la constitución. Lo anterior sin embargo, no son consideraciones nacidas de la casualidad, sino que son fruto del pensamiento humano a través de la historia, derivado de la capacidad que tiene para razonar y que lo distingue de los demás seres vivos, tomando conciencia de su categoría como persona, reflejándolo en un ordenamiento jurídico y creando un vínculo que relaciona las normas contenidas en éste con las características que constituyen a la persona y que derivan en su personalidad.

Ahora bien, la definición que generalmente se hace de la personalidad, a menudo se confunde con la definición que se hace de la capacidad de goce, cuando se le define como; la aptitud que se tiene para ser titular de derechos y obligaciones, lo que hace que entre estas dos figuras exista una íntima relación, más sin embargo la capacidad sólo es una característica de la personalidad, que por supuesto es la más importante, ya que como vemos actualmente no se puede concebir a las personas

sin esta capacidad, sin embargo una de ellas sólo es parte de la otra lo que no significa que sean lo mismo, por lo que tomaremos la definición que de la personalidad hace Galindo Garfias, de la cual dice "Es la manifestación, la proyección en las normas jurídicas de la persona ya sea como ser individual o colectivo".¹¹

De acuerdo con Galindo Garfias el objeto de los derechos de la personalidad es: "la protección de los bienes esenciales de la persona o mejor, de la personalidad misma, para el respeto debido de su categoría de ser humano y a su dignidad, cualidades imprescindibles para la existencia del hombre y para el desarrollo de sí mismo en lo que se cifra plenamente su categoría de sujeto de derecho".¹²

Sin embargo al entrar al estudio de los derechos de la personalidad, nos cabe una duda por su íntima relación con los derechos humanos, pero esto no es raro, ya que si somos estrictos en nuestra apreciación veremos como todas las normas jurídicas en las que se encuentran derechos y obligaciones finalmente recaerán sobre la persona por lo que siguiendo el comentario que Galindo Garfias hace con respecto a los derechos de la personalidad, los cuales dice: "Son propiamente derechos de las personas, pero por una transposición gramatical, se atribuyen en conjunto al concepto de personalidad en el derecho"¹³, nos daremos cuenta que si bien tienen un contenido similar, el enfoque dado es distinto, puesto que los derechos humanos, aunque protejan a las personas en particular, son derechos de carácter público enfocados a toda la sociedad en general, mientras que los derechos de la personalidad son de carácter privado o intrínseco subjetivo, que además de protegerlo en lo individual, lo protegen frente a terceros, de ahí su carácter de absolutos, lo que garantiza el desarrollo de todas sus cualidades, virtudes y valores que constituyen al individuo, por lo que no sólo se protege al sujeto de las relaciones jurídicas como tal, sino que, también se protege su personalidad, así reconocida por la ley, es decir protege todas las cualidades que lo caracterizan.

11 Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, 21ª ed. Edit. Porrúa, México 2002, p. 318.

12 Idem Op. Cit. pp. 322 y 323.

13 Idem Op. Cit. p. 322.

“En los derechos de la personalidad observamos que su violación no solo transgrede el ordenamiento jurídico, es decir no sólo es un hecho ilícito; sino que causa gravemente un daño ilícito a la categoría de la persona víctima de tal lesión. En esta manera se pone en relieve que parte tan importante de la esencia misma de la persona está indisolublemente inserta en el conjunto de toda la norma jurídica”.¹⁴

Los derechos de la personalidad revisten cierta complejidad en su estudio, por lo que, los autores que le han dedicado en sus obras un espacio a esta figura, no se animen a dar una clasificación sobre los mismos, y es que, por las características que revisten, sólo se pueden enunciar algunos de estos sin que se limite con esto la inclusión de más, por lo que de una manera ejemplificativa, nosotros los dividiremos en dos grandes grupos, mencionando en cada uno de ellos los más ejemplificativos a saber.

A) Derechos de la personalidad del orden físico.

- Derecho a la vida,
- Derecho a la integridad física,
- Derecho a la salud, y
- Derecho para disponer de nuestro cuerpo.

B) Derechos de la personalidad del orden psicológico.

- Derecho de honor, crédito y prestigio,
- Derecho a la vida privada y familiar,
- Derecho de imagen y voz,
- Derecho a la convivencia amistosa y afectiva, y
- El derecho de autor.

¹⁴ Idem. Op. Cit. p. 323.

Cabe volver a aclarar que la clasificación anterior sólo es de manera ejemplificativa pues ahondar en la clasificación y explicación de cada uno de estos merece un trabajo independiente a éste por su extensión, por lo que para fines de nuestro tema general sólo ahondaremos en el derecho que tienen las personas para disponer de su cuerpo. No sin antes mencionar dos derechos de la personalidad relacionados con éste último como lo son: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física o corporal.

a) Derecho a la vida.

El derecho a la vida que tienen las personas se inicia desde la concepción misma del ser humano y su fin es proteger su adecuado desarrollo para que pueda nacer sin impedimento alguno, sin embargo, el derecho a la vida se mantiene durante todo el tiempo que dure ésta. "En derecho penal por ejemplo, hay una serie de preceptos referentes al homicidio con sus variadas modalidades, tanto agravantes como atenuantes, el abandono de personas y otros, pero al fin y al cabo, en todo caso tienden a la protección de la vida del ser humano. En materia civil por su parte, la razón de ser de la obligación alimenticia es que el alimentista tenga a su alcance lo necesario para subsistir, o sea, lo indispensable para conservar su vida como el valor máspreciado que pueda haber, como el valor jurídico en torno al cual giran todos los demás y por el que todo se pone en actividad".¹⁵

Al respecto nuestro Código Civil en su Art. 22, menciona: "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

15 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México 2000, pp. 271-272.

b) Derecho a la integridad física.

El derecho a la integridad física no se limita a la protección que de éste derecho se hace en nuestro código penal, en su apartado de Delitos Contra la Vida y la Integridad Corporal, sino que va más allá, incluyendo todas esas cuestiones que, sin constituirse necesariamente en un delito puedan causar un perjuicio a la integridad corporal del ser humano; por ejemplo, en el caso de la donación de órganos, no se puede donar un órgano que importa la vida del donante.

En la legislación Argentina, a propósito de la definición que hacen de los derechos de la personalidad mencionan: "Derechos personalísimos (...). Entre ellos, el derecho al honor a la libertad, a la intimidad, a la imagen, a la vida y a la integridad física. Aspecto éste último que ha determinado al llamado "derecho a la disposición del propio cuerpo", que se resuelve en dos aspectos: a) La protección del cuerpo humano contra atentados procedentes de terceras personas (derecho a la integridad física), y b) dicha protección frente al poder de disposición del propio individuo".¹⁶

c) Derecho a la disposición del cuerpo.

Este derecho toma gran importancia a raíz del avance médico que se concretiza en la figura de los trasplantes de órganos cuyo fin no sólo implica salvarle la vida a otras personas, como en los trasplantes de corazón, sino también el mejor desarrollo de la vida que las personas puedan tener como en el caso de los trasplantes de comeas. Este derecho de disposición del cuerpo, sólo le corresponde a cada persona, derivado de las características que tienen estos derechos de la personalidad, toda

¹⁶ Sagarna, Fernando Alfredo, Los Trasplantes de Órganos en el Derecho, 1ª ed. Edit. De Palma, Buenos Aires, 1996, p. 418.

vez que versan sobre su propio cuerpo y cuya disposición la puede hacer en vida, como donar sangre o un órgano que no importe su vida como un riñón, o para después de su muerte, al hacer la donación de su cadáver, ya sea para investigación o para trasplantes de sus órganos a otros seres humanos.¹⁷

“Sea en una u otra de las posibilidades apuntadas, lo cierto es que el sujeto dispone de partes de su cuerpo y sólo él es quien puede tomar alguna resolución en relación con ello”.¹⁸

Como hemos visto, los derechos de la personalidad tienen un estudio complejo, además de ser muy vastos, por lo que la mejor manera de saber cuales son estos derechos, es ubicando sus características, que de acuerdo a Galindo Garfias son las siguientes¹⁹:

- A) Son derechos **subjetivos**;
- B) Son derechos **originales, esenciales y absolutos, (erga omnes)**;
- C) Se adquieren **desde el momento de la concepción (innatos)**;
- D) Son **imprescriptibles, extrapatrimoniales (inalienables, inembargables), intransferibles e irrenunciables**;
- E) Son **individualizados por el ordenamiento jurídico**;
- F) Confiere la **facultad para exigir del Estado protección y garantice el ejercicio de la categoría de persona, y para exigir de cualquier particular respeto a las cualidades que integran dicha categoría (bienes morales: vida, integridad corporal, honor)**;
- G) Son **condición fundamental para la existencia y desarrollo de la vida de la persona, como ser humano**;

17 Arts. 320 de la Ley General Salud y 2.6 del Código Civil del Estado de México.

18 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México 2000, p. 272.

19 Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, 21ª ed. Edit. Porrúa, México 2002, p. 338.

- H) Su lesión provoca un daño no patrimonial, no resarcible en dinero sino compensable;
- I) Se impone al derecho objetivo por su naturaleza humana sustancial;
- J) Su objeto no es la persona del titular, sino la protección de los derechos esenciales de esa persona, necesarios y constitutivos de su personalidad en el mundo del Derecho.

2.4 RESTRICCIONES DE LA PERSONALIDAD.

La personalidad como hemos dicho, es el conjunto de cualidades que caracterizan individualmente a las personas físicas, por lo que las restricciones a ésta se dan cuando se afectan algunas de esas cualidades, por lo que antes de entrar al tema de lleno, si tenemos que hacer una aclaración de la personalidad con respecto al enfoque conceptual que algunos autores le dan respecto de la capacidad de goce, pues es tan íntima la relación que existe entre una y otra, que muchas veces las confunden y designan sinónimamente como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Como sabemos a raíz de la erradicación de la esclavitud, por lo menos de la forma tradicional en que la conocemos, todo ser humano por el sólo hecho de serlo se le atribuyó la calidad de persona, la cual, desde su concepción, cuenta ya, aunque condicionada, con capacidad de goce, elemento primordial de su personalidad jurídica, puesto que no se puede concebir a una persona sin tal capacidad; sin embargo no siempre se hace la distinción entre una y la otra ya que la capacidad en general es parte de ese conjunto de cualidades que caracterizan a las personas, por lo que finalmente si existe una restricción a la capacidad en general, también esa restricción afectará su personalidad constituyéndose en una restricción a la misma, lo que significa que aunque una sea una característica esencial de la otra, no por ese sólo hecho deben ser confundidas entre si, ya que de una manera concreta una de ellas sólo es parte de la otra lo cual no significa que sean lo mismo.

“La capacidad de goce condiciona a la de ejercicio; para tener ésta en cuenta, debe darse aquella por supuesta; pues bien los demás atributos de las personas físicas son explicables también sólo en función de la capacidad de goce; ello nos autoriza a considerarla como el atributo de más importancia, a grado tal que llega a ser confundida con la personalidad jurídica misma”²⁰.

20 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México 2000, p. 167.

Una vez aclarado lo anterior basaremos nuestro estudio a partir del texto legal que nos marca a la minoría de edad y al estado de interdicción como restricciones a la personalidad, lo que finalmente tiene que ver con la incapacidad que tienen las personas y que como tal constituyen una restricción de su personalidad.

La incapacidad se establece de dos formas: la legal y la natural, la primera deriva de la ley y se refiere a la minoría de edad, por lo que en México se consideran incapaces legalmente a los menores de dieciocho años, la segunda surge por problemas físicos o psicológicos que impide a los mayores de edad gobernarse por si mismos, ya sea que estén disminuidos o perturbados en su inteligencia o por padecer alguna enfermedad o deficiencia, física o psicológica, o por la adicción a las sustancias tóxicas como el alcohol o los estupefacientes, que le impiden obligarse por si mismo o manifestar su voluntad por algún medio²¹.

La capacidad jurídica se divide en dos: a) capacidad de goce y b) capacidad de ejercicio. La minoría de edad y el estado de interdicción constituyen propiamente incapacidades de ésta última.

Para analizar este tipo de incapacidad se tienen que tomar en cuenta las siguientes consideraciones²²:

- a) "Suponer una plena capacidad de ejercicio, implica estar ajeno a restricciones; éstas en la medida de su presencia, se traduce en incapacidad a ella circunscrita".

21 Art. 450 Código Civil Federal.

22 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México 2000, pp. 177-178.

- b) "La incapacidad será mayor conforme se tengan más restricciones; de esa manera, cuantas más imposiciones de incapacidad haya, habrá un grado mayor de incapacidad y viceversa, es decir, cuantas menos restricciones haya en un sujeto respecto de la capacidad de ejercicio, su grado de incapacidad será menor".

- c) "Respecto a la incapacidad de ejercicio, ésta si puede ser plena, como sucede con el nasciturus, su situación se traduce, según lo anticipamos en el inciso anterior, en una carencia total de capacidad de ejercicio".

- d) "La graduación de la incapacidad de ejercicio tiene como parámetro a la madurez mental del sujeto. El menor de edad no emancipado, por ejemplo, tiene una incapacidad de ejercicio mayor que la que tiene el emancipado y éste a su vez, tiene una incapacidad de ejercicio más grande que la del mayor de edad".

