

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"ACATLAN"**

**VALIDEZ JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO OTORGADO POR
EL DISPONENTE SECUNDARIO EN LA EXTRACCIÓN DE
ÓRGANOS, TEJIDOS Y COMPONENTES DEL CADÁVER PARA
SER TRASPLANTADOS**

T E S I S

Que para obtener el Título de
Licenciado en Derecho

Presenta

Miriam Velázquez Mejía

Asesor: Lic. Maria Magdalena Hernández Valencia

Naucalpan, Estado de México
Marzo de 2008



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.

AGRADECIMIENTOS

A la **Universidad Nacional Autónoma de México** y a la **Facultad de Estudios Superiores Acatlán**, por haberme preparado profesionalmente para enfrentar la vida, conciente de las ideologías y valores de la sociedad.

Al **Lic. Jesús Flores Tavares**; por su enseñanza, apoyo incondicional, paciencia, disciplina, y por todo el tiempo invertido en este trabajo. **Para usted maestro, mi más profundo agradecimiento y cariño.**

A la **Lic. Maria Magdalena Hernández Valencia**; por su gran disposición, por su tiempo, por su ética como profesora, y por confiar y apoyar el avance de quienes perseguimos nuestros ideales. Gracias **Maestra**

A los **Sinodales**; por su tiempo, compromiso y apoyo, a quienes pretendemos formar parte del grupo de profesionistas que como ellos, han puesto en alto el nombre de nuestra Universidad Nacional.

A todos mis **Maestros**; por asumir el compromiso de impulsar mi desarrollo profesional, a través de su experiencia, profesionalismo y dedicación. A ellos, **todo mi respeto**

A **Dios**:

Por ser mi inicio y mi fin, y por permitir
mi aprendizaje espiritual y profesional
en este mundo terrenal.

A Mi Madre:

Por la vida, la confianza, la fortaleza;
por sus desvelos, por sus consejos;
por darme fuerza cuando ya no la tenia;
por su comprensión, por su compasión,
por ser para mi, el ser mas maravilloso en este mundo,
por ser una gran madre, y por compartir conmigo,
cada momento de mi vida.

Para ti mi más grande amor, reconocimiento y admiración.

A mi Padre

Por tantos sacrificios, para que yo pudiera lograr mis sueños;
Gracias, por tanto trabajo, esfuerzo y entusiasmo,
por que con nada pago tu fatiga.
Para ti, todo mi amor y respeto.
Este esfuerzo también es tuyo.

Padre eres grande, gracias por tanto.

A mi hermano Ángel Raúl

Por su gran amor incondicional, y
por estar junto a mí, siempre que lo necesito.

A mi Hermana Leticia:

Por tu fortaleza y apoyo,
por tu palabra franca pero llena de amor, y
por todo lo que me has dado.

A Luis Francisco; por ser una hermosa luz en mi camino, por tu alegría, por
tu nobleza, y por tu amor.

A **Fernanda y Luis Ángel**; por ser siempre la maravillosa esperanza que fortalece mi vida y la de toda nuestra familia.

A **Angélica**; por ser una gran amiga, por tu amor, comprensión y apoyo incondicional.

A **Beatriz**; por su amistad incondicional, por los grandes momentos, y por estar siempre cerca de mi.

Al **Lic. Juan Pablo Vega Arriaga**; por su gran capacidad como empresario, y por su apoyo, pero sobre todo, por ser un gran ser humano.

A **Naviera Integral, S.A. de C.V.**; por darme la estabilidad profesional, y el apoyo para cumplir mis sueños.

A **ese alguien** que me dio felicidad algún momento de mi vida; y a todos aquellos amigos y familiares que no mencione, y que de una u otra forma participaron en mi preparación como profesionista.

"Porque somos lo que
imaginamos;
Imaginemos dar vida
después de nuestra
muerte"

En memoria de:

Carlos Gustavo Zarate Santiago:

Amor, desde donde te encuentres serás testigo de este pequeño paso que he dado y con el cual soñamos los dos, se que algunos otros sueños jamás podrán hacerse realidad, sin embargo, estoy segura que te sentirás orgulloso de mi, como yo siempre lo estaré de ti.

Gracias amor, por todo el aprendizaje que dejaste en mi vida; sin ti, muchas cosas no hubieran sido posibles.

Gracias, por tu luz y por enseñarme a amar; hubiera sido maravilloso estar cerca de ti toda la vida; es doloroso muy doloroso no tenerte junto a mi.

Gracias, por estar conmigo durante toda mi etapa en la Universidad, la cual, al vivirla junto a ti, estuvo llena de alegrías y grandes sorpresas.

Jamás dejare de estar tan agradecida con Dios por haber puesto en mi camino a un Ángel, que siempre vivirá en mi corazón, y que por siempre iluminará mi vida.

Siempre tuya.

Miriam

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS
JUSTIFICACIÓN
OBJETIVO
INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

1. LA PERSONA

- 1.1. CONCEPTO DE PERSONA
 - 1.1.1. ETIMOLÓGICO
 - 1.1.2. FILOSÓFICO
 - 1.1.3. ECONÓMICO
 - 1.1.4. JURÍDICO
 - 1.1.5. VULGAR

CAPÍTULO 2

2. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

- 2.1. ANTECEDENTES
- 2.2. CONCEPTO
- 2.3. CLASIFICACIÓN
- 2.4. CARACTERÍSTICAS
- 2.5. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA
 - 2.5.1. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA O CORPORAL
 - 2.5.2. DERECHOS RELACIONADOS CON EL CUERPO HUMANO
 - A) DISPOSICIÓN TOTAL DEL CUERPO
 - B) DISPOSICIÓN DE PARTES DEL CUERPO
 - C) DISPOSICIÓN DE ACCESIONES DEL CUERPO
 - 2.5.3. DERECHOS SOBRE EL CADÁVER
 - A) EL CADÁVER EN SÍ
 - B) PARTES SEPARADAS DEL CADÁVER

CAPÍTULO 3

3. DONACIÓN Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS

- 3.1. ANTECEDENTES
- 3.2. CONCEPTO DEL CONTRATO DE DONACIÓN
- 3.3. CLASES DE DONACIÓN
 - 3.3.1. GRATUITA
 - 3.3.2. ONEROSA
 - 3.3.3. DONACIÓN INTER-VIVOS Y MORTIS CAUSA
- 3.4. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL CONTRATO DE DONACIÓN
- 3.5. OBLIGACIONES DEL DONANTE Y DONATARIO
- 3.6. LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS
- 3.7. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN
- 3.8. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS
- 3.9. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS Y DONACIÓN

CAPITULO 4

3. CONCEPTOS MÉDICOS Y JURÍDICOS EN TORNO A LA DONACIÓN DE ÓRGANOS

- 4.1. ÓRGANO
- 4.2. TÉJIDO
- 4.3. INJERTO
- 4.4. TRASPLANTE
 - 4.4.1. CLASIFICACIÓN DE LOS TRASPLANTES
- 4.5. LA MUERTE
 - 4.5.1. CONCEPTO DE MUERTE EN LA ANTIGÜEDAD
 - 4.5.2. DEFINICIONES MÉDICO-LEGALES DE LA MUERTE
 - 4.5.3. TIPOS DE MUERTE
 - A) MUERTE NATURAL
 - B) MUERTE REAL ABSOLUTA Y COMPLETA
 - C) MUERTE INFUNDADA
 - D) MUERTE APARENTE
 - E) MUERTE RELATIVA
 - F) MUERTE INTERMEDIA
 - G) MUERTE HISTÓRICA Y ANATÓMICA
 - H) MUERTE SOMÁTICA
 - I) MUERTE SÚBITA
 - J) MUERTE VIOLENTA
 - K) MUERTE CLÍNICA
 - L) MUERTE BIOLÓGICA
 - M) MUERTE CEREBRAL
- 4.6. DETERMINACIÓN DE LA MUERTE DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO
- 4.7. DETERMINACIÓN DE LA MUERTE DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO
- 4.8. DOCUMENTOS MÉDICO LEGALES PARA DETERMINAR LA MUERTE
 - 4.8.1. CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN

- 4.8.2. ACTA DE DEFUNCIÓN
- 4.9. CONDICIÓN JURÍDICA DEL CADÁVER
 - 4.9.1. ANTECEDENTES
 - 4.9.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CADÁVER
 - 4.9.3. CONCEPTOS DE CADÁVER
 - 4.9.4. REGULACIÓN JURÍDICA DEL CADÁVER

CAPITULO 5

5. VALIDEZ JURÍDICA DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL DISPONENTE SECUNDARIO EN LA EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y COMPONENTES DEL CADÁVER PARA SER TRASPLANTADOS.

- 5.1. DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO Y SUS PARTES EN EL DERECHO POSITIVO MÉXICANO
- 5.2. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS
- 5.3. DE LA DONACIÓN Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS DE ACUERDO A LA LEY GENERAL DE SALUD
 - 5.3.1. DONACIÓN Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS ENTRE PERSONAS VIVAS.
 - 5.3.2. DONACIÓN Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS PARA DESPUÉS DE LA MUERTE.
- 5.4. LA VALIDEZ DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD
 - 5.4.1. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL DISPONENTE ORIGINARIO
 - 5.4.2. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL DISPONENTE SECUNDARIO

CONCLUSIONES
BIBLIOGRAFIA

JUSTIFICACIÓN

En nuestros días el tema de los trasplantes ha cobrado gran auge, debido a la trascendente función social que desempeñan, ya que gracias a la donación y disposición de órganos, personas que habían sido desahuciadas, tienen la posibilidad de rehabilitarse y reintegrarse a una vida social productiva

En México, no existe una cultura de donación o disposición de órganos, por diferentes razones, una de ellas es porque la ley que regula dicha figura no es clara en muchos aspectos y existen lagunas, una de ellas es en relación con el llamado donante secundario, ya que no se encuentra debidamente regulado, y trae como consecuencia que la donación de órganos de un cadáver se convierta en un negocio. Es necesario establecer la diferencia que existe entre donación y disposición de órganos, y si es legal o no ésta última figura.

MORS TUA, VITA MEA*

Tu muerte, es mi vida

Frossini Vittorio

OBJETIVO

Estudiar la figura de la donación y la disposición de órganos a través de los preceptos legales que las regulan y conocer cual es su analogía o diferencia, asimismo analizar si es jurídicamente valido el consentimiento otorgado por el denominado disponente secundario, en la extracción de órganos, tejidos y componentes provenientes del cadáver, para ser trasplantados.

INTRODUCCIÓN

Los acelerados progresos en el campo de la genética y la medicina, se presentan como una de las grandes revoluciones en el umbral de éste siglo. Los alcances de estos progresos son todavía inimaginables y las situaciones concretas que se presentan en la vida ordinaria, generan cuestionamientos sobre su validez a la luz de los valores universales de la persona humana.

Desde el punto de vista jurídico, es de esperarse que los avances legislativos sean lo suficientemente ágiles para no dejar a la anarquía de las lagunas, situaciones que pudieran comprometer a la persona humana y a su dignidad. El campo del derecho, sin embargo, no debe quedarse exclusivamente en la solución legislativa, debe ir más allá: a la aplicación del sentido común, la búsqueda de lo justo dentro de cada situación concreta surgida de la praxis.

Por ello el tema de los trasplantes de órganos se ha vuelto un asunto muy importante en diversos foros, tanto médicos como jurídicos, esto debido a la gran trascendencia que tiene, por ser el derecho a la vida y a la salud el derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.

La donación de órganos enlaza algunos de los campos más importantes del conocimiento humano como lo son: El derecho, la ética, la filosofía y la ciencia; por lo que en le presente trabajo presentamos un panorama general de la persona como ser humano, desde diversos puntos de vista de los diferentes campos del conocimiento que determinan las características esenciales del mismo, con el fin de ver su trascendencia en cada campo y así velar por sus derechos.

En términos generales existe consenso de la sociedad mexicana sobre la viabilidad de generar cambios que permitan atender de mejor manera y bajo mejores lineamientos jurídicos la salud precaria de quienes requieren un trasplante, sin embargo, como veremos, diversos factores influyen y determinan la posibilidad de llevar a cabo los trasplantes de órganos.

Los avances de la medicina moderna dejaron atrás a los conservadores que no reconocen que el mundo ha sufrido un enorme cambio, y que por ello el tema de los trasplantes es fundamentalmente de carácter médico, pero también jurídico, ya que el derecho no puede detener, así se sustente en el prejuicio de la prudencia o la falta de consenso de la sociedad, el avance científico, sino por el contrario debe regularlo para impulsarlo y fortalecer así la cultura de la donación.

La tradición, creencias ancestrales, religiosas y mucha desinformación hacen del tema de los trasplantes un asunto delicado. Por ello, es oportuno revisar algunos de los artículos de la Ley General de salud, en materia de trasplantes de órganos y tejidos, principalmente a partir de las últimas reformas.

Elementos éticos, científicos, culturales, religiosos, sentimentales y psicológicos, entre otros no dejan de estar presentes en una relación como la que trataremos de exponer; sin embargo, dos elementos esenciales se conjugan del lado de quien cede: el ánimo de trascender y el altruismo.

Todos estos elementos, presentes en el mundo de lo fáctico, han tenido que ser contemplados en el ordenamiento jurídico, considerando que el derecho es un instrumento idóneo para el aseguramiento de valores. Pero ¿Qué valores debe asegurar en este caso el derecho, y que valores debe desechar?, se vuelven otro punto controvertido en los muchos que el tema reviste.

El presente trabajo pretende a través del análisis de la figura del disponente secundario, comprender si es válido el consentimiento que otorgan los

familiares para que se lleven a cabo los trasplantes de órganos y tejidos provenientes del cadáver de quien en vida fue su familiar.

Para ello es fundamental estudiar los llamados derechos de la personalidad, ya que son estos los que nos determinan aquellas facultades que el individuo tiene para gozar de si mismo y de todos aquellos bienes que le pertenecen de manera directa, y que no pueden ser ejercidos por persona distinta.

Otro punto importante, es establecer y comparar el concepto de disposición de órganos con el de derecho civil de donación, conceptos que estudiaremos y comparamos para llegar a determinar sus afinidades y diferencias.

Nuestro tema como hemos dicho enlaza diversas disciplinas del conocimiento humano, pero principalmente al derecho y la medicina, por ello será esencial en el desarrollo de nuestro trabajo, estudiar los conceptos y presupuestos legales y médicos indispensables para su entendimiento.

El presente trabajo tienen como propósito contribuir al proceso de divulgación de los trasplantes, así como incorporar al debate sobre el derecho a la salud algunos elementos que permitan una discusión más informada entre abogados y entre quienes tengan interés en la materia.

CAPITULO 1

1. LA PERSONA

1.1. CONCEPTO DE PERSONA

El concepto de persona tiene una larga historia. Es el producto de una lenta elaboración conceptual en la cual se refleja la historia dogmática y la experiencia jurídica.

Existen diferentes acepciones del significado de persona, ya que ha sido objeto de controversias entre filólogos, filósofos, teólogos y juristas.

Es difícil explicar en que consiste ser persona. Todos los seres humanos participamos de la misma naturaleza, pero ésta se encuentra individualizada en cada uno, dando lugar a un ser irrepetible, en cuyo poder está su propio destino y capacidad para comunicarse con los demás.

1.1.1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO

Determinar la etimología de la palabra persona no es tarea fácil, ya que en las investigaciones filológicas hechas hasta ahora, la palabra es aún bastante oscura. Para algunos filólogos la palabra persona deriva del vocablo griego

prosopon que significa *mascara* o *cara*¹; sin embargo la más probable derivación de la palabra es la que de ella hace Aulo Gelio de *Personare*, que significa sonar mucho, resonar; se designaba con dicho sustantivo a la máscara o careta que usaban los actores en el mundo antiguo, para cubrir su cara y darle resonancia a su voz.

Francisco Ferrara en su obra *Teoría de las Personas Jurídicas* señala al respecto: "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."²

Con el tiempo, el vocablo *Personare* se usó para designar al propio actor enmascarado, es decir al personaje que representaba; así, en el frontispicio de las comedias de Plauto y Terencio se lee la lista de las *personae*. También en el lenguaje teatral se usaban las expresiones *personam gerere, agüere, sustinere*, en el sentido de sostener el drama, de representar a alguno. Ahora bien, éste lenguaje escénico se introdujo bien pronto en la vida social y por un ulterior desarrollo lingüístico pasó luego a denotar la indicación del género cuyo genitivo apositivo forma la especie, y esta indicación genérica no podía ser otra que la de hombre, ya como del actor que en el drama representaba la parte de alguno, también del que en la vida representaba alguna función

De este modo *persona* termina por indicar independientemente al individuo humano, y éste es el significado que se hace más común y persiste hasta hoy.

Es importante señalar que a pesar de que la mayoría de autores coinciden con la derivación anteriormente anotada, existen otros como Pierre Ruffel³ que

¹ Aristóteles, la emplea en sus escritos en el sentido de rostro o cara, y en su obra *De partibus animalium* existe un pasaje en el que Estagirita dice que la parte del cuerpo humano entre la cabeza y el cuello se llama *prosopon* (*cara*). Aristóteles. *De partibus animalium*, 662. b. 17-23

² Ferrara, Francisco. *Teoría de las Personas Jurídicas*. Traducción de Eduardo Ovejero y Maury. Ed. Reus, Madrid. 1960, Pág. 313.

³ Citado por Orgaz, Alfredo. *Derecho Civil Argentino*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, Pág. 9.

señalan que la palabra persona deriva del etrusco *phersu*, ya que en las pinturas de las tumbas etruscas aparece representado en dos ocasiones un personaje con aspecto de demonio que lleva una máscara con barba, y junto a la cabeza de esta figura se lee la palabra *phersu*, que se ha tratado de relacionar con la máscara, no obstante, que aún no se ha comprobado que tal interpretación sea correcta, pero se dice que tal vez la palabra *phersu* pasó al latín con el sufijo que se agrega a la declinación y que significa "máscara".

1.1.2. CONCEPTO FILOSÓFICO

Para la filosofía, persona es la expresión de la esencia del ser humano, del individuo humano. La persona se define no solo por sus especiales características ontológicas, sino también y principalmente por su participación en el reino de los valores éticos, como ser, sobre el cual pesa un deber ser, una misión moral a cumplir por sí mismo, por su propia cuenta y por su propia responsabilidad. Y así, desde tal punto de vista –desde el punto de vista ético– la persona se define como el ser con "dignidad", es decir, es el ser con fines propios que debe realizar por su propia decisión.

La filosofía antigua, y sobre todo la medieval, empleo el concepto de persona para designar al ser racional como individuo consciente, aplicado fundamentalmente al hombre, aunque usaba también con relación a Dios y a los Ángeles. Se definía a la persona como "una sustancia indivisa de naturaleza racional" o como "aquello que es uno por sí", o como "el individuo de naturaleza racional".

Es así, que la persona era considerada como una cosa, que se diferenciaba de las demás, en virtud de concurrir en ella características especiales, como son la individualidad, la racionalidad y el albedrío entre otras. Y es precisamente en la filosofía de Kant y Fichte, que encontramos esta concepción de la persona.

Kant encuentra la definición de persona en los valores éticos, piensa que la persona debe tener un fin propio que cumplir y debe cumplirlo por propia determinación, ya que es un ser que tiene su fin en si mismo, no como los demás seres que sirven como medios para fines ajenos. Para él, la persona solo tiene un valor en si misma, y ese valor es precisamente la "dignidad" que constituye un auto fin.

Fichte, citado por Luis Recasens Siches, sustenta que lo esencial de la persona consiste en ser libertad que propone fines, al apuntar: "yo no soy un ser ya hecho, sino que soy aquel que en mi mismo hago; soy un devenir orientado hacia mi tarea; soy actuación particularizada". "Mi ser es mi querer, es mi libertad; solo en mi determinación moral, soy yo dado a mi mismo como determinado". "somos, efectivamente, no otra cosa que el movimiento vital de una voluntad sujeta y una y otra vez desprendida de la sujeción, esa libertad que el deber expresa objetivándola.

Somos infinitos como esencias que obran, y, sin embargo, finitos al mismo tiempo; somos limitados como individuos, pero, al mismo tiempo, nos encumbramos sobre los límites propios elevándonos libremente en la elección y luego en el acto absoluto de la concentración, en la resolución que establece fines y que de nuevo nos vuelve a vincular a realidades"⁴.

En el pensamiento de Fichte la persona no es otra cosa que la libertad en si misma y para si misma, es decir, la persona se encuentra en constante transformación y evolución gracias a que cuenta con libertad, para ser quien quiera ser y por ende aún no es un ser hecho.

En siglo pasado diversas escuelas filosóficas han tratado de definir el concepto de persona, pero de modo especial en la filosofía de los valores de Max Schler y Nicolai Hartmann. Es en ésta escuela en donde la definición del hombre como persona se ha orientado predominantemente en sentido ético,

⁴ Recasens Siches, Luis. Tratado General del Filosofía del Derecho. Ed. Porrúa, México, 1975, 5° edición, Pág. 247.

es decir, el concepto de persona denota que el hombre es el sujeto de un mundo moral, o dicho con más rigor, de un mundo de valores.

Scheler ha acentuado la radical e irreductible individualidad de la persona. Rechaza que ser persona denote constituir un sujeto de actos racionales, como se pensaba en la antigüedad; ya que considera que ese concepto conduce a olvidar que la persona es una individualidad concreta y singular. Afirma que la persona no es un mero sujeto lógico de actos racionales ni de actos de voluntad, sino que, es la realidad en la cual se verifican todos aquellos actos fenomenológicamente diversos, y expresar que: " La persona no es puro punto de partida vacía de actos, no es una especie de mera conexión o enlace entre ellos, sino que es el ser concreto, sin el cual no podríamos encontrar nada más que esencias abstractas de fenómenos, pero no la esencia planamente adecuada de un acto.

Por ser la persona algo concretamente individual, en cada uno de sus actos, se ve algo propio, singular y característico, subraya Scheler. A cada persona individual corresponde su mundo individual."⁵

Nicolai Hartmann⁶, en cierto aspecto continuador del pensamiento ético de Scheler, establece que la personalidad en el hombre consiste en que este constituye el punto de inserción del "deber ser", en el mundo de la realidad.

La persona según Hartmann, esta constituida por dos dimensiones éticas las cuales se refieren a la relación del sujeto con los valores (el albedrío y la titularidad de los valores éticos); para él, la persona es la inserción del mundo ideal de los valores con el mundo de la realidad, como instancia libre y además como titular de lo ético, y la esencia de la personalidad estriba precisamente en esta situación intermedia, en no reducirse a uno solo de estos mundos, en un participar entre uno y otro, en constituir una unificación de ambos.

⁵ Ídem

⁶ Ídem. Pág. 250.

El maestro Antonio Caso ha contribuido también a la filosofía de la persona bajo la influencia de filósofos Alemanes. En su concepción filosófica la persona lo es, en cuanto precisamente es ella misma y no los demás, para él, ser persona es asumir la suprema manifestación de lo real, la naturaleza tiene un fin: la persona, manifiesta que Dios es persona, natura y cultura se refieren por ende a la significación de una esencia que es la personalidad y la personalidad en su ideología es una individualidad que sabe de sí; ser persona es ser dueño de sí, esto es, ser causa de la propia acción.

Para este filosofo y Jurista: "Hay tres grados del ser: la cosa, el individuo y la persona. Cosa es el ser sin unidad. El individuo es el ser dotado de vida, lo que no puede dividirse. Entre los individuos dotados de vida hay también grados de elevación de la potencia vital: en los confines de los reinos vegetal y animal, la individualidad no demuestra el enérgico relieve que cobra en las formas superiores de las plantas y los animales. El hombre es un organismo animal y por lo tanto un individuo, pero es algo más que esto es una persona. Además de los caracteres de individuo biológico tiene los de unidad y continuidad sustanciales. Solo el hombre desempeña un papel como ser sociable, de aquí la denominación de persona. Solo el hombre concibe el ideal; sólo él es capaz de dedicar sus facultades espirituales al servicio de esas ideas queridas, de esas ideas que la voluntad afirma, es decir de los ideales: El hombre no solo es un ser psíquico, sino también es un ser espiritual."⁷

Caso no coloca al hombre psicológicamente hablando, como el que da origen y sentido a toda la realidad existente, más bien, reivindica al hombre frente a todos los movimientos intelectualistas e inmanentistas al admitir que, el ser, es mucho más amplio que el pensar, intuir o filosofar.

⁷ Ídem. Pág. 254.

En nuestro tiempo son diversos los autores que se ocupan sobre el concepto filosófico de persona; uno de ellos es el español Xavier Zubiri Zubiri, quien artículo toda su obra filosófica en torno a la noción de persona y tiene de ella una honda concepción metafísica.

Zubiri describe a la persona como “realidad en propiedad” queriendo dar a entender que la persona, a diferencia de las cosas, tiene como suyas no sólo sus propiedades sino su propio carácter de realidad. La realidad humana es para él no sólo un simple sistema de notas que “de su yo” la constituyen, sino que es, ante todo y sobre todo, la realidad que le es propia en cuanto realidad, dice que la diferencia radical que separa a la realidad humana de cualquiera otra forma de realidad es justamente el carácter de propiedad de su propia realidad.

“Todas las demás realidades tienen de suyo las propiedades que tienen, pero su realidad no es formal y explícitamente suya. En cambio el hombre es formalmente suyo, es suidad. La suidad no es un acto ni una nota o sistema de notas, sino que es la forma de la realidad humana en cuanto realidad”.⁸

1.1.3. CONCEPTO ECONÓMICO

Para la ciencia de la economía el término persona es sinónimo de hombre, de ser humano.

El hombre para esta disciplina, es solo aquella entidad que produce, administra y distribuye la riqueza para la satisfacción de sus necesidades.

⁸ www.Zubiri.org.

1.1.4. CONCEPTO JURÍDICO

Después de haber analizado el concepto que dan diversas disciplinas de la palabra persona, hemos llegado al estudio de su significado jurídico, y es éste el que más importante resulta para el análisis y desarrollo de nuestra investigación.

La acepción común del vocablo persona, no coincide con su significado jurídico, ya que como veremos mas adelante, para la ciencia jurídica, *los seres humanos son solo una de las especies de personas creadas por el Derecho.*

Es así, que se ha tenido que crear el concepto jurídico de persona y diversos han sido los tratadistas que han aportado una definición; he aquí algunas de ellas.

El maestro Federico Puig Peña, define a la persona como: "... todo ser o entidad susceptible de figurar como término subjetivo en una relación de derecho".⁹

Kelsen establece que el concepto de persona en sentido jurídico no es más que una expresión duplicada del deber jurídico y del derecho subjetivo, concebidos en una forma substancializada. Para este gran tratadista la persona en el Derecho no es una realidad, sino un concepto inmanente al mismo orden jurídico.

Por su parte el ilustre jurista Eduardo García Maynes la define como: "todo ente capaz de tener facultades y deberes."¹⁰

⁹ Puig Peña, Federico. Tratado de derecho Civil Español. Revista de Derecho Privado, Madrid España, 1958. Tomo I, Vol. II, Págs. 111 y 112.

¹⁰ García Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Ed. Porrúa, México 2001. Pág. 271

Sin embargo, como señala el maestro Ignacio Galindo Garfías, esta definición, requiere de una explicación que permita precisar y aclarar lo que con ella quiere decirse y establece; "... el sujeto de la relación de derecho, es un concepto creado puramente por la técnica jurídica, que desde el punto de vista formal, podría ser aplicable al hombre, a un animal o a una cosa inanimada: Y porque jurídicamente existe la posibilidad de que además de las personas físicas o seres humanos, pueden ser sujetos de derechos y obligaciones las llamadas personas morales, a saber, el Estado, las sociedades y asociaciones, las instituciones de asistencia pública y privada, los sindicatos, etc., que no tienen vida ciertamente, pero que por disposición del derecho, adquieren individualidad para realizar ciertos fines particulares de cada uno de los miembros que las componen: Lo cual nos lleva a preguntarnos si el concepto de persona en Derecho es un concepto artificial creado por la norma jurídica o si corresponde a una noción previa que se impone al orden normativo y en este caso, debemos preguntarnos si solo el hombre es persona en derecho, o si existen otros seres que puedan ser personas además de los seres humanos".¹¹

En efecto, como lo señala el maestro, el concepto jurídico de persona, es una noción de la técnica jurídica. La persona humana se convierte en persona en el mundo de lo jurídico en la medida en que las relaciones humanas interesan al derecho. Cabe destacar que al derecho no le interesa toda la actividad que despliega el hombre en su vida, sino únicamente parte de ella, es decir, solo aquellos actos que pueden tener relevancia para hacer derivar de los mismos consecuencias jurídicas, es por ello que para el derecho, la persona es un sujeto de derechos y obligaciones. En nuestro país casi todos los hombres o seres humanos son considerados personas.

El Derecho ha creado un instrumento conceptual que se expresa con la palabra "persona", instrumento creado en función del hombre para realizar en el

¹¹ Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa. México, 2000, Pág. 304.

ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el derecho se ha encargado de proteger, a través de disposiciones jurídicas.¹²

Por nuestra parte podemos decir que persona es un término muy técnico con el cual los estudiosos del derecho se refieren a una entidad de existencia jurídica, susceptible de derechos, deberes y obligaciones.

Resulta importante recordar después de haber analizado el concepto jurídico de persona, que ya se trate de personas físicas o morales, el derecho protege y garantiza solo aquellos fines que estima valiosos, y es precisamente para lograr la protección de esos fines, que construye el concepto de *personalidad*, que es susceptible de aplicar a los dos tipos de personas, para llevar a cabo ciertas finalidades jurídicamente valiosas.

Cabe aclarar que la naturaleza esencialmente distinta del ser humano y de las colectividades de personas o conjuntos de bienes, a quienes el derecho reconoce personalidad jurídica, deberá estudiarse separadamente el momento en que el ser humano adquiere personalidad y el punto de partida de la personalidad de las llamadas personas morales o jurídicas. Es por tal razón que solo estudiaremos a la persona física, ya que la moral no tiene ninguna trascendencia en nuestra investigación.

La personalidad es definida por Federico Puig Peña como: "... la condición que el Derecho exige y confiere para poder tomar parte en el mundo jurídico; es una investidura que actúa de *conditio sine qua non* para proyectar y recibir los efectos jurídicos...".¹³

La personalidad es la aptitud para intervenir en ciertas y determinadas relaciones jurídicas, lo que significa que de acuerdo con las disposiciones legales, la persona puede validamente llegar a ser sujeto de una determinada relación jurídica. La personalidad es un don de la Ley.

¹² Galindo Garfias.- Op. Cit. Pág. 304.

¹³ Puig Peña.- Ob. Cit. Pág. 34.

Es entonces, la personalidad la facultad que le otorga el Derecho a la persona, para participar en las relaciones jurídicas, ya sea en calidad de sujeto activo o pasivo. Así, pues, tener en Derecho personalidad, significa ser sujeto de papeles previstos en la regulación jurídica.

Se ha llegado a confundir el concepto de personalidad con el de capacidad de goce, sine embargo, dichos conceptos no significan lo mismo, pero se relacionan entre sí.

Ignacio Galindo Garfias, distingue claramente a la personalidad de la capacidad de goce, al definir a la primera como: "... una mera posibilidad *abstracta*, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de las relaciones jurídicas que puedan presentarse...el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico." ¹⁴

En tanto que a la capacidad de goce: "... alude a situaciones jurídicas *concretas* (para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio, con determinada persona, para adquirir este o aquel bien mueble o inmueble, etc.) De tal manera que sin mengua de su personalidad, una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado. Si es por ejemplo, mandatario del vendedor". ¹⁵

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que la capacidad de goce se da en atención a los derechos y obligaciones de los que el sujeto pueda ser titular, mientras que la personalidad no es susceptible de graduación o medida.

Es importante mencionar sin entrar en mayor análisis, por no tener relevancia para el tema en estudio, que la personalidad lleva implícitas ciertas cualidades

¹⁴ Ob. Cit. Pág. 307

¹⁵ Ídem.

que le son propias por su misma naturaleza y se denominan atributos de la personalidad. Estos atributos de que goza una persona física son: a) la capacidad; el nombre; b) el domicilio; y c) el estado civil y político. Existen autores que también consideran al patrimonio como un atributo de la personalidad.

Ahora bien, después de conocer lo que es la personalidad jurídica, resulta importante responder a dos interrogantes: ¿Cuándo inicia la personalidad de la persona física? Y ¿En qué momento termina?

Bonnetcase, afirmaba que la personalidad sobrevive a la persona -Física- y que quien ha fallecido sea considerado como sujeto de derecho, sin embargo, esta teoría no es aplicable en el Derecho Positivo Mexicano, ya que de acuerdo con nuestra legislación vigente, la personalidad se inicia con el nacimiento y termina con la muerte, según lo establecido por el artículo 22 del Código Civil Federal que a la letra dice:

“ARTÍCULO 22. 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 “

Contrariamente a lo expresado por el artículo que antecede, se puede decir que el derecho vigente admite una especie de prolongación de la personalidad después de la muerte, al establecer en el Código penal, que se impondrá prisión o multa a quien oculte, destruya, sepulte o mande sepultar un cadáver, un feto o restos humanos y quien exhume un cadáver sin los requisitos exigidos por la ley. Además de contemplar otro tipo de delitos en este mismo sentido.

1.1.5. CONCEPTO VULGAR

En su acepción común o vulgar, el término persona es sinónimo de hombre, individuo de la especie humana y varón o mujer cuyo nombre se ignora o se omite.

Sin embargo, esta acepción no tiene trascendencia para la ciencia jurídica, ya que la historia registra que no siempre se le ha dado la categoría de persona al ser humano; es así, verbigracia, que en el derecho romano el esclavo no era considerado persona y en la guerra el vencedor podía apropiarse tanto de la persona como de los bienes del vencido, así mismo algunos hombres libres que vivían bajo la autoridad del *paterfamilias*, tampoco gozaban de personalidad o tenían una personalidad reducida.¹⁶ Es decir, en el derecho romano no bastaba con ser *homo sapiens* para ser persona.

Es claro que en otras épocas el esclavo dejaba de ser persona, pero seguía siendo hombre, esto es, seguía siendo una realidad natural, pero ya no más persona. Es por ello que podemos decir, que el hombre en su significado vulgar es una realidad natural, pero no es la persona.

En la actualidad persona y hombre son términos sinónimos al hablar en sentido coloquial, en general quien es hombre también es persona.

El derecho mexicano no reconoce la posibilidad, existente en otros sistemas, de que haya seres humanos sin personalidad jurídica. Nuestra Constitución prohíbe la esclavitud en el territorio nacional.

¹⁶ Floris Margadant, S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge, Naucalpan, Estado de México. 2001. Págs. 119, 120 y 121.

CAPITULO 2

2. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

El hombre es depositario de ciertos derechos, bienes y atributos en tanto es ser humano, que permiten su desarrollo psicosomático durante toda su vida, aunque a lo largo del tiempo no ha sido uniforme tal consideración.

2.1. ANTECEDENTES.

La construcción de la teoría de los derechos de la personalidad es relativamente reciente, es como dicen algunos autores una conquista de la ciencia jurídica de finales del siglo pasado.

Es así, que en Roma esta categoría de derechos era desconocida y la protección de la personalidad se daba mediante la "*actio iniuriarum*," que era la acción que se ejercitaba por lesiones al honor y que con el tiempo se

extendió a actos contrarios a la decencia normal que se debía observar en el trato social con los demás.¹ Pero no fue sino hasta el renacimiento cuando apareció la figura de la "*potestas in se ipsum*" o "*ius incorporis*", - "potestad sobre el mismo" o "derecho sobre el cuerpo"-; que es considerada como un antecedente directo de la moderna teoría de los derechos de la personalidad.

Otra construcción de más significación y trascendencia, que traduce los derechos de la personalidad, es la llamada teoría de los derechos *originarios, esenciales, fundamentales, naturales o innatos del hombre*, difundida especialmente por la escuela del derecho natural del siglo XVII que consideraba tales derechos como inherentes al hombre, y que nacen con él, alcanza su máxima enunciación en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, formulada por la Asamblea Constituyente Francesa de 1789. Sin embargo, el positivismo jurídico del siglo XIX, eliminó toda idea de derechos innatos, lo que obligó a los civilistas a enfocar dichos derechos, al derecho privado.

¹ Floris Margadant S., Guillermo. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge. Naucalpan, Estado de México. 2001. Págs. 183, 346 y 441.

En la doctrina europea este tema data de 1909, a partir del artículo que publicó E.H. Perreau; aunque si bien antes de dicha publicación estos derechos solo eran estudiados por la filosofía y el derecho natural.