El único caso en que la incapacidad de ejercicio se da completamente es; en el caso de los concebidos, pero no nacidos, en cuyo caso sólo cuenta con capacidad de goce por lo que "para los únicos casos que el derecho permite capacidad de goce, o sea para la herencia, para recibir legados y donaciones, los padres o en su caso la madre, tienen su representación, tanto para adquirir los derechos por su conducto, como para hacerlas valer si fuera necesario"²³.

"Los no nacidos no tienen ni la posibilidad mínima de intervención directa en la vida jurídica; tienen una incapacidad de ejercicio total y definitiva"²⁴.

23 Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I, 31ª ed. Edit. Porrúa, México 2001, p. 165.

24 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México 2000, p. 178.

Un caso muy especial de estas restricciones a la personalidad se da en el supuesto de la minoría de edad, pues la limitación a la capacidad de ejercicio que éstos tienen para realizar ciertos actos jurídicos se ve superada una vez que alguno de éstos produce sus efectos jurídicos, pues sólo revisten en si una nulidad relativa que como todos sabemos produce todos sus efectos jurídicos mientras el acto no sea declarado nulo, haciéndolo susceptible de confirmación o prescripción, la cual, en todo caso sólo puede ser alegada por la persona a la que perjudica. Así por ejemplo nada impide que un menor celebre un contrato con persona capaz mientras éste le sea benéfico, lo que en caso contrario, es decir si le perjudica, sólo el incapaz puede pedir su nulidad, por el contrario si el perjuicio es en contra de la persona que contrató con el menor, no puede invocar tal incapacidad en su beneficio; y bajo cualquier circunstancia el contrato celebrado por un menor con una persona dotada de capacidad de ejercicio, subsiste y produce todas las consecuencias de derecho, si el menor se obliga sobre materias en que sea perito, por razón de su profesión u oficio o si presenta documentos falsos del registro civil, para hacerse pasar por mayor de edad o si manifestó dolosamente que lo era²⁵.

Otra circunstancia curiosa se da en los bienes propiedad del menor, ya que si éste se encuentra bajo la patria potestad, la administración de dichos bienes le corresponde a sus padres, salvo los bienes que el menor haya adquirido por su trabajo, por lo que se considera emancipado respecto de esos bienes, por lo que tiene libre administración de los mismos, sin embargo necesita de autorización judicial para enajenar, gravar o arrendar bienes raíces o de un tutor para negocios judiciales durante su minoría de edad, por lo que tiene una incapacidad de ejercicio solamente de manera parcial pues ésta se subsana al alcanzar la mayoría de edad o concurriendo las circunstancias antes descritas.

25 Arts. 634 y 640 Código Civil Federal.

Lo anterior deviene de la emancipación la cual puede considerarse como: "la situación jurídica en que un menor de edad está, proveniente de algún acontecimiento previsto en la ley, que lo libera de la patria potestad o de la tutela general en su caso, y que disminuye su capacidad de ejercicio".

"La menor incapacidad puede ser porque el menor tenga la administración de todos sus bienes pero sin tener el derecho a disponer libremente de ellos. Puede ser también por estar en la posibilidad de disponer libremente de sus bienes muebles. Se observa en general, en todo aquello que le signifique la posibilidad de alcanzar algún aspecto de lo que la capacidad de ejercicio significa"²⁶.

Además de las consideraciones anteriores, podemos darnos cuenta que las restricciones derivadas de la minoría de edad se aplican en ciertas circunstancias que tienden a la protección del individuo en sus bienes, puesto que, como hemos visto puede realizar actos jurídicos dotados de plena capacidad de ejercicio siempre y cuando estos actos le beneficien y sea capaz por sí mismo de querer y de poder como en el caso de la tutela dativa en la que puede designar tutor por propia voluntad lo que vendría siendo un fundamento jurídico para designar defensor en un juicio civil por sí mismo, lo que se refuerza con la facultad que tienen los menores de edad mayores de catorce años para comparecer a juicio en materia laboral²⁷.

En cuanto a la incapacidad natural, la restricción a la personalidad que deriva de ésta es muy clara, pues deviene de problemas físicos o mentales que impiden a la persona mayor de edad gobernarse u obligarse por sí mismo, además de impedirles manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio. "La incapacidad de estos mayores de edad, generalmente es total, es decir para la validez de los actos

26 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa., México, 2000, p. 183.

27 Artículo 691, de la Ley Federal del Trabajo.

jurídicos, es el representante quien únicamente puede hacer valer los derechos y acciones del incapaz y celebrar los actos jurídicos de administración o de dominio; éstos últimos con autorización judicial".²⁸

"Para los actos jurídicos familiares (matrimonio, reconocimiento de hijo, adopción, etc.) no existe capacidad de goce para dichos sujetos enajenados o perturbados y, por tanto, no puede haber representación".

"En materia de contratos, la regla que acabamos de enunciar se observa sin excepción; aún cuando el mayor de edad tenga intervalos de lucidez, no puede celebrar contratos en un momento en que esté en pleno uso de sus facultades mentales; pero en cambio en materia de testamentos se acepta que en un momento de lucidez mental, el enajenado otorgue testamento".²⁹

Lo anterior nos da pie a señalar un punto importantísimo de nuestro tema general, toda vez que como derecho de la personalidad, la facultad que cada persona tiene para disponer de su cuerpo se da en vida aun para después de su muerte, por lo que el cadáver se llega a tomar como un residuo de la personalidad, de manera que si aún en capacidad no expresa su voluntad de disposición que tiene sobre su cuerpo, al fallecer es naturalmente imposible que haga esa manifestación de la voluntad por cualquier medio, ya que las leyes naturales no lo permiten lo que produce finalmente que la muerte no sólo pone fin a la personalidad sino que por ende pone fin a la capacidad de ejercicio, por lo que no existe un sustento jurídico que avale la autorización expresa o tácita para la disposición del cuerpo humano después de acaecida la muerte.

Si el sujeto no cuenta con capacidad de ejercicio no puede actuar por si mismo en la esfera jurídica del derecho por lo que tal incapacidad implica una restricción a su personalidad.

28 *Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I, 31ª ed. Edit. Porrúa, México 2001, p166.*

29 *Idem. Op. Cit. p. 166*

2.5 LA CAPACIDAD.

La capacidad es el elemento primordial y el atributo más importante que se tiene como persona, ya que cualquier sujeto de derecho, por su sola condición de persona, está dotado de capacidad, pues es ésta el motor de las relaciones jurídicas en que participa la persona.

La capacidad en general, es decir, en un sentido amplio, es la aptitud o facultad que tienen las personas para ser titulares de derechos, o para ser sujetos de obligaciones, por lo que puede invocar los primeros o satisfacer las segundas.

Del concepto de capacidad en general se pueden hacer las siguientes consideraciones de acuerdo al autor Domínguez Martínez, Jorge Alfredo:³⁰

- a) "La capacidad da por supuesta la personalidad jurídica".

- b) "Según el concepto vertido sobre capacidad, ésta comprende dos especies; una substancial o de fondo, la cual implica la posibilidad de la titularidad apuntada y a la que suele denominarse capacidad jurídica y más frecuentemente en nuestro medio como capacidad de goce, así denominada por nosotros de aquí en adelante; la otra por su parte que es adjetiva, procedimental y cuya dinámica tiene lugar mediante el otorgamiento de actos jurídicos; se trata de la capacidad de obrar y más conocida entre nosotros como capacidad de ejercicio".

- c) De ambas capacidades, la de goce y la de ejercicio, la primera prevalece en importancia, pues ésta condiciona a la segunda, y al contrario, es decir, puede haber y de hecho la hay, capacidad de goce sin capacidad de ejercicio".

30 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México 2000, pp. 166-167.

De la anterior definición se sigue que la capacidad se divide en dos tipos; la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

a) CAPACIDAD DE GOCE.

La capacidad de goce es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos o para ser sujetos de obligaciones. Este tipo de capacidad es el elemento primordial de la personalidad del ser humano; se da desde el momento mismo que es concebido y desde el cual se le tiene como persona para los efectos declarados en la ley. Estos efectos se refieren, entre otras cosas, a situaciones patrimoniales, tales como la posibilidad que la persona tiene para heredar o para recibir donaciones, siempre y cuando nazca viva y sea viable, por lo que desde el momento mismo de su concepción inicia su personalidad, contando por ese sólo hecho con capacidad de goce, con derechos tan importantes como el derecho a la vida y al normal desarrollo que debe tener.

No se puede concebir a la persona sin capacidad de goce, pues ésta es inherente a la persona misma por el sólo hecho de serlo, ya que es el centro de imputación de derechos y obligaciones, naciendo con la misma persona desde que es concebida confirmándose al nacer y ser viable. La persona desde el inicio de su vida y durante todo el tiempo que dure ésta, estará dotada de capacidad de goce, es decir, siempre tendrá esa aptitud que se necesita para ser titular de derechos y obligaciones.

Actualmente hablamos de que no existen personas sin capacidad de goce, ya que "se ha sostenido que la esclavitud y la muerte civil fueron causas extintivas de la personalidad, de tal manera que el esclavo se reputaba cosa y el declarado civilmente muerto perdía todos sus derechos, cesando ipso jure su personalidad. La verdad es que, ni la esclavitud ni la muerte civil lograron extinguir todos los deberes de la persona, aun cuando se extinguieron sus derechos".³¹

31 Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I, 31ª ed. Edit. Porrúa, México 2001, p. 158.

"Podemos sentar el principio de que la capacidad de goce no puede quedar suprimida totalmente en el ser humano; que basta ésta calidad, es decir, el ser hombre, para que se reconozca un mínimo de capacidad de goce y, por lo tanto, una personalidad. Por esto, en el derecho moderno se consagra el siguiente principio: Todo hombre es persona. La capacidad de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable".³²

Podemos darnos cuenta de la suma importancia que tiene la capacidad de goce, ya que una persona puede carecer de capacidad de ejercicio pero no puede carecer de capacidad de goce, toda vez que determina su esencia primordial; pues la protección de los derechos esenciales de la personalidad se da a raíz de que cuentan con este tipo de capacidad.

"Así como el nacimiento o la concepción determinan el origen de la capacidad y, por lo tanto, de la personalidad, la muerte constituye el fin. Sin embargo, puede darse el caso de que la muerte, por ignorarse el momento en que se realizó, no extinga la personalidad. Esto ocurre, en las personas ausentes. Como se ignora si el ausente vive o ha muerto, la ley no puede determinar la extinción de la personalidad con un dato incierto".³³

b) CAPACIDAD DE EJERCICIO.

La capacidad de ejercicio podemos definir como: la facultad que tienen las personas de ejercitar sus derechos y de poder cumplir con sus obligaciones por si mismos. Rojina Villegas la define como: "la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente"³⁴.

32 Idem. Op. Cit. pp. 158-159. .

33 Idem. Op. Cit. pp. 162-163.

34 Idem. Op. Cit. p. 164.

"Esta capacidad supone la posibilidad Jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes en los tribunales"³⁵. Lo que supone que una persona dotada de capacidad de ejercicio está dotada también de capacidad de goce, lo que la faculta para actuar en el mundo del derecho por si misma o por medio de un representante, puesto que esta facultad que tiene de nombrar representante por si mismo, deviene de su capacidad de ejercicio, ya que, por el contrario, en el caso de la capacidad de goce para poder actuar jurídicamente es necesario no tener restricción alguna o en su caso tener un representante, el cual no puede nombrar por si mismo, a excepción de la tutela dativa, por lo que la posibilidad de actuar por medio de un representante, en la capacidad de goce se da en forma impositiva y necesaria, mientras que, en el caso de la capacidad de ejercicio se da de manera facultativa.

"Así pues puede tenerse capacidad de goce sin contar con capacidad de ejercicio, pero no puede tenerse capacidad de ejercicio sin tener capacidad de goce. Un inmueble por ejemplo, puede pertenecer a un menor (manifestación de capacidad de goce), pero su propietario, es decir, el menor de la ilustración, no puede venderlo, hipotecarlo, o darlo en arrendamiento, mediante la celebración personal del acto jurídico correspondiente (manifestación de incapacidad de ejercicio). Además de ser por el contrario un mayor de edad, al poder éste celebrar el acto por si (capacidad de ejercicio) ello supone que es su propietario (capacidad de goce)"³⁶.

Este tipo de capacidad nace a raíz de que la persona es mayor de edad y puede gobernarse y obligarse por si misma, ya es capaz de querer y de poder, lo cual se puede dar desde antes que cumpla su mayoría de edad, lo que en algunos casos la posibilita para actuar como si tuviera plena capacidad de ejercicio como en el caso del menor de edad emancipado con respecto de los bienes que haya adquirido por

35 Idem. Op. Cit. p. 164.

36 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edt. Porrúa, México 2000, p. 167.

producto de su trabajo, que lo faculta para administrar dichos bienes por si mismo, o la facultad que tiene para elegir tutor en el caso de la tutela dativa, que constituye antecedente para poder nombrar representante para ciertos actos jurídicos a partir de cierta edad, así como para poder obligarse por si mismo, que como se ha visto, es posible, pues un contrato celebrado por un menor sólo se reviste de nulidad relativa por lo que es susceptible de confirmación y de prescripción.