Para 1952, Castan Tobeñas manifiesta lo siguiente al respecto: "Triste es confesar que los juristas españoles hemos dedicado, en nuestra época, poca atención a la teoría de los derechos esenciales de la persona, tal vez por la complejidad que ofrece la cuestión relativa a los mismos, que hunde sus raíces en la filosofía del derecho y extiende sus ramas por el campo del derecho civil, del penal, del político y del administrativo. Pocas materias hay que precisen tan variadas aportaciones de las diversas disciplinas jurídicas."²

En México, pocos son los juristas que han estudiado el tema de los derechos de la personalidad, y se puede decir que es un tópico relativamente nuevo en nuestra doctrina jurídica.

² Castan Tobeñas, José. Los derechos de la personalidad. Instituto editorial Reus, Madrid, 1952, pág. 63.

2.2. CONCEPTO

El concepto de los derechos de la personalidad no ha sido recibido pasivamente por la doctrina. Las discrepancias existentes, que en algunos casos asumen diversas formas de polémica, es quizá la nota más característica de esta construcción dogmática.

Y precisamente bajo la problemática que entraña la operación lógica de la definición, presentamos los axiomas más destacables que diversos juristas han propuesto a cerca de los derechos de la personalidad.

El tratadista Joaquín Díez Díaz, sostiene que los derechos de la personalidad son: "Aquellos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones psíquicas o físicas de la persona misma".³

A nuestro juicio el concepto proporcionado por el autor es muy concreto, y por tal razón no pone límites a esos

³ Díez Díaz, Joaquín. ¿Derechos de la personalidad ó bienes de la persona? Ed. Reus. Madrid 1963. Pág. 223

derechos, lo que provocaría - de ser adoptada tal acepción-, que se consideraran como derechos de la personalidad situaciones que no tienen repercusiones negativas en la persona.

Por su parte Ferrara citado por Castan Tobeñas, define a los derechos de la personalidad como: "... aquellos derechos que garantizan el goce y el desarrollo de la vida de la persona. Aseguran al ser humano el señorío de su persona y la actuación de su potencial físico espiritual"⁴

De la definición anotada anteriormente podemos destacar que el objeto de los derechos de la personalidad, consiste en garantizar el goce de los bienes fundamentales o esenciales de la vida física y espiritual del hombre.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, siendo uno de los primeros tratadistas mexicanos que estudia esta materia, sostiene que los derechos de la personalidad son: "los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, individualizadas por el ordenamiento jurídico".⁵

⁴ Castan Tobeñas, José. Los derechos de la personalidad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, julio-agosto de 1952.

⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Ed. Porrúa. Sexta Edición. México, 1999. Pág. 696.

No obstante que la definición del Maestro Gutiérrez y González es clara, no deja de ser cuestionada ya que existen diversas teorías en relación a si los derechos de la personalidad deben ser considerados como bienes.⁶

Para Castan Tobeñas estos derechos tienen por objeto "los bienes constituidos por determinados atributos, cualidades físicas o morales del hombre individualizados por el ordenamiento jurídico."⁷

A ésta concepción se le puede objetar que los derechos de la personalidad no recaen sobre atributos o cualidades de la persona, sino sobre sus características esenciales que lo hacen ser hombre y tales derechos tienen por objeto la protección a esos elementos fundamentales o constitutivos de la persona.

A su vez Federico Puig Peña, aporta una definición clara y sucinta de los derechos de la personalidad. Indica que son: "aquellas facultades que el individuo tiene para gozar de si

⁶ Aquí, vale la pena recordar la posición asumida por el diputado URIBE SALAS quien durante la discusión de una de las reformas al artículo 1916 del CCF, manifestó que: "lo más significativo es reconocer que el patrimonio de las personas tiene un importantísimo ámbito moral, que está formado por los derechos de la personalidad, y los derechos de la personalidad, como ya se dijo anteriormente, son variados porque pasan a ser los derechos subjetivos..."

⁷ Castan Tobeñas, José. Op. Cit.

mismo y de todos aquellos bienes que le pertenecen de una manera directa, o más concretamente, los derechos inherentes a una persona en cuanto tal".⁸

Estamos de acuerdo con la definición aportada por el autor, en tanto que el hombre como tal tiene la facultad de gozar de los derechos que le son inherentes y valen por si mismos, independientemente de que se reconozcan o no por el ordenamiento jurídico. Ya que en el derecho existen una serie de axiomas jurídicos (principios que no necesitan demostración) que aunque no se encuentren escritos en la ley son respetados y cumplidos.

2.3. CLASIFICACIÓN

Las clasificaciones que los doctrinarios proponen a los llamados derechos de la personalidad, han sido diversas, no obstante que algunas son limitadas y otras muy extensas, todas coinciden en los principios básicos que protegen y garantizan el bienestar, físico y moral de las personas.

⁸ Puig Peña, Federico. Op. Cit., Pág. 776.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, realiza una clasificación en base a otras propuestas por grandes tratadistas como De Cupis y Gangi; es así que considera que los derechos de la personalidad comprenden tres amplios campos a saber:

A. "PARTE SOCIAL PÚBLICA

- a. Derecho al honor o reputación.
- b. Derecho al título profesional.
- c. Derecho al secreto o a la reserva.

- 1. Epistolar.
- 2. Domiciliario.
- 3. Telefónico.
- 4. Profesional.
- 5. Imagen.
- 6. Testamentario.

- d. Derecho al nombre.
- e. Derecho a la presencia estética.
- f. Derecho de convivencia.
 - 1. Reposo nocturno.
 - 2. Libre tránsito.

3. Acceso al hogar.
4. Limpieza de basura.
5. Ayuda en caso de accidente.
6. Salud por equilibrio ecológico y protección al ambiente.

B. PARTE AFECTIVA

a. Derechos de afección

1. Familiares.
2. De amistad.

C. PARTE FÍSICO SOMÁTICA

- a. Derecho a la vida.
- b. Derecho a la libertad.
- c. Derecho a la integridad física.
- d. Derechos ecológicos.
- e. Derechos relacionados con el cuerpo humano.
 1. Disposición total del cuerpo.
 2. Disposición de partes del cuerpo.
 3. Disposición de accesiones del cuerpo.

f. Derecho sobre el cadáver

1. El cadáver en sí.
2. Partes separadas del cadáver".⁹

2.4. CARACTERÍSTICAS

Ninguna definición ofrecida por la doctrina ha sido tan explícita para reflejar la verdadera naturaleza jurídica de los derechos de la personalidad, sin embargo se les puede identificar por las características especiales que los distinguen de otras categorías de derechos.

Los ilustres juristas Díez Díaz, Borrel y Castán Tobeñas así como otros autores que han estudiado el tema de los derechos de la persona o de la personalidad, coinciden en señalar que lo que caracteriza a estos derechos es que son:

⁹Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit., Pág. 757.

A. Derechos subjetivos

Estos derechos corresponden a los individuos como seres humanos tendiendo a asegurarles el disfrute de su propio ser físico y espiritual o de los productos de éste.

Ahora bien, cabe hacer mención que existen autores que consideran que los derechos de la personalidad no coinciden con la categoría jurídica de los derechos subjetivos, porque señalan que la persona no puede al mismo tiempo ser sujeto y objeto de derechos, facultades y obligaciones.

Sin embargo, pese a dichas opiniones hay quienes afirman que los derechos de la personalidad son verdaderos derechos subjetivos, puesto que el objeto de estos derechos no es el bien en si (la persona), sino el interés que el bien material o inmaterial representa para su titular, por lo cual el derecho lo considera digno de protección.

Ernesto Gutiérrez y Gonzáles es uno de los autores que son partidarios de la segunda teoría, al señalar que: " ...el bien jurídico protegido por esos derechos esenciales, no es

la persona misma (sujeto) sino su dignidad personal (objeto) no tanto en cuanto se relacionan con la persona, sino en tanto son materia de tutela jurídica contra abusos y usurpaciones por otros sujetos. Tales derechos de la personalidad (no la personalidad misma) por una parte quedan objetivados y surgen como "bienes jurídicos" y por lo tanto son la materia de los correspondientes derechos subjetivos".¹⁰

Por nuestra parte consideramos que son derechos subjetivos, en los que coincide el interés del particular, para gozar plenamente de ellos y el interés social expresado en el respeto que los terceros deben observar frente al titular de esos derechos.

B. Derechos Originarios o innatos.

Son derechos que se adquieren por el simple hecho de la concepción, sin necesidad de que concurren determinados medios o requisitos legales de adquisición. Empero no se puede generalizar que todos los derechos de la personalidad sean originarios, ya que algunos, como lo es el derecho de

¹⁰Idem. Pág. 339.

autor, no surgen con el nacimiento de la persona, sino por la realización de ciertos actos.

C. Derechos Absolutos, de exclusión oponibles erga omnes.

Son derechos que el hombre puede ejercer a su arbitrio. Es un deber universal de respeto hacia ellos, aunque en su contenido se encuentran limitados por las exigencias del orden moral y jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común.

Importante es advertir que cuando se habla de derechos absolutos no significa que sean derechos arbitrarios.

D. Derechos Extra patrimoniales

Son llamados extra patrimoniales por considerarse fuera del comercio, esto es sumamente importante ya que todo el tratamiento jurídico privilegiado o de especial amparo que reciben estos derechos se justifica precisamente, por razón de la dignidad de la

persona, que no puede ser objeto de tráfico jurídico, por tanto no son susceptibles de valoración pecuniaria, sin mengua de que la lesión pueda repercutir en el patrimonio de la persona ofendida.

Es significativo hacer notar como lo establece Messineo, citado por Ernesto Gutiérrez y González¹¹ que la lesión a los derechos de la personalidad es un daño no patrimonial, y por lo tanto no es resarcible sino únicamente "compensable".

E. Son derechos Indisponibles
(intransmisibles, irrenunciables)
imprescriptibles e inembargables.

Son no transmisibles, por lo que los parientes consanguíneos y no los demás herederos 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 del derecho de autor, etc.); son imprescriptibles, por lo que no se terminan o extinguen por no usarlos, no son susceptibles de renuncia ya que el hombre no puede

¹¹ Ídem., Pág. 226.

renunciar a su naturaleza ni a los derechos que se derivan directamente de ella, ni extinguir sus derechos ni transmitirlos a otros, y finalmente no son pignorables ni susceptibles de ejecución forzosa

2.5. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

En la legislación mexicana existen escasas disposiciones jurídicas que regulen concretamente la protección de los derechos de la personalidad.

La tutela jurídica de algunos de estos derechos se alcanza a nivel constitucional a través de la figura de las Garantías Individuales, sin embargo, ahí no se proporciona el concepto que de los mismos debe tenerse, además de que los derechos de la personalidad que aparecen, son solo los derechos que tiene el gobernado frente al gobernante, pero no frente a terceras personas.

En el ámbito penal se encuentran ampliamente regulados, pero solo cuando son violados. En el Código Civil Federal

podemos decir que su regulación se limita a lo que establece el artículo 1916, 1916 Bis y 2116 que contiene escuetamente algunos de los derechos de la personalidad, ya que el daño moral se encuentra íntimamente ligado con esta clase de derechos.

2.5.1. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA O CORPORAL

Además de la vida en si misma, la ley protege también la integridad física de las personas, contra actos ilícitos.

El derecho a la integridad física o corporal es la facultad que tiene todo individuo a que se respete la probidad de su cuerpo; este derecho, no es absoluto, pues como el caso de otros derechos de la personalidad, se puede dar el caso de que en beneficio de la colectividad y a veces del individuo mismo, se reciba alguna intromisión en su cuerpo, misma que deberá estar basada en un interés legítimo a favor de la sociedad; tal es el caso, por ejemplo, de las limitaciones que por ley se establecen respecto a éste derecho, como son la obligación de vacunar a los infantes a fin de crearles anticuerpos para prevenir enfermedades, hecho que pudiera pensarse lesiona, aunque en forma

mínima ésta integridad corporal al introducir en el cuerpo una aguja a fin de proporcionar la inyección, aunque no es así, sino que vulnera la integridad física, mismo caso de la vacuna para el efecto de viajar a otros países que puedan importar riesgo de contraer alguna enfermedad, otro ejemplo se da con las intervenciones quirúrgicas en caso de emergencia, donde habrá veces que para salvarle la vida a alguien, será necesario mutilar alguna parte del cuerpo. Estas conductas citadas a manera de ejemplo, no son en ningún momento violatorias del derecho que nos ocupa, pues si bien es cierto que reciente un ataque, es con el objeto de salvaguardar un bien mayor, en éste caso el derecho a la vida.

Éste derecho encuentra su protección máxima al establecerse como Garantía Individual dentro del artículo 22 párrafo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el derecho penal existe regulación expresa al respecto, contemplada en el título Décimo Noveno del Libro Segundo, denominado "Delitos contra la vida y la integridad corporal".

2.5.2. DERECHOS RELACIONADOS CON EL CUERPO HUMANO

Se entienden estos derechos como aquellos que tiene la persona para disponer de su cuerpo o del de otras personas, ya sea para celebrar contratos, ofrecerlo con fines científicos, o bien para disponer de el tratando de realizar algún acto heroico en beneficio de la colectividad, pero siempre dentro de los límites que establece la ley.

Durante mucho tiempo se ha discutido y ha estado presente la interrogante: ¿Existe el derecho sobre el cuerpo humano?.

Diversos juristas se han referido a este tema tratando de responder a tal interrogante, es el caso de Francisco Ferrara que es citado por Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos, y que estima al respecto:

“Las facultades de disposición del cuerpo humano constituyen la exteriorización de una actividad lícita, no el ejercicio de un derecho”.¹²

Sin embargo, contrario a lo que opina Ferrara, en México el maestro Ernesto Gutiérrez y González acepta que tenemos un verdadero derecho sobre nuestro propio cuerpo, pero no determina su naturaleza jurídica.

Así las cosas, podemos indicar que los criterios valorativos que toman en consideración los doctrinarios para definir si existe un verdadero derecho sobre el cuerpo humano son muy variados y aún no se llega a un consenso; sin embargo, si se trata de atribuir una naturaleza jurídica pensando como los juristas clásicos, se tendrá que llegar a una conclusión negativa y considerar que el cuerpo humano no es ni puede ser objeto de derechos, pero si se razona con criterio moderno tomando en cuenta que el derecho evoluciona constantemente regulando aspectos que en otra época no se hubiesen concebido como objetos de regulación jurídica, se tiene que reconocer y aceptar que los derechos de la personalidad y en especial los derechos relacionados con el cuerpo humano existen,

¹²Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Ed. Porrúa. Octava Edición. México, 2000. Pág.

independientemente de la naturaleza jurídica que se les quiera atribuir.

Es importante resaltar lo que indica al respecto Ramón Badenes Gasset, citado por Ernesto Gutiérrez y González, “ A nuestro juicio, cualquiera que sea la opinión que en pura doctrina se acepte, lo que no cabe duda es que el cuerpo humano es materia que afecta la contratación, en los casos de donación de sangre, tratamientos quirúrgicos, entre otros.

Ahora bien, forzoso es reconocer que estas facultades o derechos deben ejercitarse de modo adecuado al objeto sobre el que recaen”.¹³

A. DISPOSICIÓN TOTAL DEL CUERPO

La Legislación Civil italiana ha dado una solución que es invocada por los tratadistas para explicar los alcances del llamado derecho a la disposición del propio cuerpo. Esta disposición es considerada como la norma más avanzada y más moderna en la materia.¹⁴

¹³ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 973.

¹⁴ Gordillo Cañas, Antonio. Trasplantes de órganos: “pietas” familia y solidaridad humana. Madrid, Cuadernos Civitas, Pág. 44.

En la legislación italiana se establece: “Los actos o disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma, a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”.

La persona puede disponer íntegramente de su cuerpo, si es que esa disposición se estima lícita y no es contraria a la ley o a las buenas costumbres. Así por ejemplo, cuando el ser humano dispone de su cuerpo para fines científicos. Otra forma de disposición del cuerpo es tratándose de actos heroicos, es decir cuando la disposición obedece a una conducta para lograr un fin útil para la colectividad.

Es preciso decir que no existe un derecho a disponer del cuerpo para destruirlo sin beneficio colectivo, por lo tanto no existe el derecho al suicidio. Aunque cualquier legislación sobre el suicidio es inconsistente, puesto que desde el punto de vista penal, si se considerara como delito resultaría impune. La causa de impunidad del suicidio, escribe Francisco González de la Vega, es el suicidio mismo.¹⁵

¹⁵ González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, los delitos. Ed. Porrúa. México. 1966. Pág. 84.

B. DISPOSICIÓN DE PARTES DEL CUERPO.

Tal y como lo menciona el maestro Gutiérrez y González éste tema es el que mayor actualidad ha cobrado en los últimos tiempos debido a los avances científicos que día a día están aportando cosas nuevas a la medicina y por lo tanto, hacen posible intervenciones quirúrgicas de "implantación de órganos", en donde la persona ejerce su derecho a disponer sobre partes de su cuerpo, ya sea en vida o para después de su muerte.

Valga señalar nuevamente que durante la vida de la persona, ni su cuerpo ni tampoco sus partes separadas, pueden ser considerados cosas en sentido jurídico, ni se encuentran dentro del comercio de los hombres como materia propia de contratación. Es ilícito todo negocio jurídico que tenga por objeto partes del cuerpo humano, a título oneroso y con fines egoístas.

En la actualidad en México se permite donar algunas partes del cuerpo, siempre y cuando no sea un órgano vital que ponga en peligro la vida de la persona y bajo ciertas condiciones de las cuales hablaremos en diverso capítulo.

C. DISPOSICIÓN DE ACCESIONES DEL CUERPO

Este derecho, además de ser polémico y hasta cierto punto cómico, es el que se refiere a la facultad que tiene la persona para disponer de sus prótesis o accesiones que han pasado a ser parte de su cuerpo.

El cuerpo humano se ha visto beneficiado con la evolución en las técnicas para producir aparatos que vienen a suplir partes del cuerpo que se han perdido o de las cuales se carece. Así, hoy en día se pueden sustituir gran número de piezas anatómicas como manos, brazos, piernas, ojos y válvulas cardiacas, entre otras.

No debemos olvidar que algunas prótesis tiene costos muy altos y no cualquier persona puede tener acceso a ellas. Razón por la cual la persona debe tomar en cuenta sus

aciones para disponer de ellas como si se tratara de verdaderas partes de su cuerpo.