Finalmente podemos decir que la capacidad de ejercicio deviene de la ley y por lo mismo es ésta la encargada de poner las restricciones a la misma, sin embargo estas restricciones no pueden vulnerar los derechos elementales de las personas, por lo que éstas pueden hacer todo lo no exceptuado por la ley, siempre y cuando no vulneren derechos de terceros. Es así como la capacidad de ejercicio nos da la facultad para actuar por si mismos en la esfera jurídica pudiendo contraer obligaciones y pudiendo ejercitar nuestros derechos.

Esta capacidad de ejercicio es el elemento principal que nos permite disponer de nuestro propio cuerpo, que como derecho de la personalidad, nos corresponde y como tal por sus características, sólo le corresponde a cada persona, por ser un acto personalísimo, lo que significa que no puede recaer esta disposición en nadie más y cuyo fundamento lo encontramos en el Código Civil Federal que en sus artículos 24 y 647 nos hablan de la facultad que tienen los mayores de edad para disponer libremente de su persona y de sus bienes, no teniendo más limitaciones que las que le marca la ley.

"Art. 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley".

"Art. 647. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes".

Puntos importantes.

- ❖ Los derechos humanos parten de un nivel de conciencia en el que se busca una mejor convivencia basada en el respeto que cada persona tiene con sus semejantes.
- ❖ Es necesario que el derecho público legisle sobre los derechos de la personalidad y los proteja.
- ❖ Los derechos de la personalidad son personalísimos, esenciales, absolutos, imprescriptibles, intrasmisibles e irrenunciables.
- ❖ Existen restricciones a la personalidad por cuestiones de tipo psicológico y legal.
- ❖ Existen dos tipos de capacidad jurídica: capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Siendo la primera la más importante puesto que todos contamos con ella.

Toda vez que ha quedado de manifiesto la importancia de los derechos de las personas y en particular los derechos de su personalidad puesto que éstos son el fundamento de la donación de órganos se puede estudiar ésta figura en lo particular.

CAPITULO TRES
LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN PARTICULAR

CAPITULO TRES. LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN PARTICULAR.

Conocer la donación de órganos, con toda la polémica que puede implicar su concepto, conocer sus orígenes, así como sus fines y quienes pueden ejercer tal derecho y la forma en la que se pueden realizar nos ayudará a probar que la disposición del cuerpo humano sólo le corresponde a su titular.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La mitología es la que sugiere que la idea de trasplante, puede ser mucho más antigua de lo que se imaginaba, pues en la antigüedad el hombre creía que podía continuar la vida de una persona con partes vitales de otra. En el siglo II. a.C., los cirujanos chinos Hua T'o y Pien Ch'iso aparentemente trasplantaron una serie de órganos y tejidos, sin embargo estos reportes han sido considerados historias y leyendas popularizadas. El reporte más antiguo de injertos de piel para tratar mutilaciones de oído, labio y nariz, se encuentra en el libro de texto de sánscrito de la India el Sushruta Shamhita.

Un paso importante en la ciencia de la transplantología fue la publicación de Gaspare Tagliacozzi de Bolonia (1547-1599) de su trabajo *De curtorum chirurgia per insitionem* en donde reportaba sus técnicas de injertos y rinoplastia, más tarde se renueva el interés por el trasplante con John Hunter (1728-1793), el padre de la cirugía experimental, estableciendo las bases de la cirugía moderna. En 1804, Giuseppe Baroni (1759-1811) de Milan publicó sus experimentos exitosos en trasplantes cutáneos libres en ovejas, dieciocho años más tarde, Johann Dieffenbach publicó su tesis en trasplante experimental y la regeneración de tejidos.¹

1 Santiago-Delpin, Eduardo. *Trasplantes de Órganos* 2ª ed. Edit. JGH, México, 1996, p. 6.

El primer trasplante experimental de un órgano completo fue practicado en 1902 por un cirujano húngaro de Viena llamado Emerich Ullmann (1861-1937) que junto con Alexis Carrel fueron de los primeros en estudiar la transferencia de órganos en los animales funcionando por un tiempo, sin embargo, algún proceso biológico ocasionaba el rechazo, por lo que se tuvo que desarrollar un inmunosupresor que hasta 1951 Medawer descubrió que la cortisona podía funcionar como tal contra el rechazo, pero no fue hasta 1978 que Calne y Col descubrieron un inmunosupresor de mayor potencia, la ciclosporina. A pesar del letargo no se impidió que se llevara a cabo durante la década de los 50's numerosos trasplantes renales en Paris y Boston, todos ellos sin éxito, pues no se utilizaba la inmunosupresión. En 1954, Joseph Murray transplantó un riñón de un gemelo sano a uno enfermo con gran éxito teniendo una sobrevida prolongada.

"Entre 1954-1962, se trasplantaron más gemelos idénticos y se llevaron a cabo algunos trasplantes experimentales con radiación corporal total con inmunosupresión, luego vino la inmunosupresión química y a partir de 1962 todos los trasplantes de tejidos entre individuos no relacionados se han hecho bajo la influencia de agentes químicos para suprimir la respuesta inmunitaria".²

"A partir de 1965, el trasplante de riñón se convirtió en una práctica de rutina para el tratamiento de la falta renal. Muchos avances quirúrgicos y la mejor preservación del tejido fungieron como estructura bioenergética para mejorar los resultados en una forma sorprendente"³.

"El trasplante hepático clínico tuvo sus orígenes en los laboratorios de los Dres. Starzl y Moore hacia finales de los 50's y principios de los 60's. En 1963 Starzl llevó

2 Idem. Op. Cit. pp. 6-7.

3 Idem. Op. Cit. p. 8.

4 Idem. Op. Cit. p. 9.

a cabo el primer trasplante hepático humano, con resultados poco satisfactorios. No fue sino hasta 1967 en que realizó un trasplante hepático con resultados favorables y una sobrevivida prolongada. Más tarde el advenimiento de la quimioterapia inmunosupresora revolucionó el trasplante hepático. A partir de 1965 Calne y Starzl continuaron trabajando muy activamente, y para 1975 el número de casos transplantados de hígados se contaba en cien".⁴

De todos los trasplantes realizados el que más conmovió al mundo fue el primero que se hizo de un corazón, los medios periodísticos de aquel entonces hicieron eco de la noticia y aprovecharon la oportunidad para ofrecer al público diferentes opiniones sobre la operación llevada a cabo. El 3 de diciembre de 1967 falleció Denise Ann Darvall de 25 años de edad, al ser investida por un vehículo junto a su madre, conducida la joven al hospital Grotte Shuur de la ciudad del cabo en Sudáfrica, se pudo examinar que su cerebro estaba casi destrozado, pero que su corazón seguía latiendo.

Un comerciante de 55 años de edad, llamado Louis Washkanski, se le informo que bajo su consentimiento recibiría el corazón de la joven accidentada que ante el cuadro presentado por la joven, su padre autorizó que una vez que dejara de latir el corazón de su hija fuese transplantado en el cuerpo de Washkanski.

Luego de que el corazón de la joven se detuvo estuvo más de diez horas con respirador artificial y el electrocardiograma reveló su parálisis total, se extrajo el órgano e inmediatamente fue conectado a una máquina cardiopulmonar. La operación duró cuatro horas y cuarenta y cinco minutos, a cargo del doctor Christian Bernard con un equipo médico de treinta hombres y mujeres, falleciendo el paciente a los dieciocho días de la implantación.⁵

5 Sagama, Fernando Alfredo. Los Trasplantes de Órganos en el Derecho, 1ª ed. Edit. De Palma, Buenos Aires, 1996 pp. 7-8.

El dos de enero de 1968 esa misma operación se repitió, el dentista Philip Blaiberg recibió el corazón de una joven de 24 años, poco después en Francia se efectuaba el mismo implante en un sacerdote.

Un año después del primer trasplante, el doctor Rene de Solá expresaba "Creemos que ha llegado un momento histórico en la humanidad que no permite ya más que semejante incertidumbre pueda subsistir. La comprobación de la muerte en forma médica, moral y jurídicamente satisfactoria es un fundamento indispensable para la licitud del desprendimiento de cualquier víscera del cuerpo humano y su trasplante a otra persona. Si la muerte no es real, el desprendimiento de un órgano vital, como es el corazón constituiría -y hay que decirlo con toda crudeza- un homicidio cometido en el paciente".⁶

En el año de 1963 se realiza con éxito el primer trasplante de riñón en México, en el Centro Médico Nacional del IMSS, por los doctores Manuel Quijano, Gilberto Flores Izquierdo y Federico Ortiz-Quezada. En el año de 1971 se inicia el programa de trasplantes en el Instituto Nacional de la Nutrición en la Ciudad de México, y para 1976 el doctor Javier Castellanos inicia el programa de trasplantes en el hospital 20 de noviembre del ISSSTE.

En 1985 se efectúa el primer trasplante de hígado, en el Instituto Nacional de la Nutrición, por los doctores Héctor Orozco y Héctor Dilis. En marzo de 1987 se realizan los primeros trasplantes de páncreas en México, el primer caso en el Instituto Nacional de la Nutrición por el doctor Arturo Dib Kuri.⁷

En 1982 se establece el Departamento de Cirugía Cardiorrácica del Hospital de Especialidades la Raza. A partir de experiencias, del estudio y la investigación de lo realizado en otros países, el equipo médico convocado por el doctor Arguero se había preparado para realizar el primer trasplante de corazón. En 1985 la Licenciada

6 Idem. Op. Cit. P. 10.

7 Santiago-Delpin, Eduardo. Trasplantes de Órganos 2ª ed. Edit. JGH, México, 1999, p. 83.

María del Carmen Escudero, participó en la elaboración de los documentos que avalaran legalmente el primer trasplante de corazón realizado en México, ésta iniciativa preparó el camino para que tres años más tarde la Licenciada Escudero fuera comisionada a proporcionar el apoyo jurídico que permitió llevar a cabo el primer trasplante de corazón.

El 21 de Julio de 1988 "fue un día memorable –recuerda el doctor Arguero- como a las 11 de la mañana un neurocirujano me informó de la existencia de un posible donador. Se trataba de una paciente con un tumor cerebral que no fue posible extirpar y quien horas mas tarde presentó signos de muerte cerebral y datos evidentes de pérdida de vida". La donante tenía 18 años de edad y su grupo sanguíneo era B positivo, el padre y los hermanos de la paciente después de múltiples negativas, otorgaron su consentimiento para que el corazón de la joven fuera transplantado.

Finalmente el día 21 de Julio de 1988 a las 22:03 hrs. después de la cirugía realizada por el doctor Ruben Arguero, el órgano transplantado al Señor Fernando Tafoya, funcionaba sin asistencia circulatoria, es decir, se había logrado el primer trasplante de corazón realizado en México en las instalaciones del IMSS.⁸

En enero de 1989 se efectuó el primer trasplante de pulmón, en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias, por los doctores Villalba y Santillán, siendo éste el primer trasplante de pulmón exitoso en México y en Latinoamérica. También ese mismo año se realizan los primeros trasplantes de médula ósea, de tejido suprarrenal a cerebro y de tejido nervioso por el doctor Ignacio Madrazo, en el Centro Médico la Raza del IMSS, iniciando una nueva época de investigación científica.

8 Santillana Silva, Luisa. Revista de Trasplantes, Número Especial, 2003, México, pp. 18-20.

En 1987, existiendo ya 22 hospitales realizando trasplantes de órganos, principalmente de riñón, se decide que el Registro Nacional de Trasplantes sea un órgano propio de la Secretaría de Salud. Se realizan reglamentos y leyes, se crean las normas técnicas, se publica y se empieza estudiar la forma en que éste órgano gubernamental va a promover e impulsará los trasplantes y como va a regular el procedimiento en el país.

Desde 1964 hasta 1998, se han efectuado más de treinta y dos mil trasplantes de órganos en su mayoría, el más frecuente es el de cornea que se empezó a realizar en México en la década de los cincuentas, seguido por el de riñón del cual van más de ocho mil trasplantes hasta 1998.⁹

⁹ Santiago-Delpin, Eduardo. Trasplantes de Órganos 2ª ed. Edit. JGH, México, 1999, pp. 83-84.

3.2 CONCEPTO.

Invariablymente, al hablar de la donación de órganos, se tiene que estudiar la definición de ésta en forma particular e independiente, ya que su importancia deriva de uno de los derechos fundamentales que tienen las personas, el derecho de disponer sobre su propio cuerpo.

Las características de la figura y el objeto que tiene la hacen única. Sin embargo antes de entrar al estudio de la definición tenemos que mencionar dos figuras que podrían relacionarse con la donación de órganos; el contrato de donación y el testamento. Sin ahondar mucho en las figuras, se tienen que mencionar necesariamente, puesto que son figuras independientes, aun entre sí, por lo que no deben ser confundidas.

La donación es un contrato por virtud del cual una persona denominada donante se obliga a transferir de manera gratuita la propiedad de parte de sus bienes presentes a otra denominada donatario. Sin embargo la donación puede ser onerosa cuando se imponen cargas al donatario. Este contrato tiene tres elementos característicos: el primero se refiere a que es traslativo de dominio, el segundo a su carácter esencialmente gratuito, aunque sí reviste cargas es oneroso, y tercero debe recaer sobre bienes presentes.¹⁰ Puesto que las donaciones que se hagan para después de la muerte se registrarán por lo relativo a las sucesiones,¹¹ por lo que la donación que se hace para después de la muerte no es propiamente un contrato sino una sucesión.