2.5.3. DERECHOS SOBRE EL CADÁVER

Dentro del estudio de los derechos de la personalidad, se anota como parte de ellos el derecho sobre el cadáver, a pesar de que hay quienes afirman que este tema tiene solo una conexión indirecta con los demás derechos de la personalidad, ya que como habíamos estudiado en el primer capítulo de este trabajo, la personalidad se extingue con la muerte y por ende el cadáver ya no puede tener derechos, además de que tampoco se puede tener derecho sobre lo que aún no se es.

No obstante lo anterior, el derecho que se tiene sobre el cadáver para disponer de él es considerado como parte de los derechos de la personalidad en razón de que la protección que se otorga a la persona se prolonga en cierta forma sobre sus restos mortales.

Es así que el maestro Gutiérrez y González refuerza la reflexión anterior al señalar que: “En realidad lo que se trata con este derecho es de proteger el sentimiento o proyección psíquica del individuo sobre lo que habrá de ser su ahora cuerpo, después de que sobrevenga la muerte, pues siempre se ha tenido un respeto místico, una veneración al cadáver”.¹⁶

Así también, la naturaleza jurídica del cadáver ha dado lugar a pareceres encontrados ya que para ciertos autores el cadáver es un residuo de la personalidad, mientras que otros –la mayoría- consideran que con la muerte se extingue la personalidad y el cadáver es una cosa, bajo la protección del orden jurídico, impuesta por razones de carácter ético, religioso y sanitario.

Diez Díaz es claro al expresar su juicio sobre este tema señalando que: “El cadáver no es parte integrante del hombre, sencillamente porque el hombre respectivo hubo de morir. El correspondiente sujeto jurídico ya no existe, y su cuerpo muerto, en rigurosidad, no es más que el recuerdo de los restos, de aquella extinguida personalidad. El cadáver ha devenido en ente distinto, se ha convertido

¹⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 1003.

en un objeto material; aunque quizá no merezca la simple consideración de cosa.”¹⁷

Por nuestra parte coincidimos con los autores que califican al cadáver como cosa, ya que jurídicamente no puede dársele otra denominación. El cadáver ya no es, en el sentido verdadero de la palabra un sujeto de derecho.

A. EL CADÁVER EN SÍ

Etimológicamente, el cadáver, del latín *cadáver eris*, es todo ser orgánico privado de vida, y en particular los cuerpos muertos de los seres del reino animal. Cadáver humano, es pues el cuerpo del hombre muerto.¹⁸

Desde siempre, el hombre ha visto en los cadáveres la manifestación más cercana del misterio de la muerte. Por ello existe una natural inclinación humana a darle consideración especial a los cadáveres, y hasta a considerar como actos delictivos los relativos a su profanación.

¹⁷ Díaz Diez, Joaquín. Op. Cit. Pág. 372.

¹⁸ De Cassochevera, Diccionario de Derecho Privado. Barcelona. 1950. Pág. 724.

Rene González de la Vega hace una interesante reflexión jurídica que muestra como los cadáveres quedan fuera del mundo mágico e inasible de las tradiciones religiosas. Al comentar uno de los artículos del Código Penal, sobre delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones, señala que para que pueda darse el delito de profanación de cadáveres o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, obscenidad o brutalidad, es indispensable que exista el *animus injuriandi*.¹⁹

La Ley General de Salud, permite disponer del cadáver, con fines terapéuticos, de enseñanza o de investigación. La disposición la puede realizar la persona (disponente originario), sus familiares (disponentes secundarios) y el Estado.

B. PARTES SEPARADAS DEL CADÁVER

Es notable la evolución en el estudio y practica del aprovechamiento del cadáver desde el siglo XX hasta nuestros días y en especial de ciertas partes del mismo que pueden servir para implantarlas al igual que las partes del cuerpo de las personas.

¹⁹ González de la Vega, Rene. Comentarios al Código Penal. Cárdenas Editor. México. 1975. Pág. 390.

El tratadista Joaquín Díaz Diez, señala sobre este particular que: "...las circunstancias se imponen y los adelantos de la técnica y más concretamente los insospechados progresos de la cirugía en materia de injertos y trasplantes, han determinado la efectiva convivencia de la utilización del cuerpo humano post mortem, en vista de los espectaculares éxitos alcanzados. El cadáver representa toda una serie de nuevas oportunidades que se abren en beneficio de los que aún siguen viviendo, erigiéndose en base de toda una base de toda una terapéutica póstuma. Las diversas aplicaciones del cadáver tornan, cada vez, más variadas e importantes: trasplantes de córneas, injertos óseos, traslación de tejidos, suministros de sangre, etc., podría decirse que atravesamos, dentro de una desenfrenada carrera científica, la fase cadavérica."²⁰

La disposición o donación de las partes separadas del cadáver, también es permitida por la Ley General de Salud, según lo dispuesto en el Título Décimo Cuarto denominado "Donación, Trasplantes, y Perdida de la Vida".

²⁰ Díaz Diez, Joaquín. Op. Cit. Pág. 325.

CAPITULO 3

3. DONACIÓN Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS

3.1. ANTECEDENTES

Históricamente la donación tuvo que nacer bajo el régimen de la propiedad individual, porque como afirma José Kholer; "respecto a la transmisión hereditaria durante el régimen de propiedad colectiva, no se reconoce en el individuo propiedad especial sobre el conjunto de bienes que constituyen el patrimonio de la familia o el patrimonio del grupo... se necesita una evolución en la individualización de la propiedad para que llegue a existir la posibilidad jurídica de la transmisión hereditaria..."¹

En el derecho primitivo, la palabra *donatio* involucraba la idea de que ha habido *dación* de la cosa, es decir, traslación de la propiedad. La ley romana no reconocía otro tipo de donación. No era un contrato, ni una obligación entre partes, sino un hecho realizado y consumado, la *dación* o traslación de la propiedad se efectuaba en la misma forma y modo que en todos los demás casos, pero existía un motivo particular, consistente en la *liberalidad*. Pero el uso y después las constituciones imperiales, reconocieron como obligatorias las promesas de donación hechas por escrito y sin estipulación, y desde entonces la donación entró en el número de los pactos que, aunque

¹Sumario, "El foro", Órgano de la Barra Mexicana de Abogados. México, 1946. Tomo III, 2 Época. Págs. 28.

no obligatorios en su origen, lo llegaron a ser posteriormente, por una excepción hecha al derecho estricto.

Propiniano definía la donación, de la siguiente manera "donari vidatur quod nullo jure cogente conced", (Hay donación cuando se da lo que no puede uno ser forzado a conceder). Esta definición nos muestra claramente el espíritu de liberalidad, que más tarde se fijó con gran precisión al decir que: "La donación es el acto por el cual una persona, el donante, se empobrece con un fin de liberalidad, de una fracción de su patrimonio, en provecho de otra persona, el donatario, que se enriquece..."²

Las leyes romanas permitieron la donación de todos los bienes presentes, y desde Justiniano se consintió también la de los bienes futuros, pues solo desde entonces pudo la voluntad sola. La Ley de Partidas, limitó ese espíritu de amplia liberalidad, exceptuando al donante del cumplimiento de la donación cuando lo donado fuere lo único que tuviere para sobrevivir.

En la evolución del derecho romano, pueden considerarse principalmente dos aspectos de la donación:

Primitivamente, consistía en una transmisión de propiedad gratuitamente, - dono datio- y

- 1) En el derecho clásico se amplió y modificó el concepto al definirla como "una liberalidad irrevocable por la cual una persona, el donante se despoja voluntariamente de una cosa o de una ventaja apreciable en dinero, en provecho de otra persona, el donatario..."

² Ídem. Pág. 29.

Dentro del Derecho Español antiguo la donación "..., es el traspaso gracioso que uno hace al otro del dominio que tiene en alguna cosa..."; definición clara pero incompleta puesto que no afirma el carácter contractual de la donación.

En la doctrina, el jurista hispano Julián Pastor, nos dice que la donación es un acto por el que se trasfiere o se conviene en transferir, espontánea gratuita y definitivamente cosas o derechos a otra persona, que acepta por su parte, definición que, al igual que la del Código Hispano, se equivoca al hablar de un acto, puesto que la donación es un contrato.

Cabe mencionar que el error de llamar a la donación acto y no contrato proviene del derecho francés, ya que el proyecto de Código sometido al Consejo de Estado, se referían a la donación llamándola "contrato"; fue el primer Cónsul (Napoleón Bonaparte), quien demandó el cambio, bajo el pretexto de que un contrato impone obligaciones en una y en otra parte, mientras que en la donación solo había obligaciones en el donante.³

Es fácil notar que Napoleón confundió el acto jurídico unilateral con el contrato unilateral, ya que el primero se forma con una sola voluntad, y el segundo mediante un acuerdo de dos o más voluntades pero creando obligaciones solo respecto a una de las partes. Con esta confusión quedó en vigor el artículo 894, del Código de Napoleón que a la letra dice: "La donación es el acto por el cual, el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada, a favor del donatario, que la acepta..."

En el Derecho italiano ha habido una corriente, que se remota a Puchta y a Savigny, que considera a la donación como una causa de adquisición y por lo tanto se le clasifica en la parte general de la teoría de las obligaciones.

En la actualidad se ha admitido, en la doctrina italiana que la donación es el contrato típico de liberalidad, y el artículo 1050 de su Código Civil, la definía como: "un acto de espontánea liberalidad mediante el cual el donante se

³ Rojina Villegas, Rafael. Derecho civil Mexicano. Tomo VI. Contratos. 8 Edición. Ed. Porrúa. México, 2001. Pág. 431.

despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada, a favor del donatario que la acepta.”

Mientras que en el Código Civil del Imperio Alemán (1896), se describía a la donación, (artículo 2332) como “un contrato por el que una persona transfiere a otra gratuitamente, una parte de la totalidad de sus bienes presentes.

3.2. CONCEPTO DEL CONTRATO DE DONACIÓN.

A fin de comprender mejor el tema indicaremos brevemente lo que deberá entenderse por Donante y Donatario; de acuerdo a la definición del Diccionario Jurídico de Rafael de Pina Vara; “Donante, persona que hace la donación y Donatario, persona favorecida con la donación.”⁴

La noción del concepto de donación, en la vida común es simple e intuitiva, ya que sin necesidad de una exposición rigurosa ni de una orientación jurídica, sabemos que es hacer y recibir una donación.

Sin embargo, el concepto jurídico no es tan simple, requiere de un estudio profundo y minucioso el cual debe analizarse a la luz de la dogmática moderna.

A continuación conoceremos algunas definiciones aportadas por teóricos civilistas.

Para el ilustre maestro Ramón Sánchez Medal la donación es : “Contrato por el que una persona, llamada donante, trasmite gratuitamente parte de sus bienes presentes a otra persona, llamada donatario, debiendo reservarse para sí bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones.”⁵

⁴ De Pina Vara, Rafael, Diccionario Jurídico de Derecho. Ed. Porrúa, 11º Edición, México 1983. Págs. 242 y 243.

⁵ Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, Teoría General del Contrato. Contratos en especial, Registro Público de la Propiedad. Ed. Porrúa. 17 Edición. México, 1999. Pág. 201.

De la definición propuesta por el autor, puede apreciarse que es un contrato traslativo de dominio y gratuito, sin embargo, no menciona nada a cerca de la forma en la que debe perfeccionarse el consentimiento.

Por su parte Miguel Ángel Zamora y Valencia, aporta la siguiente definición: "El contrato de donación es aquel por virtud del cual una persona llamada donante se obliga a entregar gratuitamente a la otra llamada donatario, una parte o la totalidad de sus bienes presentes, debiéndose reservar lo necesario para vivir según sus circunstancias y se produce el efecto traslativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato."

La definición que da este autor es completa y coincide con lo que establece nuestro Código Civil Federal Vigente, sin embargo pudiera adecuarse a lo previsto por el artículo 2333 que precisa: "la donación no puede comprender los bienes futuros." Sin embargo, esta será una excepción a la regla estipulada en el artículo 1826 del mismo ordenamiento, conforme a la cual "las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato..."⁶

El Código Civil Federal vigente en su artículo 2332 define a la donación como: "... un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes."

Como hemos visto el Código de la materia ha definido a la donación, sin embargo, consideramos que para lograr una mejor definición deberían apreciarse las disposiciones de los artículos 2333, citado anteriormente, 2340 el cual establece que: "La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador", y lo preceptuado por el artículo 2347 que expresa: "Es nula la donación que comprende la totalidad de los

⁶ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Ed. Porrúa. 8 Edición. México, 2000. Pág. 139.

bienes del donante, si este no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias.”

Así tendríamos que la donación es un contrato en virtud del cual una persona (donante) transfiere gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes y no futuros, a favor de otra persona (donatario), que la acepta.

Por otra parte y tomando en consideración la definición aportada por el Código Civil Federal, la donación presenta las siguientes características:

1. Es un contrato traslativo de dominio; más la transmisión no es fundamental que se realice en el momento de la celebración y perfeccionamiento del contrato.
2. Es un contrato que implica siempre una liberalidad; liberalidad que realiza el donante al empobrecerse mientras el donatario se enriquece; es decir se disminuye el patrimonio del donante y aumenta el del donatario.

Ruggiero citado por José Castan Tobeñas opina sobre el particular que: “En el sentido más técnico, se define a la donación como el acto por el cual una persona, con animo de liberalidad, se empobrece en una fracción de su patrimonio, en provecho de otra persona que se enriquece con ella (Girard). Según este punto de vista son elementos esenciales de la donación: 1°. El empobrecimiento del donante. 2°. El enriquecimiento del donatario. 3°. La intención de hacer una liberalidad (animus donandi). De aquí que no pueda llamarse donación -como observa Ruggiero- la constitución de un derecho real para fines de garantía, el prestar fianza, el renunciar a una herencia, el dejar transcurrir a favor del deudor los términos para la prescripción extintiva de un crédito o a favor del poseedor los términos para la usucapión de un fundo. En cambio, mediando las indicadas condiciones, se estima que el acto es donación, sea cualquiera el procedimiento por el que ésta se realice, ya sea

hecha por una translación de propiedad, por una constitución o extinción de servidumbre, por una formación de obligación...”⁷

Cabe aclarar que no toda liberalidad es una donación, ya que toda donación es una liberalidad, pero no toda liberalidad es una donación.

3. Es por esencia un contrato gratuito; porque los provechos son solo para el donatario y los gravámenes para el donante.
4. Es un contrato en el que pueden donarse una parte o la totalidad de los bienes del donante; no obstante de estar así señalado y regulado por la ley, existe la salvedad de que deberá reservarse el donatario lo necesario para vivir. La donación es el único contrato en el que puede darse el supuesto indicado.
5. El objeto del contrato debe recaer sobre bienes o derechos presentes; los bienes futuros no pueden ser objeto de donación. Todo bien donado debe ser presente (Artículo 2332).

3.3. CLASES DE DONACIÓN.

El artículo 2334 del Código Civil Federal distingue varias clases o tipos de donaciones a saber; como son: la pura o simple, la condicional, la onerosa y las donaciones remuneratorias.

Donaciones puras o simples.- Se considera que toda donación que no pertenezca a una clase especial, es por exclusión una donación pura.

⁷ Castan Tobeñas, José. Derecho Civil Español común y foral. 5 Edición. Tomo tercero. Madrid, 1941, Págs. 95 y 96.

Donaciones condicionales.- Son aquellas en las que la obligación del donante de realizar el efecto traslativo de dominio, depende de la realización de un hecho que las partes prevén incierto y que no depende de su voluntad el que se realice o no. También son donaciones condicionales aquellas que dependen de la realización de un hecho determinado, que también se prevé incierto y que no depende de la voluntad de las partes.

Donaciones onerosas.- En este tipo de donaciones se impone al donatario una carga consistente en un dar una cosa, o en un hacer o no hacer un hecho. El artículo 2336 indica que son las que se hacen imponiendo al donatario algunos gravámenes.

Donaciones remuneratorias.- Son las que el donante hace en atención a determinados servicios prestados por el donatario, que no tenía obligación de remunerar. Este tipo de donaciones tienen una particularidad, ya que no puede revocarse por sobrevenir hijos al donante ni por ingratitud.

El contrato de donación se clasifica como principal en oposición a accesorio, pues no requiere para su existencia de otro contrato; unilateral, ya que sólo se generan obligaciones para el donante; formal o consensual, instantáneo o de tracto sucesivo y por esencia gratuito, pues los beneficios son exclusivamente para el donatario.

Al ser la donación un contrato al que se le clasifica como gratuito, podría pensarse que es inconsecuente, que exista una clase de donación onerosa y puede haber confusiones; es por ello que analizaremos la donación gratuita y la onerosa mas ampliamente.

3.3.1. GRATUITA

El Contrato que nos ocupa es por esencia gratuito y aún cuando llama la doctrina donación onerosa a aquella en la que el donante impone determinados gravámenes o deudas al donatario, se reputa que hay donación en la diferencia existente entre el valor del bien donado y el monto de las cargas.

El autor Jorge Alfredo Domínguez Martínez se refiere de la siguiente manera a la gratuidad del contrato en estudio: " Que la transmisión de propiedad de la donación sea a título gratuito, pone de relieve dos aspectos a propósito del contrato. En primer término, se trata ciertamente de un contrato gratuito en oposición a oneroso con las consecuencias inherentes a ello señaladas en la parte general. Solo agregamos que en todo caso, la donación trae consigo un empobrecimiento para el donante en la medida que el donatario se enriquece. En segundo lugar, si bien no puede considerarse como una regla general en ese sentido, en el caso no hay obligación principal alguna a cargo del donatario y en consecuencia se trata al mismo tiempo de un contrato unilateral."⁸

3.3.2. ONEROSA

No obstante que ya ha quedado definida la donación onerosa, es importante hacer nuevamente referencia a ella para precisar algunos aspectos.

La donación onerosa se da cuando se imponen determinados gravámenes o deudas al donatario. Esta donación se entiende como acto a título gratuito por el remanente que exista entre el valor de la cosa donada y las cargas o gravámenes impuestos, el donatario nunca responde de esas cargas con sus bienes personales, esta donación siempre se hará a beneficio de inventario,

⁸Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit., Pág. 342.

pudiendo el donatario liberarse de las cargas o gravámenes impuestos, abandonando el bien donado.

El tratadista José Castán Tobeñas citado por Rafael Rojina Villegas apunta en relación a esta clase de donaciones lo siguiente: "Se dividen las donaciones en puras, condicionales y onerosas. El Código se refiere a estas últimas al decir que son también donaciones aquellas en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado (art. 619) y que las donaciones por causa onerosa se rigen por las reglas de los contratos (art.622). Pero esta última disposición hay que entender que será sólo aplicable a las donaciones impropias que impongan un gravamen equivalente al valor de lo donado; pues, en las otras es natural que al excedente de la donación sobre el gravamen se le apliquen las reglas de la donación.