La otra figura relacionada es la del testamento, siendo éste un acto personalísimo, revocable y solemne por medio del cual una persona dispone de sus bienes, y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte¹². Tiene

10 Lozano Noriega, Francisco. Contratos 6ª ed. Edit. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2000, pp. 155-161.

11 Art. 7.815 del Código Civil del Estado de México.

12 Art. 6.12 del Código Civil del Estado de México.

características a destacar como lo son: su carácter personalísimo, puesto que la disposición de bienes sólo le corresponde al titular de los mismos, también puede ser revocado en cualquier momento por el titular y la disposición de sus bienes o el cumplimiento de sus deberes se da después de su muerte.

Las figuras descritas anteriormente definitivamente tienen elementos que coinciden con la donación de órganos como el carácter de gratuidad o el hecho de que son actos personalísimos, pero a pesar de estas similitudes su estudio debe hacerse por separado ya que en lo más elemental de las figuras, es decir su objeto, se distinguen, puesto que el objeto del contrato de donación y del testamento recae sobre bienes patrimoniales, o sea son susceptibles de ser apreciados en dinero, aun generándose de manera gratuita, mientras que la donación de órganos recae sobre un derecho de la personalidad, es decir la facultad que tienen las personas para disponer sobre su propio cuerpo en favor de otra, lo cual no puede ser apreciado en dinero, puesto que el cuerpo humano no es un bien patrimonial.

El proceso científico y el gran avance médico que significó la posibilidad de transplantar órganos de una persona viva o de su cadáver a otra que lo necesitara, ya sea para mejorar su salud o para seguir viviendo, así como su relativa joven práctica en nuestra sociedad, hacen que todo lo relacionado con los trasplantes de órganos tenga un interés extraordinario.

Los trasplantes de órganos y tejidos humanos, consisten en transferir un órgano o tejido, de su sitio original a otro diferente y funcionando, pudiendo ser en un mismo individuo o de un individuo a otro, con el propósito de restaurar las funciones perdidas del mismo sustituyéndolo por uno sano¹³.

No cabe duda del extraordinario avance médico que representan los trasplantes de órganos en nuestra sociedad, sin embargo, la inadecuada publicidad y la escasa

13 Art. 314 Fracción XIV de la Ley General de Salud.

información dificulta la obtención de órganos o tejidos para ser trasplantados, lo que paulatinamente tiene que ir cambiando a raíz de la conciencia que las personas tomen con respecto a estos, puesto que para la obtención de los órganos se necesita de la autorización expresa de la persona que voluntariamente dispone de su cuerpo o parte de él, ya sea en vida o para después de su muerte, en favor de otra, pues éste es un acto personalísimo, pues la disposición del cuerpo humano sólo le corresponde al titular del mismo por lo que no puede devenir de una imposición legal. "Lo cierto es que el sujeto dispone de partes de su cuerpo y solo él es quien puede tomar una resolución en relación con ello. En efecto, así fuere un reo condenado a muerte, no le corresponde a persona alguna, ni siquiera a la autoridad misma, de no ser el interesado, decidir sobre el destino de las partes del cadáver"¹⁴.

Evidentemente, el elemento primordial para realizar un trasplante, es el órgano a transplantar y la única manera de obtenerlo es mediante la autorización expresa que haga una persona para que se utilicen sus órganos en favor de otra, ya sea en vida, cuando no importe la vida del donante o para después de su muerte, por lo que la disposición que una persona haga en favor de otra sólo le corresponde a ella misma. Por lo que la única manera de que una persona done sus órganos en favor de otra, nace de la voluntad individual y consciente de querer ayudar a otra a mejorar su salud o a preservar su vida a raíz del conocimiento y de la información que ésta tenga al respecto, lo cual corresponde a las autoridades sanitarias divulgar tal información, para que cada vez más personas donen sus órganos de una manera libre, informada, desinteresada y sobre todo consciente del fin que constituye tal donación, que finalmente constituye el acto altruista más sobresaliente de todos.

El acto personalísimo que constituye la donación de órganos como acto jurídico altruista no permite la comercialización de los órganos aunque se practique de hecho en la India donde hay un mercado abierto de riñones y hasta de ojos, tentando a los países anglosajones a legalizar su venta. Francia por el contrario se enorgullece del

14 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edt. Porrúa, México, 2000, p. 273.

rechazo a cualquier perspectiva de comercialización del cuerpo humano. Es así como el proyecto sobre bioética preparado por los señores Blanco, Sapin y Curien afirma como ideas-fuerzas la indisponibilidad del cuerpo humano, su no patrimonialidad y su no comercialización¹⁵.

Finalmente si los órganos se comercializan, obteniendo un lucro con ello, no constituiría propiamente una donación, quitándole su carácter altruista y orillando a la sociedad a cobrar por su cuerpo, reduciendo abruptamente la realización de los trasplantes estando disponibles sólo al mejor postor, dejando en estado de indefensión a la gente más pobre por lo que la donación de órganos consagra el principio de la gratuidad.

La donación de órganos no solamente se refiere a la utilización de éstos en trasplantes sino que también se pueden donar con fines de estudio e investigación no quitándole su carácter altruista sino engrandeciéndolo puesto que esto se vera reflejado en la sociedad.

Una vez analizado lo anterior podemos concluir definiendo a la donación de órganos de la siguiente manera:

La donación de órganos. Es el acto personalísimo y altruista por medio del cual una persona autoriza, en forma gratuita, la disposición de su cuerpo o de cualquiera de sus componentes, para que en vida o para después de su muerte, sean utilizados en trasplantes o con fines de estudio o investigación.

15 Godbout, Jaques. El Espíritu del Don, 1ª ed. Edt. Siglo XXI, México, 1997, pp. 118-119.

3.3 FINES DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

Hablar de los fines que persigue la donación de órganos, de una manera general, reviste una considerable complejidad, pero que a la vez es de indudable interés. Estos fines se pueden dividir en tres: El fin médico, el fin moral y el fin jurídico.

EL FIN MÉDICO.

El gran avance médico que los trasplantes de órganos ha significado, es de enorme importancia para la ciencia en general. La posibilidad de mejorar la salud o de salvarle la vida a una persona mediante el trasplante de un órgano, necesariamente tenía que ir acompañado de una divulgación de tal avance médico con el fin de que existieran cada vez más personas dispuestas a disponer de sus órganos en favor de alguien que los necesitara.

En un principio el fin médico de la donación de órganos, se basó en la posibilidad de llevar a cabo un mayor número de trasplantes con la finalidad de mejorar la práctica de tales cirugías, relacionado con el fin primordial de la ciencia médica de salvaguardar la vida humana, fin muchas veces olvidado por algunos médicos. Una vez que existe la posibilidad de llevar a cabo trasplantes de órganos, el fin de la ciencia médica presupone la posibilidad de superar lo anterior, mediante la utilización de tejidos u órganos sintéticos cuyo principio se basa en aparatos ortopédicos, prótesis o en tecnologías superiores como la de extremidades robóticas implantadas en seres humanos.

Al parecer el fin médico que significó la posibilidad de realizar trasplantes de órganos vivos, no solamente se basa en la posibilidad de mejorar la salud o de salvar la vida de personas que lo necesitan, sino que insensiblemente dejan esta posibilidad en segundo término para sobresalir científicamente, lo que implica no sólo el poder salvarle la vida a alguien, sino primordialmente la posibilidad que se tiene para

hacerlo. En el primer trasplante de riñón que se llevo a cabo en México el doctor Quijano Narezo refiere: "Después de esto realizamos otros dos trasplantes en un lapso de 15 días, todos de manera exitosa. Al trasplantar no sólo uno sino tres, queríamos que la práctica médica de nuestro país estuviera a la altura de las cirugías mundiales"¹⁶.

FIN MORAL

Moralmente el fin que se persigue mediante la donación de órganos, se establece a razón de una obligación intrínseca en relación con lo que se ha considerado como el valor supremo de las personas; la vida. "Cuando se dice que la vida es sagrada, lo que se tiene en mente es la vida humana"; "el valor extraordinario que ésta tiene esta muy arraigado en nuestra sociedad y se encuentra consagrada por nuestras leyes"¹⁷.

Los hechos biológicos sobre los cuales se traza el límite de nuestra especie no tiene una pertinencia moral. Dar preferencia a la vida de un ser simplemente por pertenecer a nuestra especie nos colocaría en la misma posición de los racistas. En la época griega o romana no bastaba ser humano para que la vida estuviese protegida, ya que no existía respeto por la vida de los esclavos e incluso entre los mismos griegos o romanos los niños no tenían derecho auténtico a la vida.

Nuestras actuales actitudes datan de la llegada del cristianismo. "Durante los siglos de dominación del pensamiento europeo, las actitudes éticas basadas en estas doctrinas se hicieron parte de la incuestionable ortodoxia moral de la civilización europea. Hoy en día estas doctrinas no son generalmente aceptadas, pero las actitudes éticas a las que dieron origen encajan con la arraigada creencia occidental en la unicidad y en los privilegios especiales de nuestra especie"¹⁸.

16 Revista de Trasplantes, Número Especial 2003, pp. 4-5.

17 Singer, Peter. Ética Práctica, 2ª ed. Edt. Cambridge, Gran Bretaña, 1995, p. 105.

18 Idem Op. Cit. pp. 110-111.

"Un ser humano tiene conciencia de sí mismo como entidad distinta de los demás, con su pasado y su futuro. (Hay que recordar que éste era el criterio de Locke para definir una persona). Un ser consciente de sí mismo será, en este sentido capaz de tener deseos sobre su propio futuro"¹⁹.

El ser consciente, por lo tanto, está obligado a ayudar a los demás miembros de su especie, aunque ésta obligación es meramente moral y cuyo único juez será la propia conciencia del individuo. Por lo que el fin moral, en cuanto a la donación de órganos, deriva de la importancia que tiene la vida en nuestra sociedad y el deber de toda esa sociedad para protegerla.

FIN JURÍDICO

Los fines jurídicos que surgen a partir de la posibilidad que se tiene para realizar trasplantes, se encaminan a la regulación efectiva que de estos se hagan. A pesar de que en México se llevó a cabo el primer trasplante de riñón en el año de 1963, no fue hasta el año de 1973 que se establece un código sanitario, el cual comprendía un título dedicado a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos el cual fue abrogado, dando paso a la Ley General de Salud publicada en el año de 1984, la cual ha sido reformada en doce ocasiones, cinco de ellas en materia de donación y trasplantes en los siguientes años 1987, 1991, 2000 y 2003".²⁰

La regulación que se hace de la donación de órganos y de los trasplantes se encamina en otro sentido a prevenir delitos relacionados con esta figura, pero primordialmente se busca sentar las bases para que existan cada día más donadores que puedan solventar las necesidades que actualmente se tienen y que crecen día con día.

19 Idem. Op. Cit. p. 112.

20 Revista de Trasplantes, Número Especial, 2003, p. 21.

La obligación primordial que tiene el Estado de garantizar el derecho que tienen las personas a la salud, se encuentra contemplado en el artículo cuarto, tercer párrafo, que a la letra dice:

Art. 4. "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y las 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 lo dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución".

El Estado es el encargado de velar por la protección de la salud de sus habitantes, sin embargo en materia de trasplantes de órganos, no puede obligar a nadie para que a su muerte done sus órganos en favor de alguien, tampoco se puede constituir en titular de los cadáveres que existen, pues éstos no son bienes susceptibles de propiedad, por lo que su función se encamina a sentar las bases para que la población, de manera individual, pueda disponer de sus órganos para que después de su muerte sean utilizados en trasplantes.

Por lo que el fin jurídico de la donación de órganos se limita a realizar una adecuada legislación, que regule la donación de órganos de acuerdo a los principios generales de derecho, y a crear instituciones que de manera eficiente sean las encargadas de regular y fomentar dicha figura.

3.4 CAPACIDAD PARA DONAR.

La posibilidad de donar órganos deviene de un derecho personalísimo, por el cual cada persona tiene la facultad de disponer de su cuerpo; sin embargo, se necesita tener la aptitud legal para poder ejercer tal derecho, es decir, se necesita contar con capacidad de ejercicio, entendiéndose ésta, como la aptitud legal en que se encuentra una persona para ejercer sus derechos o para cumplir con sus obligaciones por sí mismo. Para tener esta capacidad se tiene que estar en pleno uso de las facultades mentales y ser mayor de edad.

Así la capacidad para donar los órganos, se alcanza con la mayoría de edad, que es el momento en que se adquiere la capacidad de ejercicio. El Código Civil Federal en su artículo 24 dispone que el mayor de edad tiene la facultad para disponer de su persona y de sus bienes, alcanzándola al cumplir los dieciocho años. No obstante la facultad para disponer del cuerpo tiene restricciones, toda vez que siendo un acto personalísimo los sujetos a interdicción no pueden ejercer tal derecho²¹. "Así la plena capacidad de ejercicio que permite al sujeto disponer libremente de su persona y de sus bienes, así como comparecer en juicio, en todo caso mediante la celebración y otorgamientos directos y personales de cuanto acto jurídico fuere necesario para ello, se alcanza cuando se es mayor de edad"²².

Pero hay otras restricciones; por ejemplo, el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidos para expresarlo libremente, no será válido y el consentimiento otorgado por una mujer embarazada, sólo será admisible si el receptor estuviera en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de

21 Art. 333 de la Ley General de Salud.

22 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil* 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 186.

la concepción²³. Por ende, los menores de edad y los sujetos a estado de interdicción son incapaces natural y legalmente para donar órganos, lo cual confirma el Art. 333 de la Ley General de Salud en su 1er párrafo que a la letra dice:

Artículo 333. Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

- I. Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales.
- II. (...).