En la donación onerosa de que trata el Código Civil están comprendidas las dos modalidades que la doctrina Alemana, y entre nosotros Pérez González y Alguer, llaman donación mixta y donación modal: Donaciones mixtas son las que a la vez contienen un negocio oneroso (por ejemplo, la venta de un objeto por bajo de su valor, hecha con carácter de semidonación, la llamada compraventa amistosa). Donaciones modales son aquellas en las que se impone al donatario el cumplimiento de una prestación.

A diferencia de las donaciones comunes, en las que el donante no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, en las donaciones onerosas el donante responde de la evicción hasta la concurrencia del gravamen (artículo 638)."⁹

⁹ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit., Pág. 449.

Para Jorge Alfredo Domínguez Martínez¹⁰ la donación onerosa es una combinación concurrente de una donación y una compraventa, ya que afirma que el monto de los gravámenes impuestos al donatario hacen que al pagarlos esté, se considere dicho pago como un precio.

3.3.3. DONACIÓN INTER- VIVOS Y MORTIS CAUSA

La consideración de las donaciones entre vivos *o inter-vivos y mortis causa*, surge de tener en cuenta el momento en que la donación surtirá sus efectos.

Las donaciones *inter-vivos*, son aquellas que van a surtir sus efectos durante la vida del donante, pudiendo depender de un término o de una condición. En el caso de que éste muera antes del término o condición, la donación no se llevará a cabo, ya que la intención de las partes fue la de no subordinar los efectos del contrato a su muerte.

En la donación *mortis causa*, se trata de un contrato sujeto a un término de fecha o día incierto, pero forzoso, como es la muerte del donante. Este tipo de donaciones son esencialmente revocables y se sujetan a las reglas de los Legados.

Sin embargo, el código Civil Federal vigente en su artículo 2338 señala: "Las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos y no pueden revocarse sino en los casos declarados en la ley."

Por lo tanto en nuestro sistema jurídico ha quedado proscrita la donación por causa de muerte. El artículo 2339 fortalece el artículo anterior al expresar: "

¹⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit., Pág. 360.

Las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por las disposiciones relativas al Libro Tercero...”

En el mismo sentido que el Código Civil Federal, se pronuncia el profesor Ramón Sánchez Medal, al manifestar que “la donación por muerte es el legado”¹¹; y el legado, según Antonio de Ibarrola tiene dos acepciones: el acto de transmisión a título particular de una cosa o de un derecho, y el objeto mismo transmitido.¹²

Biondo Biondi refiere: “La analogía funcional entre donación mortis causa y legado se manifiesta en relación al legado pervindicationem.”¹³

Recapitulando puntos de vista, podemos decir que la donación se encuentra regulada, en el Código Civil Federal, como un contrato traslativo de dominio, que funciona como título para la transmisión de la propiedad, es decir bienes patrimoniales del donante cuantificables y que están en el comercio, para su perfección requiere de la aceptación del donatario, así como de cierta forma legal, y que la donación en principio es irrevocable, aunque puede serlo por disposición de la ley.

En este sentido tenemos que esta figura se regula con cierto paralelismo con relación al Derecho Romano clásico, ya que también la regulación jurídica mexicana alude solamente a las donaciones entre vivos.

3.4. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL CONTRATO DE DONACIÓN

¹¹ Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit., Pág. 206.

¹² Ibarrola Antonio de. Cosas y Sucesiones. Ed. Porrúa. 7 Edición. México, 1994.

¹³ Biondo Biondi, Traducción Manuel Fairen. Sucesión Testamentaria y Donación, Editorial Bosch. 2º Edición. Barcelona España, Pág. 316.

En el contrato de donación encontramos una serie de disposiciones que no siguen las reglas generales de los contratos, y que constituyen excepciones y características propias de aquellas, es así que como dice el Maestro Rojina Villegas citado por Ricardo Treviño García: “parece que este contrato se reglamenta haciendo excepciones a las reglas generales.”¹⁴ Entre sus particularidades podemos señalar las siguientes:

- a) “El consentimiento se forma hasta el momento en que el donatario hace saber su aceptación al donante. Se sigue el sistema de la información, y no el de la recepción que se aplica a los demás contratos.
- b) Es el único contrato por el cual se puede transmitir una parte alícuota del patrimonio presente, constituido por activo y pasivo.
- c) No puede recaer sobre bienes futuros.
- d) La capacidad para recibir donaciones se adquiere por el hecho de la concepción a condición de que nazca viable.
- e) El donante responderá de la evicción, sólo cuando expresamente se haya obligado a prestarla.
- f) Es el único contrato en que se impone a una de las partes (donatario) un deber de gratitud.

Marcel Planiol y Jorge Ripert agregan:

- “ La donación es irrevocable, aunque la ley marca los casos en los que se puede revocar o reducir.
- El Código Civil solo contempla la donación realizada por un contrato solemne... (Aclarando que en nuestro derecho no es un contrato solemne, sino únicamente formal)

¹⁴ Treviño García, Ricardo. Contratos Civiles y sus generalidades. Ed. Font. 4 Edición. Tomo I. Guadalajara, Jalisco. 1982. Pág. 177.

- El donante..., debe tener la capacidad necesaria para efectuar un acto jurídico...¹⁵

3.5. OBLIGACIONES DEL DONANTE Y DONATARIO.

El donante:

1. Tiene la obligación de conservar la cosa mientras la entrega.
2. Tiene la obligación de entregar la cosa donada; y
3. Tiene que responder por los daños y perjuicios que pudiere sufrir el donatario.

El donatario:

Por ser la donación un contrato unilateral, solo genera obligaciones para el donante, por lo que técnicamente, el donatario no tiene obligaciones. Lo anterior no significa que la donación no produzca efectos para el donatario que lo responsabilizan respecto de determinadas conductas, es por ello que estudiaremos esos efectos.

1. El donatario tiene un deber de gratitud hacia el donante
2. Debe cumplir con las cargas que le haya impuesto el donante, tratándose de donaciones onerosas.
3. Tiene el deber de responder por las deudas del donante garantizadas con prenda o hipoteca, si los bienes donados estuvieren gravados con esos derechos reales; y
4. Si la donación fue de todos los bienes del donante, el donatario responderá de todas las deudas del donante, siempre y cuando sean de fecha auténtica y anterior a la donación y solo por el valor de la donación.

¹⁵ Ripert Georges y Boulanger Jean. Tratado de derecho civil. Ed. La Ley. Tomo X, Buenos Aires, Argentina, Págs. 19,56 y 10.

3.6. LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS

La disposición de órganos se encuentra prevista dentro de los llamados derechos de la personalidad; este derecho a disponer de partes de nuestro cuerpo, quedo definido en el capítulo anterior.

Sin embargo, es importante saber que significan los actos de disposición. Guillermo Cabanellas de Torres, nos brinda la siguiente definición sobre los actos de disposición al expresar: "El que ejercita un derecho de propiedad o posesión, con el fin de enajenar un bien de un patrimonio o gravarlo con algún derecho real."¹⁶

En primer lugar, encontramos que bajo el concepto '*acto*' está claro que toma lugar preferencial la manifestación de voluntad, siendo posterior la ejecución o intención para llevar a cabo el hecho, la acción de disponer. Segundo, el '*acto de disposición*' conlleva el derecho que tiene la persona sobre el bien, en este caso el derecho del hombre sobre sí mismo.

Derecho y voluntad se unen para que la persona como único titular ejerza a su arbitrio, pero dentro de los límites legales, cómo ha de disponer sobre su cuerpo y en conocimiento de cómo se afectará o no su propia salud, consolide el acto solidario y altruista de donar un órgano para dar vida a otro ser humano.

¹⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1998. Pág. 303.

En el apartado subsiguiente se hará alusión a la naturaleza jurídica de los actos de disposición de órganos y las semejanzas con otras instituciones jurídicas.

3.7. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN

El doctor Javier lozano y Romen , opina:

“Dada la naturaleza variada de los actos dispositivos del propio cuerpo y del cadáver y de aquellos por los cuales una persona o institución pueden disponer de partes anatómicas o productos de una persona y del cadáver de otro, actos que adoptan diferentes formas contractuales nominadas e innominadas, es necesario por lo menos aludir a las disposiciones del Código Civil para determinar si es posible encerrar esos actos dentro de las viejas estructuras contractuales, o por el contrario requiere de una elaboración doctrinal enteramente autónoma a la que no puedan aplicarse las normas dictadas por los contratos tradicionales...”¹⁷

De acuerdo con las opiniones referidas por el Doctor Javier Lozano y Romen nos adherimos a la idea de que los actos dispositivos del cuerpo humano y del cadáver, poseen una naturaleza variada, difícil de encuadrar en las estructuras contractuales previstas por el Código Civil Federal Vigente, agregando que en la actualidad como veremos dichos actos, encuentran una reglamentación determinada en la Ley General de Salud y su Reglamento, en materia de control sanitario para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

¹⁷ Lozano y Romen, Javier. Anatomía del trasplante humano, cuestiones jurídicas éticas y médicas. Ed. SEP, México, 1969. Pág. 36.

3.8. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS.

El autor referido en el apartado que antecede, señala que los actos de disposición de órganos presentan ciertas características a saber:

1. "Las partes del cuerpo humano – tejidos, órganos, líquidos, y productos- una vez que han sido separados del organismo y que por consiguiente han alcanzado una individualidad pueden ser objeto de cualquier tipo de contrato, siempre que dichos actos no vayan en contra de la ley, de las buenas costumbres o del orden público...

Toda vez que al ser retirados dichos elementos del ser adquieren una individualización, se convierten en cosas, en bienes, por lo que se les aplican las normas que se dan para las cosas en general, cuenta habida de su naturaleza.

2. Cuando esos elementos integran o se encuentran dentro del cuerpo humano vivo, los actos de disposición que se lleven a efecto, contienen una serie de elementos, incluyendo la naturaleza de éstos, que impiden su adecuación a los moldes clásicos específicos: Se trata de figuras jurídicas innominadas ... No encajando en las figuras previstas en la legislación éstos actos caen en el ámbito de los contratos innominados que van a ser reglamentados por las normas dadas por el contrato a que más se acerquen en la medida que la naturaleza de tales actos lo permita...
3. Los actos dispositivos sobre parte o la totalidad del cadáver, también participan de una naturaleza similar a los especificados en los párrafos anteriores, sino porque constituyan al ser – entidad totalmente distinta al cadáver -, si porque están incorporados en aquel todo un mundo de ideas religiosas, morales, etc. Ello quiere decir que en general los actos

que las buenas costumbres, la tradición, la moral, permiten, caen también en el ámbito de los contratos innominados que se asemejan a la donación.

En efecto si bien en el derecho positivo no hay mandamiento alguno que prohíba este tipo de actos, hay normas de las que se puede hacer derivar la ilicitud de algunos actos que tengan por objeto esos elementos o el cadáver...¹⁸

De acuerdo con el Código Civil Federal en su artículo 1858 señala:

“Los contratos que no estén especialmente reglamentados en éste Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

Así tenemos que, el Código Civil Federal reglamenta un número limitado de contratos pero el legislador no puede prever todas las posibilidades de contratación que la realidad pueda generar. Si las voluntades expresadas por las partes coinciden con alguno de los contratos reglamentados por el Código, se regirá por las disposiciones aplicables al caso concreto, si la realidad no coincide plenamente con alguno de los contratos regulados, se regirá por las reglas generales de los contratos (propiamente de las obligaciones) por las estipulaciones de las partes y en el caso de omisiones, por las disposiciones del contrato con el que tengan más semejanza.

Por su parte Carranza citado por Maria Teresa Bergoglio de Brouwer de Koning señala: “... es fundamental que estos actos respondan a una causa lícita o adecuada a la moral o a las buenas costumbres, ya que en definitiva la validez

¹⁸ Ídem. Págs., 41 y 42.

de estos actos jurídicos deberá ser resuelta a la luz de la teoría de la causa de los actos jurídicos.”¹⁹

3.9. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS Y DONACIÓN.

Después de haber estudiado a la donación y a la disposición de órganos, podemos decir que no existe semejanza alguna entre estas dos figuras, puesto que la donación es un contrato y la disposición de órganos es solo un acto por el cual una persona dispone de su cuerpo.

¹⁹ Bergoglio de Brouwer de Koning, Ma. Teresa, Bertoldi de Fourcade, Ma. Virginia. Trasplantes de órganos, entre personas con órganos de cadáveres, Ed. Hamurabi. Buenos Aires, Argentina, 1983. Pág. 57.

CAPITULO 4

4. CONCEPTOS MÉDICOS Y JURÍDICOS EN TORNO A LA DONACIÓN Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS

Para iniciar este apartado es menester el indicar que el trasplante de órganos, debe ser ubicado en el ámbito de la disposición del cuerpo y por ende de sus partes, así tenemos que es fundamental para éste tema de tesis el indicar aquellos presupuestos indispensables desde el punto de vista médico, sin los cuales sería imposible su realización.

Lo anterior, sin perder de vista que para la disposición de partes del cuerpo, misma que puede ser en vida o bien una vez que la persona ha fallecido, se requerirá de cumplir con lo preceptuado en la legislación aplicable, para efectos de que se lleve a cabo el trasplante de órganos.

Al hablar de transplante, nos viene a la memoria diversas acepciones que son usadas indistintamente por la mayoría de las personas, siendo las más comunes las siguientes:

4.1. ÓRGANO

Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina define que órgano es el: "Prefijo que denota relación con un órgano, o que significa orgánico"¹

La Ley General de Salud, en su artículo 314, fracción X, expresa:

"ARTÍCULO 314. Para efectos de este

Título se entiende por:

...

X. Órgano, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos

¹ Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina. Dorland, tr. Gabriel Biber y otros, Ed. Interamericana- Mc. Graw-Hill, 9 Edición, 1992, Volumen 2, Pág. 1256.

diferentes que concurren al desempeño
de los mismos trabajos fisiológicos;
...”

4.2. TEJIDO

“Conjunto de células encargadas de la misma función y que poseen una misma estructura o muy similar ...”²

La Ley General de Salud, refiere en el artículo 314 fracción XIII que tejido es la: “...Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función...”

4.3. INJERTO

“Operación mediante la cual se trasplanta en un punto del cuerpo un tejido que se toma, bien de otra parte del

² Enciclopedia Médica, Hombre Medicina y Salud. Tomo 2. Ed. Británica, Roma- Italia, 1982, Pág. 1104.

⁵⁸ Ídem., Pág. 545.

organismo del mismo sujeto o del cuerpo de otro individuo de la misma especie..."³

La Ley General de Salud no hace referencia a este término.

4.4. TRANSPLANTE

El término trasplante ha sido objeto de controversia, ya que para algunos autores dicho término solo debe aplicarse tratándose de plantas; sin embargo este vocablo ha sido utilizado indistintamente tratándose de trasplantar plantas como de trasplantar órganos en seres humanos, y esto es en razón de que para el Diccionario no especializado, el trasplante es:

"Acción y efecto de trasplantar o trasplantarse. Acción de plantar en el lugar definitivo plantas reproducidas en viveros. Transposición de tejidos u órganos del mismo individuo (t. autoplástico), de otro de la misma especie (t. Homoplástico) o de distinta (t. Heteroplástico)"⁴

³ Ídem., Pág. 545.

⁴ Enciclopédico Ilustrado Océano. Grupo Editorial Océano. Colombia. 1991.

En nuestra opinión se encuentra correctamente empleado el término ya que en los diccionarios de medicina se expresan en relación a este término de la siguiente manera:

Trasplante es la :“... aplicación de una parte de tejidos tomados de otra parte del mismo cuerpo o de otro”⁵

“trozo de tejido (piel o hueso, por ejemplo) que se retira de una parte del cuerpo y se “implanta” o injerta en otra parte, o bien en el cuerpo de otra persona ...”⁶

“Sustitución total o parcial de un órgano enfermo a un individuo (receptor) por el mismo órgano sano y vital tomados de otro individuo (donante).”⁷

De acuerdo a nuestro criterio esta última definición pudiera ser la más aceptada para ubicar al trasplante de órganos en seres humanos.

4.4.1 CLASIFICACIÓN DE LOS TRASPLANTES

⁵ Diccionario terminológico de ciencias medicas. Ed. Salvat. 10 Edición. Barcelona España, 1982. Pág. 1068.

⁶ E. Schmidt y otros. Diccionario para auxiliares de la medicina. Ed. Médica Panamericana, Argentina, 1974. Pág. 421

⁷ Enciclopedia médica, hombre medicina y salud. Op. Cit., Pág. 1104

El Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, refiere para el caso de trasplantes la siguiente clasificación:

“ **Autotrasplantación.** Trasplantación en la cual el órgano extraído es injertado en el mismo individuo...

Heterotrasplantación. Trasplantación en la cual el órgano extraído es colocado a un individuo de especie diferente...

Homotrasplantación. Trasplantación en la cual el órgano injertado (homotrasplante) es extraído de un individuo de la misma especie, pero de fórmula genética diferente...

Isotrasplantación. Trasplantación en la cual el órgano injertado es extraído de un gemelo monocigoto, o en el laboratorio, de un animal de raza pura, es decir, de un individuo de la misma especie que tenga la misma fórmula genética...”⁸

Existen otros conceptos no menos importantes que se relacionan con el trasplante de órganos, mismos que a continuación se definirán.

⁸ Diccionario de los términos técnicos de medicina. Ed. Interamericana, 20 Edición. México, 1981. Pág. 1058.

4.5. LA MUERTE

Para hablar de la muerte como Presupuesto necesario al tema de los trasplantes de órganos, es importante destacar que cada individuo en la búsqueda de sus intereses se ve influido por sus propios valores, creencias y prejuicios.

Este tema contiene una extensa gama de ideas filosóficas, religiosas y culturales y aún cuando el hombre común no requiere de una definición completa, ante la realidad de los hechos, para el médico y el jurista resulta imprescindible determinar el ¿Cómo?, ¿Cuándo? Y ¿Por qué? ocurrió la muerte, sobre todo porque en la medida que se de respuesta a éstas interrogantes habrá un progreso en las ciencias médicas.

Así, cualquiera que sea el criterio utilizado para establecer el fin de la vida, solo cuando ésta ha cesado, o que se mantenga artificialmente, será posible cumplir con el destino final de los restos mortales, que en el caso de los trasplantes, mientras menor sea el término para poder utilizar los órganos provenientes de cadáver, mayor será la posibilidad de éxito.