La incapacidad como se ha señalado, es la situación que por cuestiones físicas, psicológicas o legales, impide a una persona hacer valer sus derechos y contraer obligaciones por sí misma, lo que impide que las personas que se encuentren dentro de estos supuestos, no puedan ser donadores.

De acuerdo a Rojina Villegas en la incapacidad de ejercicio se puede distinguir diferentes grados:²⁴

A) "El primero correspondería al ser concebido, pero no nacido, en el cual necesariamente existe la representación de la madre o, en su caso, de la madre y el padre. Para los únicos casos que el derecho permite capacidad de goce, o sea para la herencia, para recibir legados y donaciones, los padres o en su caso la madre, tienen su representación, tanto para adquirir los derechos por su conducto, como para hacerlos valer si fuere necesario".

23 Art. 326 de la Ley General de Salud.

24 Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. 31ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001, pp. 165-166.

B) "El segundo grado de la incapacidad de ejercicio se origina desde el nacimiento hasta la emancipación. Ya hemos precisado que para estos menores de edad existe incapacidad natural y legal; pero esta incapacidad es total: no pueden los menores no emancipados ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones; necesitan siempre del representante para contratar, para comparecer en juicio; se exceptúan los bienes que el menor adquiera por virtud de su trabajo, pues se le permite capacidad jurídica para realizar los actos de administración inherentes a esos bienes".

C) "El tercer grado de la incapacidad de ejercicio corresponde a los menores emancipados en donde existe sólo incapacidad parcial de ejercicio y, consiguientemente, semi-capacidad; pueden realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, sin representante; pueden también ejecutar los actos de dominio relacionados con sus bienes muebles; en cambio, tienen una incapacidad de ejercicio para comparecer en juicio, necesitando un tutor. Para celebrar actos de dominio sobre bienes inmuebles, es menester la autorización judicial. También el menor emancipado necesita el consentimiento de sus padres o tutor, para contraer matrimonio. El artículo 643 crea éstas distintas incapacidades en el menor emancipado".

"El emancipado tiene la libre administración de sus bienes pero siempre necesita durante su menor edad: I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; II.- De un tutor para negocios judiciales".

D) "Un cuarto grado en la realización de la incapacidad de ejercicio, corresponde a los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentran perturbadas por las causas que ya hemos explicado. La incapacidad de

estos mayores de edad, generalmente es total, es decir, para la validez de los actos jurídicos es el representante quien únicamente puede hacer valer los derechos y acciones del incapaz, y celebrar los actos jurídicos de administración o de dominio; estos últimos con autorización judicial.”

“Para los actos jurídicos familiares (matrimonio, reconocimiento de hijo, adopción, etc.), no existe capacidad de goce para dichos sujetos, enajenados o perturbados y, por tanto, no puede haber representación.”

“En materia de contratos, la regla que acabamos de enunciar se observa sin excepción; aun cuando el mayor de edad tenga intervalos de lucidez, no puede celebrar contratos en un momento en que esté en pleno uso de sus facultades mentales; pero, en cambio, en materia de testamentos se acepta que en un momento de lucidez mental, el enajenado otorgue testamento”.

La disposición que una persona haga sobre su cuerpo, sólo le corresponde a ella, y sólo la puede ejercer a raíz de haber cumplido los dieciocho años y estando en pleno uso de sus facultades mentales, pues constituye un derecho de la personalidad que por sus características, es originario, porque nace con la persona, es irrenunciable, porque no se puede desprender de él, es intransmisible “por lo que los parientes consanguíneos y no los demás herederos voluntarios, son únicamente los que están legitimados para tutelarlos una vez fallecido el sujeto de tales derechos (en los delitos contra el honor, en las violaciones de derechos de autor, etc.)”²⁵, y es personalísimo porque sólo su titular puede ejercerlo, lo que significa que la disposición del cuerpo humano sólo le corresponde al titular del mismo, impidiendo en principio la delegación de este derecho en otra persona, por lo que el artículo 332 en su segundo párrafo es contrario al derecho de disposición del cuerpo humano, que por cuestiones morales, religiosas, médicas y éticas se permite por salvaguardar la salud de otra persona, atendiendo al caso de que no perjudica la salud y normal

25 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 270.

desarrollo del menor, pero realmente el menor de edad no puede ser donador, a pesar de la situación antes planteada, por lo que el menor de edad no se constituye en donador, puesto que la disposición que se hace del cuerpo del menor, se deja en manos de sus representantes y no parte de una decisión voluntaria que el menor haga.

Lo anterior se complementa con la siguiente tesis Jurisprudencial argentina que a la letra dice:

"Dación de un órgano o de material anatómico: acto personalísimo. Consentimiento del dador: insustituible; La dación de un órgano o de material anatómico en vida, con fines de trasplantes es, por naturaleza, un acto personalísimo librado a la discrecional voluntad del actor del acto y ajeno al cometido de cualquier representante, ya sea voluntario o necesario. El consentimiento del dador para la exéresis del órgano pertinente, debe ser prestado personalmente y no puede otorgarse a título de representación legal. Este derecho personalísimo extrapatrimonial, sólo puede ser ejercido por la persona que es su titular. Por lo que no puede pensarse que para una decisión de esta naturaleza, la voluntad de un incapaz pueda ser suplida o integrada por sus padres o por el órgano jurisdiccional"²⁶.

Al llegar a cierta edad, en que el menor sea capaz de querer y de poder, es decir tenga la conciencia para gobernarse por si mismo, se podría dar el caso de que fuera donador de un órgano distinto al de médula ósea, como el ocurrido en Argentina en 1980. Un joven de 19 años de edad padecía una insuficiencia renal crónica terminal en condiciones de riesgo, por lo que a falta de un riñón cadavérico compatible, su hermana de 17 años de edad decidió donarle uno de sus riñones, previamente realizándose los exámenes correspondientes para comprobar la compatibilidad.

26 Sagama, Fernando Alfredo. Los Trasplantes de Órganos en el Derecho 1ª ed. Edit. De palma, Buenos Aires, 1996, p. 419.

Al no poder efectuarse el trasplante por ser la donante menor de edad, los padres recurrieron a la justicia en búsqueda de la respectiva autorización judicial, lo que en primera instancia se les negó, entre otros considerandos, por la incapacidad de derecho de la menor. Llegados los autos a la Cámara de Apelación de lo Civil Sala A se confirmó la sentencia del a quo, contra dicho fallo se interpuso un recurso extraordinario federal, en base a que en segunda instancia se negó el derecho natural del ser humano a la vida, a la subsistencia y a la integridad, expresando entre otros agravios, que no existía diferencia alguna entre un menor de 17 años y 8 meses y alguien de 18 años de edad. Finalmente La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió favorablemente la autorización el 6 de noviembre de 1980.²⁷

En el artículo 332 de la Ley General de Salud en su último párrafo, que a la letra dice. "En el caso de incapaces y otras personas sujetas a estado de interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte" surge la confusión de la referencia que el texto hace respecto de los incapaces, puesto que se incluye a los menores de edad, siendo contradictorio con la excepción que se plantea en el segundo párrafo del mismo artículo, a su vez concuerda con la fracción I del artículo 326 que invalida el consentimiento otorgado por los incapaces en general.

Se tiene que precisar el texto de estos artículos, puesto que hacen referencia a los incapaces y a los menores de edad como si fueran dos figuras distintas, siendo conveniente que se hablara de incapaces por cuestiones naturales, como los sujetos a interdicción y a incapaces legales como los menores de edad.

De acuerdo a Domínguez Martínez "La situación mental en que un sujeto esté, es actor condicionante de casi todas las actitudes legales para determinar su capacidad o incapacidad".

27 Idem. Op. Cit. pp. 339-400.

"Así pues, una es la incapacidad natural, como la situación en la que un sujeto está independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria, como enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer y entender lo que hace; sus actuaciones no son con una voluntad plena sino limitada y por ello esta no puede crear consecuencias jurídicas sanas".

"Otra es la incapacidad legal; ésta implica la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de ese querer y de ese entender aún cuando en la realidad si puede hacerlo; esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aún cuando sus condiciones mentales si sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico".

"Lo mismo sucede con el quebrado no rehabilitado quien desde el punto de vista natural no tiene afectación ni restricción mental alguna y sin embargo, la ley lo declara incapaz para determinados actos"²⁸.

De lo anterior podemos concluir que tienen capacidad para donar todas las personas que cuenten con capacidad de ejercicio y que tienen incapacidad para disponer de su cuerpo todas aquellas personas que no pueden gobernarse ni obligarse por si mismas o no puedan manifestar su voluntad por ningún medio, por razones de orden físico, psicológico o legal.

28 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 187.

3.5 FORMA DE LA DONACIÓN.

La forma que tienen que revestir los contratos, convenios y demás actos jurídicos devienen de la importancia que éstos tengan, por lo cual la ley exige que tengan una forma determinada, sin la cual no se les otorga validez. "Por lo que es necesario además, que la voluntad tenga como finalidad inmediata un resultado jurídico de indole obligatoria y que se traduzca en una manifestación externa suficiente"²⁹.

"La forma en términos generales es la manera de exteriorizar el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o que la ley establece para lograr esa exteriorización"³⁰.

"Para que el contrato sea plenamente eficaz se requiere que contenga, además de sus elementos de esencia y validez, que el propio consentimiento se manifieste exteriormente con la forma que la ley indique"³¹.

"La forma consiste en el medio exigido por la ley para que se manifieste validamente, puede expresarse en forma expresa hablada o escrita y en forma tácita"³².

No obstante de que se menciona a la forma como una manera de manifestar la voluntad el derecho reserva el uso de la palabra formal para designar aquellos contratos y actos jurídicos para los que la ley exige que consten por escrito, en la inteligencia de que si no se cumple con ella el contrato o los actos serán nulos.

En cuanto a la donación de órganos, por la importancia que ésta tiene, la ley exige determinada forma para que sea válida, por lo que tiene que constar por escrito ante dos testigos o ante un notario³³.

29 Azúa Reyes, Sergio. Teoría General de las Obligaciones, 4ª ed. Edit. Porrúa, México, 2004, p. 116.

30 Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles, 8ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 29.

31 Quintanilla García, Miguel. Derecho de las Obligaciones. 3ª ed. Edit. Cárdenas, México, 1999, p. 29.

32 Martínez Alarcón, Javier. Teoría General de las Obligaciones. 2ª ed. Edit. Oxford, México, 2000, p. 408.

33 Art. 16 Fracción IV. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Evidentemente la facultad de disponer del cuerpo humano, sólo le corresponde al titular del mismo, teniendo que contar para ello con capacidad de ejercicio, pues siendo un derecho personalísimo necesariamente tiene que manifestar su voluntad por sí mismo, por lo que el consentimiento que exprese su autorización necesariamente será expreso.

"El consentimiento es el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común que consiste en producir consecuencias jurídicas que son la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones"³⁴.

El artículo 1803 del Código Civil Federal dice que el consentimiento,

I. Será Expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos; y

II. El tácito resultará de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, EXCEPTO EN LOS CASOS EN QUE POR LEY O POR CONVENIO LA VOLUNTAD DEBA MANIFESTARSE EXPRESAMENTE.

En materia de donación de órganos se habla de un consentimiento expreso y otro tácito que consiste en una "no manifestación de su voluntad para que al morir sus órganos sean utilizados en trasplantes". Por lo que la donación que haga una persona ya sea en vida o para después de su muerte no reviste ningún problema, pues se especifica que la manifestación se hará expresamente constando por escrito, firmado ante dos testigos o ante un notario³⁵.

34 Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 48.

35 Art. 16 Fracción IV Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Cuando la ley exige la forma escrita para dar validez al acto jurídico, se trata de un acto formal. De acuerdo con esto los contratos son formales o consensuales, dependiendo de si están sujetos a la exigencia de la expresión escrita o no³⁶.

El problema surge a raíz de la definición que la Ley General de Salud hace del consentimiento tácito pues se refiere a él como "no manifestación de su negativa para que sus órganos sean utilizados en trasplantes"³⁷. Lo cual es contrario a lo que establece el Código Civil Federal en sus artículos 1833 y 1834 los cuales haciendo una interpretación armónica en sentido positivo quieren decir que si el acto tiene que revestir una forma especial, la manifestación tácita de la voluntad no será válida derivado de la importancia del acto que la misma ley impone, lo cual se complementa con el artículo 1803 en su segunda fracción cuando nos habla de que el consentimiento tácito no será válido en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Otra parte importante a señalar es lo relativo a la disposición del cuerpo humano ya que éste es un acto personalísimo que sólo le corresponde a su titular ejercerlo por lo que necesariamente tiene que haber una manifestación de la voluntad del titular del derecho la cual invariablemente constará por escrito. Por lo tanto la voluntad deviene de una actuación, es decir de un querer de la persona y no de una omisión como lo plantea la Ley General de Salud, puesto que aún el consentimiento tácito deviene de un actuar y no de la vieja frase de que "El que calla otorga", pues "de acuerdo con esta frase el silencio tendría efectos jurídicos equivalentes a la aceptación tácita, lo que es falso porque el consentimiento tácito es una manifestación de la voluntad y el silencio nada manifiesta"³⁸.