Trataremos de explicar a continuación, brevemente como se ha desarrollado en concepto de muerte, aproximadamente desde los inicios de la medicina hasta nuestra época.

4.5.1. CONCEPTO DE MUERTE EN LA ANTIGÜEDAD

El Doctor Alfonso Quiroz Cuarón, señala como inicio a la definición que “La preocupación por la inhumación prematura ha sido temor de todas las épocas puesto que mueve recónditas fibras instintivas del hombre”⁹

Esta inquietud por ser sepultado vivo fue ampliamente estudiada en “..., el siglo, XVIII, Winlow y Bruhier, quienes revisaron casos de inhumaciones prematuras, lo cual permitió que para 1792 existieran diversas disposiciones legales en Francia sobre inhumaciones de cadáveres.

⁹ Quiroz Cuarón, Alfonso. Medicina forense. Ed. Porrúa. 6 Edición. México 1990, Pág. 488.

En 1846 Boushut precisó que la muerte se caracteriza por la “ausencia de los latidos cardiacos, la regulación simultáneos de los esfínteres, el hundimiento de los globos oculares y la formación de la tela córnea”.

Para 1864 Josat preciso como signo indudable de la muerte la descomposición.

Otros dos hombres preocupados por el tema del diagnostico de la muerte, propusieron sendos premios: el del Marqués D´Ourches, en 1870, que gano Bouchut con su estudio sobre la evolución de la temperatura en el cadáver. El otro premio lo ofreció Dugast en 1872; y Moze para 1890 estudió la evolución de la putrefacción, y el profesor de medicina forense de Marsella, Severino Icard, presento trabajos útiles sobre la muerte en 1895,1900, 1910 y 1915.

En 1876 el arzobispo Donet, de Burdeos pronunció su célebre discurso, como consecuencia del cual se estableció “El plazo legal de 24 horas, que deben transcurrir de la muerte, para la inhumación y se estatuye que la comprobación de la muerte es responsabilidad del médico, quien debe redactar y firmar el certificado de defunción”.

La revista de defensa social verificó una encuesta sobre el tema y publicó sus resultados en 1929, afirmando que el dato cierto de la muerte real es la mancha verde abdominal.¹⁰

De acuerdo a los antecedentes plasmados, apreciamos que en la antigüedad se concebía a la muerte como un hecho natural, mismo que era determinado por el médico responsable de la comprobación y el era quien expedía el certificado de defunción.

Es importante destacar que aunque Bouchut propiamente no definió a la muerte, si determino el momento en que ésta sucede "ausencia de los latidos cardiacos...".

Respecto al éste último punto, la revista de Criminalia señala que: "... el paro cardiaco no siempre es irreversible, y que en determinadas circunstancias las llamadas maniobras de "resucitación" (masaje cardiaco y ventilación pulmonar artificial) son capaces de evitar que un individuo al que se le detiene el corazón muera."¹¹

¹⁰ Dictamen de La Academia Nacional de Cirugía y Trasplantes, Revista Criminalia, Colección "Gabriel Botas", México, 1969, Pág. 11.

¹¹ Dictamen de La Academia Nacional de Cirugía y Trasplantes, Revista Criminalia , Colección "Gabriel Botas", México, 1969, Pág. 11.

En la actualidad, la antigua afirmación, de que el corazón es el primero en vivir y el último que muere ha sido superada.

4.5.2. DEFINICIONES MÉDICO- LEGALES DE LA MUERTE

Los grandes avances en la ciencia médica, han impuesto la necesidad de identificar con precisión el instante en que la persona fallece, así tenemos que diversos autores aportan conceptos en relación a la muerte y el momento en que surge el deceso.

Eduardo A. Santiago de Pin; en el ciclo de conferencias y mesas redondas sobre trasplantes de órganos y derecho penal, en junio de 1991, afirmó que desde el punto de vista médico legal, " La muerte es un instante, considerando que es el cese irreversible de las funciones de un organismo

estimado como un todo independiente; es la detención del funcionamiento de los grandes sistemas. Los tejidos de ese organismo contemplados individualmente son, son los que mueren unos después de otros...”¹²

Lamarck, Robin, Lewres y H. Spencer; citados por el Doctor Javier Lozano y Romen, definen a la muerte a contrario sensu, aportando los siguientes conceptos: “El estado que permite en los órganos que la poseen movimientos orgánicos, y los movimientos orgánicos son los provocados por una causa excitatriz externa.

La manifestación de las cualidades inherentes y propias de las substancias organizadas.

Una serie de cambios definidos sucesivos de estructura a la vez que de composición, que se presentan en un individuo sin identidad.

¹² Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Órganos y derecho penal, Centro de Estudios Judiciales . Pág. 4.

Una combinación definida de cambios heterogéneos, a la vez simultáneos y sucesivos en correspondencia con las condiciones y fenómenos del exterior.”¹³

El doctor Jorge Meneses Hoyos; citado por Quiroz Cuarón opina: “La muerte es el paro absoluto de los latidos cardiacos y de los movimientos respiratorios, en forma definitiva e irreversible, con cesación de las manifestaciones electrocardiográficas.”¹⁴

Por su parte el Doctor José Ángel Ceniceros, dio a conocer una resolución legal de Francia, en la cual “permitía declarar muerto a un presunto donante sólo después de que su corazón dejara de latir y después de que dos médicos hubieran firmado el certificado de defunción.”¹⁵

El Doctor Hilario Veiga Carvalho, aporta la siguiente definición: “muerte es la desintegración irreversible de la personalidad, en sus aspectos fundamentales morfo-físicos-psicológicos, como un todo funcional y orgánico definidor de de aquella personalidad que así se ha extinguido.”¹⁶

¹³ Cfr. Lozano y Romen Javier. Anatomía del Trasplante Humano, Cuestiones jurídicas, éticas y médicas, 1º Edición. México, Distrito Federal, 1969. Pág. 84, 85 y 87.

¹⁴ Quiroz Cuarón, Alfonso. Op. Cit., Pág. 534.

¹⁵ Íbidem., Pág. 523.

¹⁶ Íbidem., Pág. 537.

Cabe destacar que la mayoría de las definiciones anotadas tienen su sustento para la determinación de la muerte en criterios tradicionales, es decir en la cesación de las funciones cardio respiratorias, sin embargo en la actualidad éste criterio no puede permanecer, ya que se ha descubierto que el cerebro puede sufrir un cambio irreversible que impida continuar con sus funciones aún y cuando los centros cardiorrespiratorios permanezcan inalterables.

La muerte dicen los autores de referencia, debe ser determinada por un médico.

4.5.3. TIPOS DE MUERTE

Para un gran número de personas la muerte es solo una al igual que la vida, sin embargo a partir de los adelantos científicos en la medicina y en especial en los trasplantes, el concepto es muy variado.

Diversos autores indican diversas clases o tipos de muerte, y aunque estas son semejantes existen diferencias entre unas y otras, destacándose las siguientes:

A) MUERTE NATURAL. Aquella que sobreviene de las capacidades vitales.

B) MUERTE REAL ABSOLUTA Y COMPLETA. Aquella Abolición, definitiva y permanente e irreversible de las funciones cardiacas, respiratorias y cerebrales.

C) MUERTE INFUNDADA. Cuando es biológicamente injusta, porque golpea un organismo que todavía es capaz de vivir normalmente.

D) MUERTE APARENTE. Cuando la vida se recobra sola, como en algunos casos de accidentes con la electricidad, o mediante los últimos recursos de la reanimación.

E) MUERTE RELATIVA. Cuando ha habido un paro completo y prolongado del corazón y mediante maniobras médicas adecuadas se le hace volver a funcionar.

F) MUERTE INTERMEDIA. Es la que procede a la absoluta, que tiene fundamental interés religioso para los fines de recibir los sacramentos, y hoy adquiere mayor importancia para los trasplantes de órganos.

G) MUERTE HISTÓRICA Y ANATÓMICA. Es la parte de los tejidos y de los aparatos ya que siguiendo una ley biológica, no todos mueren instantáneamente, pues la muerte es un proceso, es un proceder, es un acaecer, en el que mueren primero los tejidos diferenciados más sensibles a la privación de oxígeno.

H) MUERTE SOMÁTICA. La que sobreviene a una persona que sin padecer ostensiblemente alguna enfermedad o traumatismo reciente, o sin haber recibido medicamento tóxico, muere o es encontrada muerta inesperadamente.

I) MUERTE SÚBITA. Aquella que sobreviene en estado de salud aparentemente normal, más o menos repentinamente, pero en la cual no actúa ninguna causa externa manifestada; en otras palabras, es aquella en cuya aparición no se presenta un agente exterior al que se le puede aplicar la relación de causa a efecto.

J) MUERTE VIOLENTA. Aquella que presentándose más o menos rápidamente, tiene como causa manifiesta un agente externo. Desde el punto de vista médico-forense tres son los tipos de muertes violentas que tienen relevancia: criminales, suicidas y accidentales.

K) MUERTE CLÍNICA. Se basa exactamente en consideraciones de tipo médico, el individuo pierde su capacidad de relación, no tiene reflejos o ausencia de reflejos relacionados a paros craneales, ausencia de reflejos a estímulos dolorosos, y que en un momento dado se demuestra que un individuo no tiene circulación cerebral por carencia de consumo de oxígeno o por trazo electrocardiográfico, electroencefalograma isoelectrico o por un procedimiento muy complicado, como sería una angiografía cerebral en muchos vasos que se llenan por medio del contraste y demuestra que no hay circulación por procedimientos relacionados en medicina nuclear o de neurología de potenciales evocados que en última instancia representa una confirmación científica de que el individuo está muerto y de que no existe posibilidad de recuperación.

L) MUERTE BIOLÓGICA. Fenómeno que sucede en un lapso de tiempo en contra de las creencias habituales o tradicionales de que alguien cayó fulminantemente muerto.

M) MUERTE CEREBRAL. No es estado de coma profundo, no es un estado de vida vegetativo, no es descerebración, el estado de muerte cerebral es un estado en el que el cerebro está totalmente muerto con ausencia completa de circulación sanguínea y que son individuos a quienes la ciencia les puede mantener el corazón latiendo, vía equipos de ventilación artificial, soluciones paraenterales y drogas, pero individuos que médicamente y legalmente se consideran ya cadáveres.

Los conceptos de muerte clínica y cerebral, contienen los mismos objetivos y principios; siendo éstos conceptos análogos.

4.6. DETERMINACIÓN DE LA MUERTE DESDE EN PUNTO DE VISTA MÉDICO

Respecto a la forma en que se debe determinar la muerte, La Asamblea Médica Mundial en agosto de 1968, emitió una

“Declaración sobre la Muerte”, mediante la cual manifiesta que: “La determinación sobre el momento de la muerte, en la mayoría de los países es responsabilidad legal de los médicos y así debe seguir siendo. Por lo general, el médico podrá sin ayuda especial, determinar la muerte de una persona, utilizando los criterios clásicos conocidos por todos. Sin embargo, los modernos adelantos de la medicina han hecho necesario un estudio más detenido de lo referente al momento de la muerte: la capacidad de mantener utilizando medios artificiales, la circulación de la sangre oxigenada a través de los tejidos del cuerpo que pueden estar irreversiblemente dañados y el empleo de órganos del cadáver (es un modo de llamar al desahuciado), tales como el corazón y los riñones para trasplante. Una complicación es que la muerte se trata de un proceso paulatino a nivel de las células, variando la resistencia de los tejidos por la privación del oxígeno. No obstante, el interés clínico no reside en el estado de conservación de las células aisladas, sino en el destino de una persona. A éste respecto, el momento de la muerte de diferentes células y órganos no es tan importante como la certeza de que el proceso se ha hecho irreversible,

cualesquiera que sean las técnicas de resucitación que puedan ser empleadas.”¹⁷

Para determinar la muerte de una persona, hemos visto que la medicina indica que se requiere de un conjunto de actos y no de uno solo, así como de diversos fenómenos de transformación de los que se deduce que el cuerpo humano se transforma en cadáver.

“La Academia Mexicana de Medicina, el día 18 de marzo de 1969, por conducto del Sr. Dr. José Laguna, dio una orientación clara para el diagnóstico del estado de muerte:

- a) La pérdida de todos los reflejos.
- b) La pérdida completa de todas las funciones de relación, es decir, el coma profundo.
- c) La pérdida de la tonicidad muscular.
- d) El paro respiratorio espontáneo.
- e) El colapso de la presión arterial, al suspenderse los recursos artificiales de mantenimiento.

¹⁷ Íbidem. Pág. 535

- f) El electrocardiograma horizontal que no se modifique ante estímulos, y
- g) La suspensión de los latidos cardiacos."¹⁸

En relación con la determinación de la muerte, al respecto Borri, autor citado por Alfonso Quiroz Cuarón, enuncia una serie de fenómenos cadavéricos mismos que se transcriben a continuación.

"I. Abióticos o avitales o vitales negativos:

A) Inmediatos:

- a) Pérdida de la conciencia.
- b) Insensibilidad.
- c) Inmovilidad y pérdida del tono muscular.
- d) Cesación de la respiración.
- e) Cesación de la circulación.

B) Consecutivos.

- a) Evaporación tegumentaria y apergaminamiento.
- b) Enfriamiento del cuerpo.
- c) Livideces cadavéricas : hipótesis viscerales.

¹⁸ Ídem. Pág. 561.

- d) Desaparición de la irritabilidad muscular.
- e) Rigidez cadavérica.

II. Transformativos:

- a) Putrefacción.
- b) Maceración.
- c) Momificación.
- d) Saponificación.

De los fenómenos abióticos o avitales inmediatos, la pérdida de la conciencia es una condición incierta puesto que se puede dar en múltiples estados mórbidos.

La insensibilidad general fue investigada usando como estímulo el calor en diferentes formas: agua fuego, entre otros.

La desaparición del tono muscular explica la aparición de la facies hipocrática o cadavérica: ojos hundidos; nariz afilada y con una orla oscura; temporales deprimidos, cóncavos; labios colgantes; piel seca y lívida.

La cesación de la respiración, empíricamente se verifica por la auscultación; por la prueba del espejo de la llama u observando el nivel del agua contenida en un vaso que se coloca sobre el esternón.

La cesación de la circulación es el último de los índices de la tríada de Bichat, quien señaló que se muere por el cerebro, los pulmones o por el corazón. Bouchut, en sus investigaciones señaló tres signos importantes al respecto: la ausencia prolongada de los latidos cardiacos, el relajamiento simultáneo de los esfínteres y el hundimiento de los globos oculares con pérdida de la transparencia de la córnea.

De los fenómenos abióticos o avitales consecutivos, la evaporación tegumentaria se exterioriza por la pérdida del peso corporal.

De la termometría cadavérica se ocupó Bouchut. El enfriamiento o frialdad cadavérica es consecuencia de la cesación de las funciones termogénicas del cuerpo.

El enfriamiento se inicia por los pies, sigue por las manos, luego por la cara y luego de ésta, principia por la nariz.

En general el enfriamiento marcha, en las primeras horas después de la muerte, de tal manera que aproximadamente en 20 horas se han perdido 20 grados y la tendencia es el

equilibrio térmico entre la temperatura del ambiente y la del cuerpo.

Otro fenómeno abiótico consecutivo a la muerte es la aparición de las livideces cadavéricas o hipóstasis, en las que la sangre, al cesar los movimientos circulatorios, queda sometida pasivamente a las leyes de la gravedad. Desde un punto de vista práctico, su observación cuidadosa es de mucha utilidad en muchos aspectos diferentes:

- a) Para establecer la cronología de la muerte.
- b) Para orientar, en ciertos casos sobre la causa de la muerte.
- c) Para establecer la posición o los cambios de posición del cuerpo.

Estos fenómenos aparecen tres o cuatro horas después de la muerte y alcanzan su máxima intensidad de 12 a 15 horas después y desaparecen trascurridas 24 horas.

La rigidez cadavérica es un fenómeno físico-químico constante, que se inicia de dos a cuatro horas después de la muerte. La rigidez cadavérica cesa cuando comienza la

putrefacción: La temperatura elevada favorece la putrefacción y hace que la rigidez dure menos tiempo.

Veamos ahora los fenómenos cadavéricos trasformativos, en sus formas destructivas o conservativas:

La putrefacción es el fenómeno cadavérico que sigue a los fenómenos mencionados anteriormente y su presencia marca la desaparición de la rigidez.

La putrefacción es debido a la descomposición de las materia albuminoideas del organismo con producción de gases pútridos, los síntomas precoces de la putrefacción, son la aparición de la mancha verde abdominal, en la región correspondiente al ciego y que debido a la oxidación de hemoglobina de la sangre se transforma en pigmento verde.

La maceración es un proceso trasformativo del cadáver fetal, muerto en el seno materno del sexto al noveno mes de vida intrauterina, la epidermis se desprende fácilmente y tiene una coloración roja; la maceración puede seguirse de momificación o de calcificación.

La momificación es un proceso trasformativo del cadáver, que puede ser artificial o provocado, y natural o espontáneo, impide el desarrollo de los gérmenes de la putrefacción. Es un proceso de desecación del cadáver que puede ser total o parcial.

La saponificación o adiposira es un proceso trasformativo del cadáver en una sustancia jabonosa que da la impresión de un queso de color amarillo oscuro."¹⁹

En nuestra opinión se da un círculo vicioso de muerte-vida, vida-muerte, sin que nadie precise el momento exacto que deberá entenderse que la persona está muerta, no obstante lo anterior coincidimos en que la muerte es una serie de actos que se dan en forma sucesiva, y que para la determinación de la misma deberá atenderse al criterio clínico, en donde el médico resalte principalmente el momento en que la persona falleció.

¹⁹ Cfr. Quiroz Cuarón. Pág. 490-590

4.7. DETERMINACIÓN DE LA MUERTE DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO.

Como hemos venido analizando en éste apartado, no existe una definición jurídica de muerte, quizá esto se deba a que la determinación de la misma corresponde al médico, sin embargo, resulta muy importante entender en que momento se presenta la muerte, ya que a partir de ese instante se producen consecuencias jurídicas.

A continuación se analizarán algunas de las disposiciones legales, en relación al momento en que se pierde la vida.

Los artículos 343 y 344 de la Ley General de Salud, establecen los signos y circunstancias para la certificación de la pérdida de la vida.

"ARTÍCULO 343. Para efectos de este título 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 reflejos del tallo cerebral, y
 - d. El paro cardiaco irreversible."

"ARTÍCULO 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."

En materia civil, al igual que en materia administrativa, tampoco existe una definición o concepto de muerte solo se hace alusión a ella. Es así que en el artículo 22, del

Código Civil Federal se expresa: “la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte;...”

El artículo 1281 del mismo ordenamiento dispone: “Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.” Desde el punto de vista jurídico, podemos distinguir que la muerte es un hecho natural que pone fin a la existencia de la persona y a la vez a la personalidad.

4.8. DOCUMENTOS MÉDICO-LEGALES PARA DETERMINAR LA MUERTE

Una vez que el médico diagnosticó la muerte en la persona, se hace necesario que los hechos ocurridos que motivaron el fallecimiento de la misma queden debidamente registrados en documento oficial, a fin de que las dependencias del gobierno lleven un control de los decesos, así tenemos que existen los siguientes:

4.8.1 CERTIFICADO DE DEFUNCIÓN

Para hablar de este tema es importante conocer la definición que nos brindan los juristas de la palabra certificación.

El Diccionario de Derecho de Pina, Pina Vara, Rafael, la define de la siguiente manera: "Acto jurídico por medio del cual un funcionario publico, en el ejercicio de su cargo, da fe de la existencia de un hecho, acto o calidad personal de alguien, que le consta de manera indubitable, por razón de su oficio"²⁰

Para el maestro Alfonso Quiroz Cuarón "certificar quiere decir ser cierto; consecuentemente es éste el documento en que se afirma o asegura la veracidad de uno o más hechos de carácter médico y sus consecuencias;..."²¹

La Ley General de Salud en sus artículos 388 y 389 define al certificado e indica las clases de certificados que con fines sanitarios pueden expedirse.

²⁰ De Pina Rafael, De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. 30 Edición. México 2001, Pág. 150.

²¹ Quiroz Cuarón. Op.Cit. Pág. 189.

“ARTÍCULO 388. Para los efectos de esta Ley, se entiende por certificado la constancia expedida en los términos que establezcan las autoridades sanitarias competentes, para la comprobación o información de determinados hechos.”

“ARTÍCULO 389. Para Fines sanitarios se extenderán los siguientes certificados.

- I. Prenupciales;
- II. De defunción
- III. De muerte fetal;
- IV. De exportación a que se refieren los artículos 287 y 288 de esta Ley, y
- V. Los demás que determinen esta Ley y sus reglamentos.”

Cabe agregar que el mismo ordenamiento en su artículo 391 hacen alusión a que el certificado de defunción será expedido, cuando se compruebe el fallecimiento de la persona y sean determinadas sus causas por profesionales

de la medicina o personas autorizadas por la autoridad sanitaria competente, a través de modelos aprobados por la Secretaria de Salud.

El Maestro Ignacio Galindo Garfias, en relación al certificado de defunción señala: "El Certificado de Defunción se expide por un médico bajo sus responsabilidad, y sirve de base para que el Juez del Registro Civil expida el acta de defunción. El acta de defunción constituye la prueba formal de la muerte de una persona,..."

Excepcionalmente y para el caso de trasplante de órganos o tejidos provenientes del cadáver, habrá de expedirse un certificado de pérdida de la vida, que deberá constar en el expediente clínico que se habrá con motivo de dicho trasplante.

4.8.2. ACTA DE DEFUNCIÓN

El capítulo IX del Código Civil Federal vigente, en su artículo 117 dispone:

"ARTÍCULO 117. Ninguna inhumación o cremación se hará sin

autorización escrita dada por el Juez del Registro Civil, quien se asegurará suficientemente del fallecimiento, con certificado expedido por médico legalmente autorizado. No se procederá a la inhumación o cremación sino hasta después de que trascurren veinticuatro horas del fallecimiento, excepto en los casos en que se ordene otra cosa por la autoridad que corresponda.”

El certificado médico y el plazo para inhumación, cremación o embalsamamiento, se establecen para poder tener la certeza de la muerte de la persona a la que se refiere el acta de defunción, esto con base en el certificado médico y las declaraciones de los testigos.

“ARTÍCULO 118. En el acta de fallecimiento se asentarán los datos que el Juez del Registro Civil requiera o la declaración que se le haga y será firmado por dos testigos, prefiriéndose

para el caso, los parientes si los hay, o los vecinos.”

El precepto anterior otorga facultad al Juez del Registro Civil para insertar en el acta de fallecimiento los datos que él considere necesarios en relación con la identidad de la persona que ha fallecido, las causas de su muerte y la declaración que se le haga al respecto.

En relación a éste último precepto, el artículo 119, indica específicamente los datos que debe contener el acta de defunción, y estos se traduce principalmente en; identificación de la persona que ha fallecido, mediante sus generales, en la manera que sea posible la precisión en la hora del fallecimiento, si se sabe, enfermedad que causo la muerte, lugar en donde se depositara el cadáver, y por ultimo los generales de las personas que declaren sobre el fallecimiento de la persona.

Si en el lugar donde ocurre el fallecimiento no hubiese Juez del Registro Civil, será la autoridad municipal la que extienda la constancia respectiva, misma que deberá remitir al Juez del Registro Civil que corresponda, para que levante el acta de defunción correspondiente.

La función que desempeña el Registro Civil es de gran importancia, ya que de ésta manera se tiene un control estadístico sobre la población.

4.9. CONDICIÓN JURÍDICA DEL CADÁVER

4.9.1 ANTECEDENTES

Todos los pueblos han mirado con respeto y consideración al cadáver: la religión y el culto a los muertos impuso en las civilizaciones primitivas una especial veneración de los cuerpos sin vida.

El destino normal del cadáver ha sido históricamente el retorno a la tierra.

La sepultura fue algo que siempre exigió la conciencia pública, y a través de los siglos todos los pueblos y sus leyes custodiaron a sus muertos mediante la seguridad de las tumbas y reprimiendo su profanación. Terrible castigo era quedar insepulto.

4.9.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CADÁVER

Todas aquellas consideraciones religiosas que hacían del cadáver algo sagrado, impidieron durante mucho tiempo su tratamiento jurídico dentro de las categorías creadas por el derecho civil.

Sin embargo, esta corriente de opinión milenaria comienza a desquebrajarse al tratar de ser conciliada con fines altamente humanitarios, tales como, apoyarse en los cadáveres como elementos indispensables para el aprendizaje de la anatomía humana, o para la provisión de órganos o materiales que puedan conservar o mejorar la salud y las condiciones de vida de otros seres humanos.

Ante estas nuevas situaciones, es importante que procuremos determinar la naturaleza jurídica del cadáver.

Corresponde en consecuencia establecer, en primer lugar, si este puede ser encuadrado dentro de la categoría jurídica de las "cosas" como ya lo apuntábamos en capítulos anteriores.

Opiniones en la doctrina indican que hay quienes niegan que el cadáver sea una cosa. Esta opinión la encontramos principalmente en la doctrina germánica, al afirmarse que el cadáver es un resto de la personalidad sujeto a la decisión de los deudos.

Sin embargo, es tendencia mayoritaria la que sostiene que, el cuerpo vivo del hombre no es una cosa, pero con la muerte, el cuerpo ya cadáver, se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero como lo revela el deber de enterrar.

4.9.3. CONCEPTOS DE CADÁVER

En la doctrina no encontramos precisamente un concepto sobre el cadáver, más bien existen posturas a cerca de como debe ser considerado el cuerpo humano sin vida. Para tener un concepto de cadáver debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 314 de la Ley General de Salud que señala a la letra:

"ARTÍCULO 314. Para efector de este
Título se entiende por:

...

II. Cadáver, el cuerpo humano en el
que se haya comprobado la pérdida de
la vida;
..."

El artículo 343 de la misma Ley, define el momento en que ocurre la pérdida de la vida, y en su fracción I, se dice que la pérdida de la vida sobreviene cuando se presenta la muerte cerebral, de tal modo que cuando una "persona" declarada con muerte cerebral, ya no es más persona, puesto que la legislación así lo manifiesta, pero tampoco la considera como cadáver, luego entonces de acuerdo a la definición vigente, ¿se tendrá un cuerpo muerto que no es persona, pero que tampoco será cadáver en términos legales?

El autor Jorge Alfredo Domínguez Villalobos²² cita a tres importantes juristas que se expresan de la siguiente manera sobre el cadáver:

²² Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo. Algunos aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos. Ed. Porrúa. México, 1993. Pág. 100.

Diez Díaz señala que "El cadáver representa toda una serie de nuevas oportunidades que se abren en beneficio de los que aún siguen viviendo, erigiéndose toda una terapéutica póstuma."

Dertmann sostiene que, "cosa es también el cadáver de la persona, pero por motivos de moralidad pública son muy limitadas las relaciones jurídicas en que puede entrar como sujeto."

Por su parte Messineo "sostiene que sobre la base de los principios generales, se considera cosa al cadáver, puesto que con la muerte se ha dejado de ser persona y así el sujeto se transforma en objeto."

Los autores citados con antelación, aceptan la teoría que establece que una vez que el ser humano ha dejado de existir, se transforma en una cosa, y resulta indudable, ya que no puede atribuirse otra denominación, al cuerpo humano sin vida.

Atendiendo al criterio legal analizaremos algunos artículos del Código Civil Federal, a fin de verificar si el cadáver

reúnelos requisitos necesarios para ser considerado como "cosa".

"ARTÍCULO 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio."

Para entender el artículo anteriormente citado, primero hay que distinguir entre cosas y bienes. Las primeras son todo lo que existe en la naturaleza (excepto el hombre). Los segundos se refieren a todo aquello que existiendo en la naturaleza, es susceptible de ser sometido al poder de dominación o apropiación de la persona; ya se trate de bienes materiales o inmateriales.

"ARTÍCULO 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley."

Conforme a lo dispuesto por este precepto, algunas cosas no pueden ser objeto de apropiación y por lo tanto se hayan fuera del comercio en razón de su propia naturaleza, es decir que no puede ser objeto de apropiación el cuerpo humano.

“ARTÍCULO 749. Están Fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declare irreductibles a propiedad particular.”

Es con este precepto confirmamos que el cuerpo humano por su propia naturaleza no puede ser objeto de apropiación.

Tampoco puede el cuerpo humano ser objeto de contrato, según lo establece el artículo 1825 al establecer las características que debe tener una cosa para poder ser objeto de contratación.

“ARTÍCULO 1825. La cosa objeto de contrato debe: 1°. Existir en la naturaleza. 2°. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3°. Estar en el comercio.”

En relación con lo dispuesto por el artículo 747, la Ley General de Salud, en su artículo 346 prevé:

“ARTÍCULO 346. Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración.”

Esta disposición sustrae del comercio al cadáver ya que no es objeto de propiedad y por ende no cumple con una de las características propias que corresponden a las “cosas”, según lo establecido en el Código Civil Federal.

En éste mismo sentido se pronuncia la corte, mediante la tesis aislada en materia civil que a continuación se transcribe:

“Cadáver. Propiedad del. La doctrina es unánime al sostener que el cadáver es extracomercial, y no puede ser objeto del derecho de propiedad, esto es, que no es cosa que pertenezca en propiedad al heredero ni puede ser susceptible de apropiación , debido a que los más elementales principios de orden público, de seguridad pública, de moral social, están en directa oposición con el

concepto de una propiedad sobre el cadáver, pues el destino normal del cadáver humano, según la conciencia general, es la de ser dejado a la paz del sepulcro, bajo aquella forma que la ley del Estado haya fijado, y este destino es absolutamente incompatible con el concepto de la comerciabilidad del cadáver . De un modo casi general, deben considerarse admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo para fines científicos; en cambio, de acuerdo con la opinión dominante, un contrato oneroso de semejante contenido habría de considerarse nulo, como contrario a las buenas costumbres. Las disposiciones de última voluntad sobre el cadáver (entierro e incineración, etc.) se deben considerar válidas en concepto de modos o de disposiciones sobre ejecución del testamento. Los negocios jurídicos de los parientes o de los terceros sobre el cadáver, que no se refieran al funeral, a la autopsia o cosas parecidas, se deben considerar, en general, como nulos e inmorales, en virtud de que la personalidad del hombre exige respeto aún después de la muerte”.

Séptima época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Vol. 22, cuarta parte, p. 49. Informe1970. Segunda parte, tercera sala, pagina 24.

De acuerdo con el análisis realizado a los preceptos legales invocados, concluimos que el cadáver, no reúne los presupuestos necesarios para ser considerado como "cosa", es decir que por disposición de la ley queda fuera del comercio, y no es susceptible apropiación ni cuantificable en dinero.

El cadáver tiene una naturaleza única en su especie, y algunos civilista establecen que tienen su naturaleza es "sui generis".

Existe también, otra corriente de autores que si bien no analizan en forma expresa la naturaleza jurídica del cadáver, si dedican su atención, a la posibilidad de disposición, haciendo referencia a la comercialidad o extracomercialidad del mismo.

En opinión de Bertoldi de Fourcade citado por Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos, la disponibilidad del cadáver varía según los destinos propuestos, al señalar que:

"El cadáver destinado a la sepultura es una cosa fuera del comercio, de inenajenabilidad absoluta.

El cadáver destinado a fines distintos de la inmediata inhumación (pedagógicos, científicos o terapéuticos), es una cosa fuera del comercio, de inenajenabilidad relativa.

El Cadáver totalmente “despersonalizado” (esqueleto, momia, preparaciones anatómicas), pueden ser res in commercium.”²³

En nuestra opinión, el cadáver se encuentra total y absolutamente fuera del comercio, y no puede considerarse que una vez que sea despersonalizado pueda estar dentro del comercio, como lo plante el autor citado con antelación, ya que la legislación mexicana prohíbe determinadamente que el cadáver pueda ser susceptible de enajenación.

Sin embargo, la Ley General de salud determina la forma y requisitos legales mediante los cuales es posible disponer de él, señalando que debe ser con el único propósito de brindar salud a un ser humano e inclusive de salvar alguna vida.

²³ Ídem., Pág. 101.

CAPITULO 5

5. VALIDEZ JURÍDICA DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL DISPONENTE SECUNDARIO EN LA EXTRACCIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y COMPONENTES DEL CADÁVER, PARA SER TRASPLANTADOS

Los trasplantes o implantes de órganos y tejidos, dan una nueva valoración moral y jurídica al cuerpo humano. La posibilidad de poder utilizar uno o más órganos y tejidos de cadáver o de una persona para ser implantados, ha hecho que se cuestione la existencia de la facultad de disponer libremente sobre la totalidad del cuerpo humano vivo o muerto, propio o ajeno y sobre cada una de sus partes.

En capítulos anteriores estudiamos el derecho a disponer del cuerpo humano durante la vida o para después de la muerte; en éste apartado analizaremos la validez de la manifestación de la voluntad del disponente secundario en la extracción de órganos, tejidos y componentes del cadáver, para ser trasplantados.

5.1. DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO Y SUS PARTES EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

El cuerpo de cada uno de los seres humanos es nuestra primera posesión. Es lo único con lo que llegamos al mundo y es también lo único que conservamos hasta el momento de la muerte. Pero la disposición del cuerpo encuentra condiciones de todo tipo, desde las condicionantes religiosas, hasta las jurídicas, es por ello que el tema de la disposición corporal es uno de los más importantes y discutidos en las cuestiones de trasplantes de órganos.

En el derecho romano, el tema de la disposición corporal fue concebido como una relación consigo mismo y como consecuencia no se le concedía a ningún hombre, derecho a disponer ni de su vida , ni de su cuerpo o sus miembros, pues no podía aceptarse la posibilidad que existieran relaciones jurídicas consigo mismo.

En el siglo XVI, los autores de la escuela tradicional española del derecho natural, al estudiar las relaciones que pueden darse entre la persona y su cuerpo, sostuvieron que el hombre sí tiene derecho sobre su propio cuerpo y, por lo

tanto, puede disponer de él o al menos de algunas partes, sin que ello llegue a significar un derecho de propiedad sobre él mismo.

Por su parte, Castán Tobeñas¹ señala que el derecho a la vida y a la integridad corporal son irrenunciables, y no susceptibles de disposición, pero reconoce que el consentimiento para disponer del cuerpo humano no deja de tener alguna repercusión en el ámbito del derecho a la conservación de la vida y a la integridad física, por lo que se trata, más que del ejercicio de un derecho autónomo de disposición sobre el propio cuerpo, de manifestaciones de la facultad natural de uso o goce de la persona que puede desenvolverse dentro del ámbito amplio que la ley y la moral reconozcan, justificando en ocasiones que están motivadas por una finalidad de valor social.

En nuestra legislación, el artículo 24 del Código Civil Federal, establece que el mayor de edad puede disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

¹ Op. cit. p. 54

En México la disposición del cuerpo humano y los trasplantes o implantes se encuentra regulada desde 1973; el Código Sanitario publicado en ese mismo año destinaba el título décimo a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Posteriormente en 1976, con la finalidad de establecer el marco legal para la obtención, conservación, utilización y suministro de órganos y tejidos de seres humanos para fines de trasplante, se publica en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento respectivo.

Las disposiciones legales que rigen actualmente son:

1. La Ley General de Salud.

Publicada en el Diario oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984 como ley reglamentaria del artículo 4º Constitucional, derogando de ésta manera el Código Sanitario de 1973.

La Ley General de Salud, en su Título Décimo Cuarto, establece las bases legales conforme a las cuales deberá realizarse el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Esta ley ha sido objeto de diversas reformas, la primera en 1987 y la última el 19 de junio del año en curso.

En abril de 2000, la Ley General de Salud fue adicionada con la reforma que sentó las bases para la donación y trasplante de órganos, con el objeto de atender los problemas de salud de aquellas personas que enfrentan disfunciones irreversibles de sus órganos y tejidos, cuya única solución es el trasplante, destacan una nueva cultura de donación, que introduce la figura de "consentimiento tácito", nuevos avances tecnológicos respecto a la pérdida de la vida, reforzamiento del control de donación de órganos y tejidos y el fortalecimiento de la infraestructura en esta materia a través del Centro Nacional de Trasplantes; lo cual, es de gran importancia y da la pauta para desarrollar nuestro el tema de estudio que nos ocupa.

2. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos y Tejidos de Cadáveres de Seres Humanos.

Con su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 18 de febrero de 1985, se abroga el reglamento de 1976. Este nuevo ordenamiento llega a dar mayor claridad y

efectividad a las normas contenidas en la Ley General de Salud.