36 Martínez Alarcón, Javier. Teoría General de las Obligaciones, 2ª ed. Edit. Oxford, México, 2000, p. 408.

37 Art. 324 Primer Párrafo, de la Ley General de Salud.

38 Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 86.

“En derecho el silencio no puede tener el efecto jurídico de aceptación, en atención a que aceptar significa jurídicamente obligarse y, en tal virtud, habría que concluir que el que guarda silencio consiente en obligarse, si tuviera aplicación jurídica la frase según la cual el que calla otorga; por lo tanto en materia jurídica el silencio no significa una manifestación de la voluntad hecha en el sentido de obligarse; es decir, la regla general es que en derecho quien guarda silencio no manifiesta su voluntad aceptando obligarse; o sea, el que calla no otorga jurídicamente, no consiente”³⁹.

El problema de la donación que la Ley General de Salud denomina tácita se da a la muerte del titular del cuerpo humano⁴⁰, sin embargo, al exigir la ley un consentimiento expreso, toda vez que el ejercicio de tal facultad para disponer del cuerpo humano sólo le corresponde al titular del mismo, el consentimiento tácito no es válido, pues de aceptarse un consentimiento tácito basado en la no manifestación de la voluntad para que su cuerpo sea utilizado para trasplantes, se estaría abriendo la posibilidad de que cualquier persona que lo necesitara podría exigir a su favor tal disposición, quedando en su beneficio la facultad para disponer del cadáver sin que nada constara por escrito, lo que finalmente constituye otro error puesto que al ser un derecho de la personalidad, no puede ser transmisible tal facultad de ejercicio, adquiriendo los familiares tan sólo la obligación de velar por tales derechos y no así adquiriéndolos.

Las ventajas que ofrece la forma expresa son⁴¹:

- 1.- Contribuye a que las partes mediten bien sus resoluciones.
- 2.- Facilita y asegura la prueba.
- 3.- Da publicidad al negocio, haciéndolo reconocible por terceros.
- 4.- Evita en lo posible las nulidades negociables.

39 Idem. Op. Cit. p. 86.

40 Art. 325 de la Ley General de Salud

41 Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 50.

Podemos concluir diciendo que para darse una donación de órganos debe revestir una forma que conste por escrito en la cual el titular del derecho otorgue su consentimiento para que su cuerpo sea utilizado en trasplantes para después de su muerte, es decir, la manifestación de voluntad debe ser expresa, ya que la manifestación tácita no tiene sustento jurídico en este caso.

Puntos importantes:

- ❖ La donación de órganos es un acto personalísimo que se basa en el amor al prójimo.
- ❖ Sólo las personas con plena capacidad de ejercicio pueden disponer de su cuerpo.
- ❖ La disposición del cuerpo humano se hace en vida aunque se haga para después de la muerte.
- ❖ La disposición tácita no puede darse en la donación de órganos como lo plantea la Ley General de Salud por ser contraria a derecho.

Los derechos de la personalidad, así como el estudio de la donación de órganos en particular son la base que nos permiten entrar de lleno a nuestro tema en particular el cual veremos en el siguiente capítulo.

CAPITULO CUATRO.
LIMITANTE DE LAS PERSONAS PARA DONAR
LOS ÓRGANOS DE UN FAMILIAR FALLECIDO

CAPITULO CUATRO. LIMITANTE DE LAS PERSONAS PARA DONAR LOS ÓRGANOS DE UN FAMILIAR FALLECIDO.

Este capítulo es la piedra angular de este trabajo de Tesis dividido en cuatro subcapítulos en los que se estudia la disposición del cuerpo humano como un acto personalísimo, se enfatiza la voluntad del sujeto como fuente principal para donar y se estudia si es posible o no que los familiares puedan adquirir tal derecho lo que legalmente nos ayudara a probar la hipótesis aquí planteada, pues todo esto es fundamento jurídico que valida el trabajo aquí planteado.

4.1 LA DONACIÓN DE ÓRGANOS COMO UN ACTO PERSONALÍSIMO.

La cualidad de persona como sujeto de las relaciones jurídicas existentes en nuestro derecho, ha logrado el reconocimiento de ésta, no solamente como un ente jurídico colectivo, cuya conducta se regula en base a mejorar la convivencia con otras personas dentro de una sociedad, sino como entes individuales únicos, reconociendo en cada individuo un conjunto de características que lo constituyen, conformando su calidad de ser humano. Significa que la regulación de la conducta humana tiene por objeto no sólo la protección de la sociedad en general, sino que también se basa en la protección del individuo, para fomentar su desarrollo dentro de la misma sociedad. Así se le reconocen a la persona derechos inherentes que forman parte de su esencia, no sólo como sujeto de derecho, sino como ser humano.

No puede negarse que el ser humano es el sujeto de los derechos y deberes, facultades y obligaciones que derivan de la relación jurídica; y que si se prescinde de su ser, ni siquiera se justificaría la existencia misma del derecho, pues el hombre es la causa y razón suficiente de todo el orden normativo¹.

1 Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, 21ª ed. Edit. Porrúa, México, 2002. p. 310.

La ciencia jurídica tiene al ser humano como el punto sustancial de su estructura, pues todas las consecuencias derivadas de esta ciencia lo impactan directamente. "La personalidad jurídica es una de las instituciones componentes de la ciencia jurídica y cuya presencia en ésta es esencial", "ser persona está condicionado a tener personalidad jurídica, se es persona porque se tiene dicha cualidad; no se tiene personalidad porque se sea persona sino al contrario, se tiene el carácter de persona por tener personalidad jurídica"².

El origen y fundamento de la personalidad jurídica está, como lo afirma la generalidad de la doctrina, en el ordenamiento legal, pero esto no significa que el Estado otorgue tal personalidad, sino al contrario, el Estado es una creación del individuo para garantizar el reconocimiento y respeto de dicha personalidad, por lo que al Estado sólo le resta reconocer dicha personalidad al ser humano³.

La personalidad es un conjunto de cualidades que caracterizan a la persona por lo que a tales cualidades el ordenamiento jurídico les pone especial interés, pues no sólo reconoce la personalidad de la persona, sino que también reconoce los derechos que constituyen dicha personalidad⁴.

Existen actos que pueden realizarse por otras personas en nombre propio como en el contrato de mandato, sin embargo existen otro tipo de actos que por su importancia la ley determina que sólo el titular del derecho pueda ejercerlo, no pudiendo delegarlo en alguien más, por lo que la persona, titular del derecho, esta obligada a ejercerlo por si misma, tal es el caso de los derechos de la personalidad.

"Lo que caracteriza propiamente a los derechos de la personalidad es la tutela o protección contra cualquier ataque de tercero. No se trata pues de un mero atributo calificativo de la persona sino de garantizar a dicha persona el respeto y el ejercicio de su categoría de persona integrado por esos derechos tales como el de conservar

2 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 130.

3 Idem Op. Cit. p. 135.

4 Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil . 21ª ed. Edit. Porrúa, México, 2002, p. 467.

la vida, la integridad del cuerpo, el honor, el respeto a la imagen, a la parte afectiva de la persona, al goce y reconocimiento de los derechos de autor, y aún a exigir el respeto a los despojos mortales”⁵.

Son derechos extrapatrimoniales, irrenunciables e imprescriptibles, por lo que tiene como característica esencial la de que son derechos personalísimos, por lo que sólo su titular puede ejercerlos.

Uno de los derechos de la personalidad del ser humano más importante es el que tiene para disponer sobre su propio cuerpo, cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 24 del Código Civil Federal que a la letra dice: “El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”. Lo que se relaciona con la donación de órganos, ya que al efectuarse el trasplante, tiene que haber previamente un donador, el cual ejerce el derecho que tiene para disponer sobre su propio cuerpo en favor de otra persona, ya sea en vida, cuando done un órgano que no le afecte su salud, o para después de su muerte, pudiendo donar uno o todos sus órganos, incluso para investigación científica y no sólo para trasplantes, por lo que tal disposición sólo puede ejercerla el titular del derecho, es decir, la persona sobre su propio cuerpo por ser un derecho de la personalidad.

La disposición del cuerpo humano es un acto personalísimo, ya que sólo le pertenece al titular del mismo la facultad de hacerlo, ésta facultad no puede delegarse en nadie más pues siendo un derecho de la personalidad, también tiene como característica la de ser intransmisible e irrenunciable, lo que se complementa con su carácter de originario porque nace con la persona y lo acompaña durante toda su vida, por lo que puede haber sólo uno y no dos disponentes sobre un mismo

⁵ Idem Op. Cit. p. 325.

cuerpo, siendo contrario a esto el artículo 1 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, al designar disponentes secundarios.

La disposición del cuerpo humano, como derecho personalísimo sólo puede darse durante la vida de la persona, pues deviene de la voluntad de la misma, por lo que al fallecer nadie puede tomar una decisión que la persona no tomó durante su vida, pues siendo un acto personalísimo, la voluntad del sujeto no puede ser suplantada por nadie, sino que tiene que ser ejercida por el mismo, precisamente por su carácter de personalísimo, cuya característica es parte esencial de los derechos de la personalidad.

La donación de órganos la puede realizar cualquier persona con capacidad de ejercicio manifestando su voluntad por escrito para que en vida o para después de su muerte sus órganos sean utilizados para trasplantes primordiallymente⁶.

"Sea en una u otra posibilidad apuntadas, lo cierto es que el sujeto dispone de partes de su cuerpo y sólo él es quien puede tomar alguna resolución en relación con ello. En efecto así fuere un reo condenado a muerte, no le corresponde a persona alguna, ni siquiera a la autoridad misma, de no ser el interesado, decidir sobre el destino de las partes de su cadáver"⁷.

"Hacer una donación de un órgano en vida, entra en la liberalidad que una persona hace de si misma, por lo que sólo ella, actuando con pleno discernimiento, intención y libertad puede tomar una decisión al respecto"⁸.

6 Artículo 321, de la Ley General de Salud.

7 Domínguez Martínez, Jorge. Derecho Civil, 7a ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p.273.

8 Sagama, Alfredo. Los Trasplantes de Órganos en el Derecho, 1ª ed. Edit. De Palma, Buenos Aires, 1996, p.421.

La donación de órganos, siendo un acto personalísimo, depende única y exclusivamente de la persona titular del derecho que tiene para disponer de su cuerpo, siendo necesario que la persona sea capaz de gobernarse y manifestar su voluntad por sí misma, por lo cual tiene que contar con la mayoría de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales. Lo anterior es necesario, toda vez que siendo un acto libre y personalísimo la disposición del cuerpo humano no puede ser ejercida por nadie más que el titular del cuerpo, por lo que necesariamente éste tiene que manifestar su voluntad expresamente, por lo que las personas menores de edad o cualquiera que se encuentre incapacitada, sea por razones físicas o psicológicas, no podrá ejercer tal derecho que tiene sobre su cuerpo. "Por lo que el consentimiento del dador para la exéresis del órgano pertinente, debe ser prestado personalmente y no puede otorgarse a título de representación legal. Este derecho personalísimo extrapatrimonial, sólo puede ser ejercido por la persona que es su titular"⁹.

Se puede concluir diciendo que la disposición del cuerpo humano es un derecho personalísimo que sólo puede ser ejercido por el titular del mismo, el cual necesariamente será en vida, aunque tal disposición sea para después de su muerte constituyendo un acto que por su carácter no puede ser delegado en nadie.

⁹ Idem Op. Cit. p. 419.

4.2 LA VOLUNTAD DEL SUJETO COMO FUENTE PRINCIPAL PARA DONAR.

El ser humano es un ser racional por naturaleza, lo que evidentemente lo distingue de los demás seres vivos. La capacidad que tiene para razonar, le permite reflexionar sobre su entorno, pudiendo formular diversos juicios de valor, además de facultarlo para tomar decisiones por sí mismo, lo que de una manera u otra se ve reflejado en la sociedad; no obstante, aún viviendo en común con otras personas, conserva plena facultad de decisión, pues ésta deviene de su interior, es decir es intrínseca por lo que toda decisión tiene que ir acompañada de un conocimiento previo.

La libertad es la modalidad de la voluntad por la cual ésta se determina a sí misma, a elegir un bien particular o dejar de hacerlo, por lo que la voluntad humana es una facultad, que en un principio próximo de operación, es una potencia activa. El hombre opera mediante sus facultades, pero es él quien opera¹⁰.

La voluntad es un acto libre voluntario, por medio del cual una persona se determina sobre ese acto.

"El acto jurídico es una conducta lícita del hombre realizada con el propósito de producir consecuencias de derecho. Partiendo de éste concepto tenemos que el acto no es cualquier hecho jurídico, sino uno específico"¹¹.

"La diferencia específica del acto con los demás hechos consiste en que el acto, en primer lugar, es una conducta humana y en segundo es un comportamiento consciente, en tercero que ese acto es lícito y en cuarto lugar que se ejecuta con la intención de que por él se produzcan consecuencias de derecho"¹².

10 García Alonso, Luz. *Ética o Filosofía Moral*, 1ª ed. Edit. Diana, México 1993, pp. 76 y 80.

11 Azúa Reyes, Sergio. *Teoría General de las Obligaciones*. 4ª ed. Edit. Porrúa, México, 2004, p. 16.

12 Idem. Op. Cit. p. 16.

Al hablarse de un acto jurídico y la forma que tiene que revestir, se menciona necesariamente el término consentimiento, el cual doctrinalmente se toma como sinónimo de voluntad, sin embargo éste sólo es parte de la última, es decir el consentimiento es la autorización que la persona otorga para que se lleve a cabo su voluntad, no obstante tampoco es errado decir que la forma es la manera en que se manifiesta la voluntad o se manifiesta el consentimiento.

La voluntad del sujeto en cuanto a la donación de órganos como en todo acto jurídico, es la parte fundamental para que exista dicha figura. La posibilidad jurídica que una persona tiene para disponer de su cuerpo o parte de él, ya sea en vida o para después de su muerte, deviene de un derecho personalísimo de las personas, por lo tanto sólo el titular de tal derecho puede ejercerlo, teniendo que estar en pleno uso de sus facultades mentales, y ser mayor de edad, debiendo el sujeto manifestar su voluntad por sí mismo. La voluntad de las personas tiene que revestir conocimiento y sobre todo tiene que tener conciencia del acto que va a llevar a cabo y por lo cual la ley restringe la posibilidad de ser donadores a los menores de edad y a los disminuidos mentalmente pues legal y naturalmente están impedidos para manifestar su voluntad, por lo que no pueden obligarse por sí mismos¹³.

La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita, de acuerdo al artículo 1803 del Código Civil Federal.

Artículo 1803. El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos; y

13 Artículos 326 fracc. I y 333 fracc. I, de la Ley General de Salud.

II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

En el caso de la donación de órganos se señala en la Ley General de Salud que también puede haber consentimiento expreso y tácito, sin embargo por la naturaleza del acto, es decir, por su carácter personalísimo, se tiene que estudiar si esto no es contrario a derecho.

En cuanto al consentimiento expreso no existe problema de ninguna índole, toda vez que por la importancia del acto la ley exige cierta forma, la cual tiene que constar por escrito, respetando la voluntad del donante. Es en la donación denominada tácita en donde surgen las dudas ya que la Ley General de Salud en su artículo 324 dice que habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados en trasplantes.

En primer lugar el consentimiento tácito que la ley refiere se da una vez que se confirma la pérdida de la vida del sujeto, por lo que es necesario volver a apuntar el hecho de que la disposición del cuerpo humano es un derecho personalísimo que sólo le corresponde a su titular ejercerlo y para lo cual tiene que manifestar su voluntad lo que al fallecer es naturalmente imposible hacerlo, sin embargo se puede pensar en el hecho de que la personalidad del ser humano acaba al fallecer éste, por lo tanto el cadáver pasaría a manos de sus familiares adquiriendo un derecho para disponer del destino del cadáver¹⁴ pudiendo autorizar su uso para fines de trasplantes, no obstante como derecho de la personalidad tiene características que no permitirían esto, como la irrenunciabilidad, la de que son imprescriptibles y la de que son intransmisibles, esta última significa que no pueden transmitirse a alguien más "por lo que los parientes consanguíneos, y no los demás herederos voluntarios, son únicamente los que están legitimados para tutelarlos, una vez fallecido el sujeto

¹⁴ Galindo Garffas, Ignacio. Derecho Civil, 21ª ed. Edit. Porrúa, México, 2002, p. 475.

de tales derechos¹⁵, lo que significa que los familiares no adquieren un derecho sino una obligación, de manera que no pueden disponer libremente del cadáver a favor de terceros, ni siquiera para si mismos, por lo que sólo adquieren la obligación de proteger tal derecho y no de ejercerlo.

En segundo lugar, la manera en que se expresa la voluntad, es decir la forma, tiene que constar por escrito, es decir la voluntad será expresa, por lo que un consentimiento tácito no puede ser válido en tales circunstancias, puesto que la disposición del cuerpo humano depende única y exclusivamente de la voluntad del titular del derecho, por lo que si la ley exige la forma expresa, ésta automáticamente invalidará la forma tácita¹⁶.

En tercer lugar se menciona una omisión a manifestar su negativa de ser donador, es decir, basan el consentimiento tácito en el viejo dicho de que "el que calla otorga", sin embargo también se dice que "el que calla niega" por lo que es necesario explicar cual es el sentido que debe darse jurídicamente al silencio. El primero de ellos está ejemplificado en el artículo 1669 pues conforme a éste precepto el silencio es una aceptación, sin embargo, por regla general el silencio "no puede tener efecto jurídico de una aceptación, en atención de que aceptar significa jurídicamente obligarse, y en tal virtud, habría que concluir que el que guarda silencio conciente en obligarse, si tuviera aplicación jurídica la frase de que el que calla otorga; por tanto en materia jurídica el silencio no significa una manifestación de la voluntad hecha en el sentido de obligarse por lo que el consentimiento tácito es una manifestación de la voluntad y el silencio nada manifiesta"¹⁷.

Complementando lo anterior, Manuel Bejarano Sánchez dice: "El silencio no es una manifestación de la voluntad, ni por ende puede inferirse del mismo una propuesta o aceptación"¹⁸.

15 Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 270.

16 Artículos 1803, 1833 y 1859, del Código Civil Federal.

17 Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p.86.

18 Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles, 5ª ed. Edit. Oxford, México, 1999, p. 483

"El silencio puede valorarse como declaración de voluntad cuando se le atribuya el significado de aceptación; lo que sucederá cuando se pacta que la negativa sólo será eficaz si es hecha expresamente y dentro de determinado plazo. También puede nacer una responsabilidad en los supuestos de que la vinculación por el silencio resulta de una disposición legal. Cuando no existen dichas bases negocial o normativa, que den valor vinculante al silencio o de las que resulte la obligación de romperlo, es decir en la mayoría de los casos, el guardar silencio ante una oferta no supondrá aceptación ni originará obligaciones"¹⁹.

De lo anterior se concluye que la disposición del cuerpo humano sólo le corresponde a su titular por lo que, para realizar una donación de sus órganos necesariamente tendrá que manifestar su voluntad en forma expresa, pues siendo un derecho personalísimo su voluntad es la fuente principal para ejercer tal disposición.

¹⁹ Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 87.

4.3 FACULTAD DE LOS FAMILIARES DEL FALLECIDO PARA DISPONER DE SU CUERPO.

Hoy en día diversos trasplantes se realizan con todo éxito en nuestro país. Desde el 22 de octubre de 1963 en que se realizó el primer trasplante de un órgano, el riñón de un donador vivo relacionado, y hasta la fecha se han realizado más de 30,000 trasplantes de órganos en México, cifra que día a día se va incrementando, por lo que es difícil contar con una cifra exacta²⁰. A pesar de lo anterior, la población mexicana respecto a la donación de órganos, todavía le falta desarrollarse, pues la demanda de personas que necesitan un órgano aún no es plenamente satisfecha.

La carencia de donadores es un problema de falta de conciencia en la población, de su falta de capacidad altruista y por supuesto es muy difícil pensar que sea un problema de egoísmo, aunque indudablemente hay casos que llegan a presentarse, no son comunes. El problema de que exista una carencia de donadores, en gran parte deriva de la falta de información y de la incapacidad de las autoridades para hacerla del conocimiento de toda la población por medios adecuados, aunado a que las cirugías no están al alcance de toda la población por su costo elevado.

Conjuntamente a la falta de donadores en el país, las autoridades sanitarias no han sentado bases para resolver el problema, es decir, no fomentan de manera efectiva la donación de órganos, pues la información que existe es casi nula, lo que evidentemente no contribuye a resolver el problema, sino que lo agrava, por lo que no es extraño que existan personas que no donen sus órganos por cuestiones que se dice son de tipo moral o religioso.

La mejor manera de que México sea un país de donadores, comienza con una adecuada información, lo que a la postre se reflejará en habitantes más conscientes de lo que la donación de órganos representa, no obstante en nuestro país, la

²⁰ Fuente: Centro Nacional de Trasplantes.

información existente es inadecuada y casi nula, basta mencionar al Centro Nacional de Trasplantes que siendo el órgano más importante respecto de la donación y los trasplantes, no cuenta con una base bibliográfica adecuada, de hecho no cuenta con base bibliográfica, puesto que su acervo bibliográfico se limita a un par de libros, revistas que el mismo centro publica y una Ley General de Salud no actualizada, lo que se ve reflejado en el medio masivo de información con el que cuentan, es decir su página de internet, la cual ofrece información poco adecuada pues se limita a conceptos básicos que no resuelven del todo las dudas de las personas, siendo necesario utilizar otros medios que informen a la población de lo que significa ser donador de órganos.

El legislador, en un afán de que el número de donadores fuese mayor, otorga facultades a los familiares de una persona muerta, para que dispongan de su cadáver a favor de alguien que lo necesite, mediante la autorización que éstos hagan, para que sea utilizado en trasplantes, en el supuesto de que el fallecido no haya manifestado su negativa para que su cuerpo sea utilizado para trasplantes²¹.

Hemos dicho que la donación de órganos evidentemente sólo puede ser ejercida por la persona titular del cuerpo humano, derivado de su naturaleza jurídica personalísima, por lo que la facultad de disponer del cuerpo humano no puede ser transmitida por ley a otra persona, no obstante, la ley permite que se llegue a dar ésta situación, permitiendo a los familiares de una persona fallecida, disponer de su cadáver para ser utilizado en trasplantes.

La facultad otorgada por la ley a los familiares aunque sólo puede ser ejercida al fallecer el familiar siempre y cuando no exista una negativa expresa del fallecido, es negatoria de todo derecho y además la Ley General de Salud erróneamente denomina consentimiento tácito.

21 Artículo 324, de la Ley General de Salud.

Si jurídicamente se permitiera la donación de órganos por medio de un consentimiento tácito éste de cualquier manera correspondería al titular del derecho, por lo que si basan el consentimiento tácito en el silencio del titular, los cadáveres de todas éstas personas serían utilizados para trasplantes sin necesidad de autorización alguna. Pero si la ley exige la autorización de los familiares, entonces les otorga facultades de disposición del cadáver por lo que en cualquiera de los dos casos planteados serían contrarios a derecho, pues, repitiendo una vez más, la disposición del cuerpo humano es un derecho personalísimo.

De acuerdo a la jerarquía normativa, el segundo grado en el ámbito de Donación, Trasplantes y cadáveres, corresponde al Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos publicado en el diario oficial el 20 de febrero de 1985 y modificado en una sola ocasión el 26 de noviembre de 1987, a consecuencia de la reforma de la Ley General de Salud de ese mismo año, desafortunadamente el reglamento ha ido perdiendo validez al no ser actualizado²².

Lo anterior se ve reflejado en dos disposiciones contenidas en el reglamento que han sido abrogadas por disposiciones incompatibles contenidas en la Ley General de Salud. La primera de ellas se refiere, en el artículo 81 del Reglamento, a la facultad de los familiares de una persona fallecida, para que consientan la utilización del cadáver de ésta para fines de investigación o de docencia, el cual es incompatible con el artículo 325 2º párrafo de la Ley General de Salud, pues éste se refiere al hecho de que la extracción de órganos y tejidos sólo podrá realizarse con fines de trasplantes, es decir el Reglamento se refiere al cadáver en general y en la Ley sólo a sus órganos.

La segunda disposición ejemplifica mejor las facultades de los familiares, y esta contemplada en el artículo 10 del Reglamento, mencionando a disponentes

22 Maestro Gonzalo Moctezuma Barragán, Revista de Trasplantes, Número especial 2003, p.21.

originarios y disponentes secundarios, lo cual, como ya se apuntó es totalmente erróneo puesto que jurídicamente es imposible que existan dos disponentes sobre un mismo cuerpo, ya que la disposición del cuerpo humano es un derecho personalísimo que, valga la repetición, sólo puede ser ejercido por su titular. En la Ley General de Salud se elimina el concepto de disponente secundario, aunque implícitamente sigue existiendo, pues en su lugar se menciona el consentimiento que las personas deben otorgar para que el cadáver de su familiar sea utilizado para fines de trasplantes, basándose en un supuesto consentimiento tácito, que no puede existir como tal, pues se basa en un silencio de la persona y como lo apunta Borja Soriano: "el consentimiento tácito es una manifestación de la voluntad y el silencio nada manifiesta"²³.

El artículo 2.8 del Código Civil del Estado de México, no sólo no utiliza el término de disponente secundario sino que elimina de su texto el término de consentimiento tácito, al referirse a la autorización que otorgan los parientes a falta de la voluntad expresa del donante, lo que también constituye un error puesto que la falta de disposición expresa elimina la posibilidad de que exista un donante.

Ya sea en uno u otro caso, lo cierto es que en la Ley General de Salud, en su Reglamento y en el Código Civil del Estado de México, se otorga facultades a los familiares para que dispongan del cadáver de ésta última, con fines de trasplantes o de investigación científica, sin que exista un fundamento jurídico real que posibilite la adquisición de dichas facultades, puesto que al fallecer la persona aún perdiendo esa calidad, su cadáver no puede ser susceptible de propiedad, por lo que no se puede adquirir un derecho sobre éste sino que, en todo caso, lo único que adquieren los familiares es una obligación tutelar de todo lo relacionado con el cadáver, lo que implica la protección de éste hasta su sepulcro.

23 Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000, p. 86.

4.4 PROPUESTA PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 2.8 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

La naturaleza jurídica de la Facultad de disponer de órganos nace en la persona puesto que se trata de su cuerpo, de su ser y se hace evidente ante la posibilidad de realizar trasplantes. Los derechos de la personalidad son de considerable complejidad en su estudio, pero a la vez son de indudable interés, siendo éstos los derechos de mayor importancia en nuestro mundo jurídico. Entre los más importantes está el derecho que cada persona tiene para disponer de su cuerpo, el cual se relaciona con la donación de órganos y por lo tanto ya se encuentra incluido en el Código Civil del Estado de México.

Después de la investigación realizada en este trabajo es evidente que la facultad de disponer del cuerpo humano sólo pertenece a su titular y tal derecho no puede ser transmitido ni adquirido por nadie, ni siquiera por los familiares después de que fallezca la persona, por las razones antes señaladas. Es por eso que la ley no debe otorgar facultades a los familiares de una persona fallecida, para que dispongan del cadáver de ésta siendo necesaria una propuesta que modifique la anterior situación.

La donación de órganos y todo lo relacionado con los trasplantes de ellos se encuentra contemplado en la Ley General de Salud y demás disposiciones sanitarias relacionadas, sin embargo, la posibilidad de que una persona disponga de su cuerpo, por ser un derecho de la personalidad, es de carácter civil. La siguiente propuesta se basa en lo que contempla el artículo 2.8 del Código Civil del Estado de México, esperando sirva de base para una posterior modificación de la Ley General de Salud respecto a la donación de órganos. La siguiente propuesta se manifiesta en dos vías: una que sirva para derogar el artículo y otra que simplemente lo modifique por las siguientes razones y consideraciones.

a) Derogación del artículo 2.8 del Código Civil del Estado de México.

1. Es viable la derogación del artículo 2.8, porque la facultad de disponer del cuerpo y sus órganos es un derecho y un acto personalísimo lo que implica que sólo su titular puede ejercerlo, de lo que se sigue que éste derecho no puede ser ejercido por nadie más, puesto que es irrenunciable, y por su carácter personalísimo tampoco puede ser transmitido por ley al fallecer la persona y por ende no puede ser adquirido ni por sus familiares.
2. Su carácter personalísimo implica la manifestación de la voluntad del sujeto, por lo que los incapaces legales o naturales no pueden ejercer tal derecho. La voluntad del sujeto, no puede ser suplantada por lo que al fallecer una persona, es naturalmente imposible que realice una manifestación de tal voluntad, por lo que los familiares no pueden suplantarla.
3. Por la naturaleza del acto y por la importancia del mismo, la ley determina que la voluntad de una persona para donar sus órganos debe ser expresa, por lo que tiene que constar por escrito y ante dos testigos o ante un notario, por lo tanto, ante la exigencia de manifestación expresa, no es permitido que la donación se pueda realizar en forma tácita.
4. El cadáver no puede ser susceptible de propiedad por lo que los familiares no adquieren un derecho sobre éste, sino una obligación tutelar.
5. Bajo ninguna circunstancia, en el caso específico, puede tomarse el silencio como una aceptación tácita, pues ésta deviene de un acto que lo presuponga por ser una manifestación de la voluntad y por supuesto el silencio nada manifiesta.

b) Modificación del artículo 2.8 del Código Civil del Estado de México.

La naturaleza jurídica de la donación de órganos no permite que el derecho de disposición del cuerpo humano pueda ser ejercido por una persona que no sea su titular, sin embargo, la ley no toma en cuenta lo anterior, y considerando que son cuestiones más que de tipo jurídico de tipo moral establece que a falta de manifestación expresa los familiares del fallecido pueden otorgar su consentimiento para que los órganos del cadáver sean utilizados con fines de trasplantes por lo que una propuesta que modifique el artículo 2.8 sin lesionar los derechos de la personalidad, podría basarse, no en una supuesta manifestación tácita de la voluntad, sino más bien en una obligación de índole moral como sería la posibilidad de que una persona podría consentir la disposición de su cuerpo a favor de un familiar y que una vez fallecido la disposición de su cuerpo se haría para ese fin. La modificación del artículo quedaría de la siguiente manera:

Artículo 2.8. Ante la ausencia de voluntad expresa, por parte de una persona fallecida, la autorización a que se refieren los artículos anteriores, podrá ser otorgada por los parientes de éste, siempre y cuando alguno de ellos lo necesite y en el siguiente orden:

- I. El cónyuge o concubino;**
- II. Los hijos mayores de edad;**
- III. Los padres; y**
- IV. Los hermanos mayores de edad.**

La última modificación se basa en el contenido del trabajo realizado y se apega estrictamente a lo planteado a lo largo de éste, respetando los derechos de la personalidad de las personas en relación a la disposición del cuerpo humano.

Artículo 2.8. Ante la ausencia de voluntad expresa, la autorización a que se refieren los artículos anteriores no podrá ser otorgada ni por los parientes ni por nadie, pues por su naturaleza es un acto personalísimo librado a la discrecional voluntad del titular del derecho, la cual no puede ser suplantada, por lo que el consentimiento dado para que sus órganos sean utilizados en trasplantes debe ser prestado personalmente, pues constituye un derecho de su personalidad el cual no puede ser transmitido, por lo que sólo su titular puede ejercerlo.

Puntos importantes:

- ❖ La disposición del cuerpo humano es un acto personalísimo puesto que es un derecho de la personalidad.
- ❖ Siendo un acto personalísimo, la voluntad del sujeto es la fuente principal para donar.
- ❖ Los familiares de una persona fallecida no adquieren un derecho sobre el cadáver sino que adquieren una obligación tutelar sobre éste.
- ❖ La disposición del cuerpo humano sólo le corresponde al titular del mismo por lo que es impensable que dicha facultad pueda transmitirse a nadie más.

CONCLUSIONES.

Indudablemente el trasplante de órganos es uno de los principales avances médicos en la humanidad, su importancia en nuestros días es invaluable y por lo tanto en el ámbito del derecho, reviste características únicas y de gran valor. Por lo tanto llegamos a las siguientes conclusiones.

PRIMERA. Para realizar un trasplante de órganos, necesariamente tienen que existir personas que dispongan de su cuerpo a favor de otra que lo necesite, pues dicha disposición es un derecho personalísimo que deviene únicamente de la voluntad de la persona, por lo que la donación de órganos es un acto puramente altruista caracterizado por su gratuidad.

SEGUNDA. Al ser posible mejorar la salud e incluso salvar la vida de una persona por medio de un trasplante de órganos, la donación de éstos ha obtenido un lugar primordial en el derecho; sin embargo, la poca información que tiene la población sobre esa figura, limita el número de donadores en México, por lo que el legislador ha decidido otorgar facultades a los familiares de una persona fallecida, para que en caso de que ésta no haya manifestado su consentimiento para que su cadáver sea utilizado en trasplantes, ellos puedan suplantar dicho consentimiento, lo cual considerado un acto de buena fe por parte del legislador, también es un error jurídico, supuesto que es contrario a los derechos de la personalidad ya que la disposición del cuerpo humano sólo le corresponde a su titular, por lo que, para donar sus órganos, necesariamente tendrá que manifestar su voluntad expresamente. Siendo un derecho personalísimo, la voluntad del titular es la fuente principal para que ejerza tal disposición, por lo que es impensable que la voluntad del sujeto pueda ser suplantada.

TERCERA. Es totalmente contrario a derecho, la facultad que otorga el artículo 2.8 del Código Civil del Estado de México y el artículo 324 de la Ley General de Salud, a los familiares de una persona fallecida para que éstos dispongan del cadáver para ser utilizado en trasplantes o en investigación científica, toda vez que al ser un derecho de la personalidad, tiene como característica principal, el ser un derecho personalísimo, absoluto, porque sólo la persona titular del mismo, puede ejercerlo. El derecho que tiene la persona para disponer de su cuerpo es irrenunciable y no puede ser transmitido, por lo que al fallecer la persona, los parientes no pueden adquirir un derecho sobre el cadáver sino que sólo adquieren el deber de tutelarlos.

CUARTA. El consentimiento dado para que un cadáver sea utilizado en trasplantes, sólo puede ser ejercido por el titular del derecho, es decir, por la misma persona, siendo naturalmente necesario que éste sea manifestado en vida y sólo por el titular del derecho, puesto que nadie puede suplantar dicha voluntad. Jurídicamente no puede haber consentimiento tácito basado en el silencio, puesto que el consentimiento tácito se basa en hechos o actos que lo presuponen y el silencio nada manifiesta por lo que la Ley General de Salud no puede interpretar el silencio de la persona como un consentimiento tácito, puesto que de cualquier manera éste sólo le corresponde al titular del mismo con lo cual todos los cadáveres de las personas que no manifestaron su negativa a que su cadáver sea utilizado en trasplantes, se utilizaran con este fin sin necesidad de autorización alguna, lo que es totalmente contrario a derecho puesto que, además, no puede haber consentimiento tácito cuando, por ley la voluntad debe manifestarse expresamente, lo cual necesariamente tiene que hacerse en vida y sólo por el titular del derecho, por lo que el silencio en la donación de órganos no puede ser considerado como una aceptación tácita.

QUINTA. La disposición del cuerpo humano sólo puede ser ejercida por el titular del mismo, éste derecho no puede ser delegado en nadie más, pues además de ser contrario a los derechos de la personalidad sienta un precedente violatorio de tales derechos. El cadáver no es cualquier "cosa" para que pueda ponerse en manos de los familiares del difunto. Hacerlo así sienta bases para que en un futuro todos los cadáveres pasaran a manos del Estado constituyéndose éstos en una mercancía, dejando de ser un acto altruista y convirtiéndose en un acto mercantil.

La facultad que la ley otorga a los familiares de una persona fallecida, para que dispongan del cadáver, abre la posibilidad para que la donación de órganos deje de ser tal, pues los familiares pueden obtener un lucro al otorgar su consentimiento para que el cuerpo del familiar fallecido sea utilizado en trasplantes, perdiéndose el carácter altruista de la figura, por lo que la donación de órganos debe ser un acto expreso, gratuito, voluntario y altruista que se base en el principio del amor al prójimo.

SEXTA. Si se probó la hipótesis toda vez que si existe un derecho de la personalidad que se refiere a la disposición del cuerpo humano lo que se muestra en los puntos 2.3, 4.1 y 4.3 con lo cual quedo demostrado que la disposición del cuerpo humano sólo le corresponde a su titular por lo cual no puede recaer tal derecho en nadie más, ni siquiera en sus familiares lo cual se demuestra en los puntos 2.3, 3.4, 3.5 y en todo el capítulo cuatro.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO Martínez, Israel. El Cadáver. Evolución Histórica y su Tratamiento por la Sociedad y el Derecho, 1ª ed. Edit. Porrúa, México, 1999.

AZÚA Reyes, Sergio. Teoría General de las Obligaciones, 4ª ed. Edit. Porrúa, México, 2004.

BEJARANO Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles, 5ª ed. Edit. Oxford, México, 1999.

BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales, 34ª ed. Edit. Porrúa, México 2002.

DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, 17ª ed. Edit. Porrúa, México, 1999.

DOMÍNGUEZ García Villalobos, Jorge Alfredo. Algunos Aspectos Jurídicos de los Transplantes de Órganos, 1ª ed. Edit. Porrúa, México, 1996.

DOMÍNGUEZ Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000.

FLORIS Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano, 24 ed. Edit. Esfinge, México, 1999.

GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil, 21ª ed. Edit. Porrúa, México, 2002.

GARCÍA Alonso, Luz. Ética o Filosofía Moral, 1ª ed. Edit. Diana, México 1993.

GARCÍA Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 52ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001.

GODBOUT, Jaques. El Espíritu del Don, 1ª ed. Edit. Siglo XXI, México, 1997.

INSTITUTO de Investigaciones Jurídicas. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Edit. Porrúa-UNAM, México, 2002.

IZQUIERDO Muciño, Martha Elba. Garantías Individuales, 1ª ed. Edit. Oxford, México 2001.

Comisión Nacional de Derechos Humanos. Los Derechos Humanos en México, 1ª ed., México, 2002.

LOZANO Noriega, Francisco. Contratos, 6ª ed. Edit. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 2000.

MARTÍNEZ Alarcón, Javier. Teoría General de las Obligaciones, 2ª ed. Edit. Oxford, México, 2000.

MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones, 7ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000.

QUINTANILLA García, Miguel. Derecho de las Obligaciones, 3ª ed. Edit. Cárdenas, México, 1999.

ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil I, 31ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001.

SAGARNA, Fernando Alfredo, Los Transplantes de Órganos en el Derecho, 1ª ed. Edit. De Palma, Buenos Aires, 1996.

SANCHEZ Bringas, Enrique. Los derechos Humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, 1ª ed. Edit. Porrúa, México, 2001.

SANTIAGO-DELPIN, Eduardo. Trasplantes de Órganos, 2ª ed. Edit. JGH, México, 1999.

SINGER, Peter. Ética Práctica, 2ª ed. Edit. Cambridge, Gran Bretaña, 1995.

ZAMORA y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles, 8ª ed. Edit. Porrúa, México, 2000.

Legislación.

Código Civil del Estado de México, 3ª ed. Edit. ISEF, México, 2004.

Código Civil Federal, 3ª ed. Edit. ISEF, México, 2004.

Ley General de Salud, 5ª ed. Edit. ISEF, México, 2004.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, 5ª ed. Edit. ISEF, México, 2004.

Otras fuentes.

Revista Detrasplantes, Número Especial 2003, Centro Nacional de Trasplantes.