3. Reglamento Interior de la Secretaria de Salud

Publicado en el Diario Oficial de la federación el 19 de enero de 1985.

4. Acuerdo por el que se crea el Consejo Nacional de Trasplantes

Publicado el 19 de enero de 1999, éste organismo tiene como propósito promover, apoyar y coordinar las acciones en materia de trasplantes que realizan las instituciones de salud de los sectores público, social y privado, para reducir la morbilidad y mortalidad por padecimientos susceptibles de ser corregidos mediante este procedimiento, y teniendo entre otras la atribución de promover la constitución de los Consejos Estatales de trasplantes.

5. Reglamento Interno del Consejo Nacional de Trasplantes

Publicado el 19 de marzo de 2005

La Secretaría de Salud es la Autoridad competente para ejercer el control sanitario sobre las actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de los órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, no solo con fines terapéuticos, sino también de docencia o investigación. Para cumplir con esta función tienen a su cargo al Centro Nacional de Trasplantes que a su vez, tiene a su cargo el Consejo Nacional de trasplantes, Registro Nacional de Trasplantes y los Centros Estatales de Trasplantes que establezcan los gobiernos de las entidades federativas.

El Centro Nacional de Trasplantes es una comisión intersecretarial de la administración pública federal, que tendrá por objeto promover, apoyar y coordinar las acciones en materia de Trasplantes que realizan las instituciones de salud de los sectores, público, social y privado y fue creado para vigilar la correcta aplicación de las técnicas de trasplantes. Con éste organismo se pretende asegurar que haya una autoridad que esté a cargo de la transparencia y verificación de éste tipo de procedimientos.

El Registro Nacional de Trasplantes es el encargado de llevar el registro de los establecimientos autorizados para llevar a cabo trasplantes, los profesionales de las disciplinas de la salud que intervengan en los trasplantes, la lista de los pacientes en espera de algún órgano ó tejido, los casos de muerte cerebral y una vez realizado el trasplante, los datos de donadores, receptores y fecha de trasplante.

En lo que respecta a los Centros Estatales de Trasplantes, con ellos se presenta una cobertura nacional y una coordinación entre los distintos Estados de la república y a nivel nacional.

5.2. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS

El acto de disposición, puede asemejarse con algunos tipos de contratos, mismos que contienen una nominación específica dentro del Código Civil, sin embargo, la disposición de órganos y tejidos podría ser más bien un contrato innominado, porque si bien es cierto, todo contrato es un acto, no todo acto es un contrato, es decir que desde el punto de vista que lo estamos tratando resulta

que solo constituye un acto de disposición y eventualmente da vida a un "contrato".

En estricto sentido jurídico, como ya lo comentábamos en capítulos anteriores, no es posible emplear el término civilista de donación para enmarcar este acto de disposición, ya que a pesar de que ambas figuras tienen como común denominador la gratuidad, en la disposición existen diferencias importantes en cuanto a los requisitos legales, a la manera de manifestar el consentimiento y sobre todo en la revocación de la donación y sus consecuencias legales.

La disposición no admite, en materia de transmisión de órganos, tejidos y células, la noción tradicional de donación que requiere la convergencia de dos voluntades: la de donar y aceptar lo donado; ya que la disposición que se propone esta sustentada en las siguientes características:

1. La disposición de órganos siempre será voluntaria y diferente a la donación civil, porque:

- a) La ley parte de un consentimiento expreso o tácito de la persona.

b) La persona en todo momento, puede expresar por escrito y sin mayor formalidad, que no será disponente.

c) La familia tendrá derecho de oponerse a la disposición, cuando esta se base en el consentimiento tácito del fallecido.

2. Las disposición solo será para trasplantes.

3. Los menores de edad solo pueden ser donantes de médula ósea con el consentimiento expreso de sus padres o representantes legales, en ningún otro caso los menores de edad podrán ser disponentes vivos.

4. Las disposiciones para trasplantes entre vivos solo podrán realizarse entre personas que comparten afinidad consanguínea o afinidad civil, exceptuando la donación de médula ósea, esto para prevenir el comercio de órganos.

5. Los incapaces o personas sujetas a interdicción, no podrán ser disponentes vivos ni cadavéricos. (ellos no pueden ser donadores, porque de alguna manera se trata

de proteger su voluntad que en determinado momento nunca hubieran podido manifestar).

6. La selección del disponente y del receptor del órgano, será siempre por prescripción médica.

7. La disposición podrá ser revocada en cualquier momento y sin responsabilidad alguna, con lo cual se respeta el derecho de libertad personal.

Tradicionalmente se usa la palabra donador o donante para designar a la persona que otorga su consentimiento para que se disponga de sus órganos o tejidos con fines de trasplante ya sea en vida o al momento de su muerte.

El Reglamento Federal de 1976 utilizaba el término de donador, pero establecía claramente en el artículo 26, lo que debía de entenderse por donación para efectos de trasplante, solucionando el legislador de esta manera una posible contradicción de términos.

Sin embargo, con la finalidad de adecuarse más al lenguaje jurídico, la actual legislación emplea, en lugar de donador, el término de:

Disponente:

Un disponente es aquel que decide donar o no, sus órganos o los de alguna otra persona, existiendo dos tipos de disponentes:

- Disponente originario:

Es toda persona que goza del derecho de donar sus órganos tejidos, productos, células y cadáver. Puede ser considerado como el potencial "donante", es decir, la persona que tiene la facultad de decidir sobre su propio cuerpo.

- Disponentes secundarios:

Son aquellas personas que pueden otorgar su consentimiento o anuencia para la disposición de órganos y tejidos de un cuerpo ajeno al suyo, y que de acuerdo con el artículo 324 de la Ley General de Salud en orden de preferencia serán: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante, conforme a la prelación señalada.

Cabe aclarar que no obstante lo dispuesto en la Ley, el Reglamento de la materia en su artículo 13, incluye como disponentes secundarios -además de los mencionados-, a la autoridad sanitaria competente, al Ministerio Público, con relación a los órganos, tejidos y cadáveres que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones; a la autoridad judicial, a los representantes legales de los menores e incapacitados, únicamente con relación a la disposición de cadáveres, las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado, y las demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalan en las mismas.

En relación con lo antes citado, considero que en este sentido existe una contraposición entre la Ley y el Reglamento correspondiente, de tal suerte que resulta éste último inconstitucional, al establecer mayores supuestos que la primera.

Además, el orden de prelación que establece rompe con las reglas de parentesco establecidas en el Código Civil Federal, (no obstante que el art. 15 del Reglamento de la materia establece que la preferencia entre los disponentes secundarios se definirá conforme a las reglas de parentesco que establece el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal) pues entre el adoptado y el adoptante existe el mismo grado de parentesco que entre padres e hijos, y no se justifica la preferencia de otros parientes más lejanos.

Pero para finalizar este apartado es importante aclarar que el término "Donador", en esta materia se sigue utilizando para designar a la persona que ya proporcionó un órgano, tejido o células, ya sea por medio de su consentimiento tácito o expreso.

5.3. DE LA DONACIÓN Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS DE ACUERDO A LA LEY GENERAL DE SALUD

En la Ley General de Salud se reconocen, entre otros objetivos, el derecho a la protección a la salud, regulando en consideración a la misma los siguientes aspectos:

- El bienestar físico y mental de toda persona
- La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana
- La protección de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones que contribuyan al desarrollo social.

Para cumplir con los objetivos mencionados y tratándose de donación y trasplante de órganos, la regulación en la Ley y su reglamento en ésta materia es adecuada – en términos generales-, aún cuando existen algunos aspectos discutibles, así como discrepancias entre la Ley y el Reglamento en esta materia.

El Título Décimo Cuarto de la ley se denomina Donación, trasplantes y pérdida de la Vida, cual en sus tres primeros capítulos, establece la normatividad aplicable a la donación y trasplante de órganos. El capítulo cuarto regula la pérdida de la vida y el quinto la disposición de cadáveres humanos.

Es el artículo 320 de la Ley General de Salud el que da la pauta para realizar la donación de órganos, al establecer:

"Artículo 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título."

La Ley General de Salud, reconoce tanto a la disposición para después de la muerte, como aquella que se lleva a cabo entre personas vivas.

5.3.1. DONACIÓN Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS ENTRE PERSONAS VIVAS.

La forma más común de donación de órganos se lleva a cabo inter vivos, medio que, resulta ética y jurídicamente

valido si se reúnen las condiciones que tanto el derecho como la ciencia médica han acordado establecer.

El donante vivo, es la persona que decide donar un órgano par o un segmento de un órgano único, y que no pone en peligro su vida.

Se pueden donar en vida, los tejidos, la sangre, la médula ósea, los huesos, amnios y la sangre de cordón umbilical; y órganos sólidos como un riñón, o un segmento de órganos como son el hígado, el páncreas y el pulmón, lo anterior es únicamente permitido cuando tanto el donante como la persona que recibe el trasplante, comparten afinidad consanguínea o afinidad civil.

En torno a este apartado, el Doctor José Ángel Ceniceros, divulgo un artículo, en donde se resaltan los siguientes puntos de consideración al tema:

"La persona tiene derecho de disponer en vida de partes de su cuerpo, para beneficio de otro, con tal de que el motivo que la impulse sea conforme al orden público y las buenas costumbres.

Ese derecho tiene como limite, no disponer de partes del cuerpo que entrañe su aniquilamiento, es decir, solo puede disponerse, de partes no esenciales y que sean regenerables"²

Las personas encargados de la procuración de órganos de este tipo de disponentes deben de informar de antemano los riesgos y beneficios sobre este procedimiento a través de una valoración integral del probable donador, en donde se asegure que la donación no causará algún daño en su bienestar biopsicosocial.

El consentimiento de un disponente vivo debe ser bajo una reflexión libre, informada y legalmente adecuada.

El artículo 330 de la Ley General de Salud autoriza los trasplantes de órganos y tejidos de seres humanos vivos, solamente si se han obtenido resultados satisfactorios en las investigaciones previas, si la intervención quirúrgica representa un riesgo aceptable para la salud y la vida tanto del receptor como del disponente originario, y si existen justificantes del orden terapéutico.

² Trasplante de Órganos Humanos. Dictamen de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Revista Criminal. Editorial Bosch, Madrid España, Pág. 124.

La ley es clara al indicar que el trasplante es, estrictamente terapéutico entre personas vivas.

En México el 85% de los trasplantes se llevan a cabo a partir de donador vivo relacionado, es decir, significan gran parte del número total de donadores. Sin embargo, por las limitantes que presenta la donación en vida, es de suma importancia incentivar la donación cadavérica.

5.3.2. DONACIÓN Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS, CÉLULAS, PARA DESPUÉS DE LA MUERTE.

La donación de cadáveres presenta dificultades, pues la persona lo dejó de ser al morir y su voluntad no puede expresarse. Sin embargo, su voluntad pudo haber sido expresada antes de su muerte en el sentido de aceptar, en vida, que a su muerte sus componentes pudieran ser susceptibles de trasplantarse o bien, por el contrario, negarse a ser donador.

Es así, que podemos decir que disponente cadavérico, es toda persona que expresa su consentimiento para que se disponga después de su muerte del cadáver que quedará, para extraer órganos y tejidos.

El Doctor Hernan L. Fuenzalidá-Puelma, en artículo publicado por el Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, hace alusión a la donación "post mortem", misma que deberá entenderse como disposición, y en la que plantea tres tipos de problemas:

"A) ..., el tipo de consentimiento que se requiere del "donante" (disponente originario).

Esta categoría emplea tres clases de "donación:

a) La donación por testamento.

Dickens señala que anteriormente, bajo el derecho consuetudinario, una persona no podía "donar" su cuerpo por testamento, ya que el cuerpo no estaba considerado como una propiedad legal y, por tanto, no formaba parte de los bienes testamentarios."³

³ Citado por : Come B. Organ donor Shortage: European situation and possible solution.

En términos prácticos, ese tipo de "donación" no es segura y no garantiza que se pueda llevar a cabo; ya que los testamentos rara vez se notifican a tiempo para permitir que la "donación" se realice oportunamente, y los órganos donados deben ser extraídos poco tiempo después de la muerte; aunque, la "donación" por testamento presenta una ventaja, y es que **no esta sujeta al veto de los familiares.**

"b) Donación por medio de la tarjeta de donante

Este procedimiento, se considera la mejor forma de "donación" voluntaria de órganos porque ofrece la ventaja de que el "donante" (disponente originario) siempre lleva la tarjeta consigo. De este modo, el hospital puede buscar la tarjeta y actuar inmediatamente en lugar de preguntar a los familiares del "donante" (disponente originario) si éste ha dejado testamento."⁴

Cabe mencionar que en México la tarjeta de donador voluntario es el documento en el cual, se manifiestas en forma escrita el deseo de donar; presenta dos opciones, en

⁴Idem

la primera, se puede disponer de cualquier órgano útil, y en la segunda otorga la facultad al disponente originario de indicar concretamente los órganos que pueden ser utilizados.

El Centro Nacional de Trasplantes, es quien la expide; no se necesita registro alguno ante ningún Centro de Salud, y puede ser revocada en cualquier momento, con la simple destrucción del documento.

A nuestra consideración esta forma de donación es la más eficaz, sin embargo, esa eficacia se demerita al ser necesario conforme a la Ley General de Salud que los familiares cercanos otorguen su consentimiento, ya que en practica los familiares son los principales opositores a que se lleva a cabo la ablación de los órganos, no obstante, el consentimiento expreso del disponente.

“c) La donación por consentimiento presunto.

Según este criterio, los órganos de los cadáveres se extraen habitualmente, a menos que se haya formulado objeción (por el "donante" antes de fallecer o por un familiar, si el finado no había autorizado específicamente la

donación) antes de la extracción. La ley, en la "donación" por consentimiento presunto evita que la familia afligida se vea obligada a deliberar sobre la petición de "donación" del médico. Mediante este tipo de "donación" se pueden conseguir más órganos que con la del consentimiento afirmativo del donante."⁵

Para que el consentimiento presunto tenga validez, el "donante" potencial debe entender su significado y entender que el no desistimiento se interpretará como consentimiento.

Nuestra legislación de Salud desde sus reformas en 2000, como ya lo comentábamos anteriormente, contempla este criterio, sin embargo, la cifra estimada de órganos "donados" no ha aumentado significativamente, ya que los médicos requieren del consentimiento de los familiares para poder extraer los órganos de los cadáveres, sin importar, que el disponente originario haya otorgado su consentimiento.

"B) La determinación de la muerte del donante."⁶

⁵ Idem

⁶ Idem

Este tema se trató con anterioridad en el capítulo IV de este trabajo, indicando que la Ley General de Salud, en sus artículos 343 y 344, marca los requisitos para determinar la muerte.

"C) Los conflictos de intereses que pueden aparecer en relación con los trasplantes.

La ética médica señala Dickens, "exige que los médicos que atienden a personas consideradas "donantes" adecuados de órganos al momento de fallecer, no estén, ni parezcan estar en situación de conflicto de intereses, su labor no debe ser empañada por la sospecha de que su preocupación por el paciente se vea distraída por la idea del beneficio que su muerte puede representar para los receptores de órganos."⁷

5.4. LA VALIDEZ DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

⁷ Ídem

La voluntad desde el punto de vista de la filosofía, se define como la facultad de querer, como la potencia del espíritu dirigida hacia un fin.

Desde el punto de vista jurídico se entiende como la expresión del querer de un sujeto o de varios, dirigido a la realización de un determinado acto jurídico.

La voluntad del disponente en la donación de órganos merece especial protección, por ello la legislación mexicana en materia de salud, señala claramente en el artículo 9° del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, que en ningún caso se podrá disponer de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres, en contra de la voluntad del disponente originario.

Por otra parte, si bien la Ley General de Salud no hace referencia a alguno a los vicios de la voluntad que pueda afectar la validez de la donación – lo que se entiende por ser esta actividad esencialmente altruista-, lo cierto es que es consustancial a todo acto jurídico el que éste se realice

sin que medien dichos vicios de la voluntad. Por ello, si tomamos como ejemplo un caso en el que a una persona le fue arrancado, por medio de la violencia, su consentimiento para donar un órgano a determinada persona, aquella podría validamente solicitar la nulidad de dicho acto, además de que el afectado podría en todo momento revocar su consentimiento expreso obviamente, previo a la consumación del trasplante.

De Cupis, citado por la Revista Mexicana de Derecho Penal, al respecto opina: "La validez del consentimiento se anexa, no a la inferior jerarquía ocupada por el derecho a la integridad física en relación al " bien de la vida", sino a la espontánea manifestación del mismo y a su colocación dentro de los linderos establecidos por el ordenamiento jurídico para validar o no el acto de disposición."⁸

Esta definición demuestra claramente que para considerar la validez del consentimiento se requiere que la manifestación de la voluntad sea espontánea y libre de coacción física o moral.

⁸ Revista Mexicana de Derecho Penal. Perfiles Jurídicos de los Trasplantes en Seres Humanos. Doctor Gert Kummerow, Publicación bimestral, número 33, mayo-junio de 1970, México tercera época. Págs. 41 y 42.

De acuerdo con la Ley General de Salud y su Reglamento, la manifestación de la voluntad puede ser expresada por el disponente originario o por el secundario.

Dicha voluntad puede ser expresada por el disponente originario, de conformidad con lo ordenado con el artículo 324 de la Ley, a través del consentimiento tácito, cuando no hubiere manifestado expresamente su negativa a que su cuerpo o sus componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga el consentimiento de sus familiares.

De acuerdo con la legislación civil, el consentimiento tácito resultará de hechos o actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo, excepto en los casos que por disposición de la propia Ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente (artículo 1803 del Código Civil Federal).

Pero en materia de donación de órganos y trasplantes, se regula una hipótesis totalmente contraria. Se entiende otorgado el consentimiento tácito cuando no hay una manifestación expresa en sentido contrario. Obviamente, el artículo 324 de la Ley General de Salud contiene una excepción a la regla general y no se aplica el criterio

civilista. La legislación sanitaria se ubica dentro de la esfera del derecho administrativo, por lo que podemos recordar las figuras de la negativa ficta fiscal o la afirmativa ficta establecida en algunas legislaciones, como la Ley Federal de Protección al Consumidor o la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, que ante el silencio de la autoridad se presume una resolución administrativa negativa o afirmativa, con el simple silencio de la autoridad.

Algo análogo se plasmo en la legislación sanitaria, ante la necesidad de órganos y la carencia de donantes; el legislador creo una norma especial cuyo objetivo es bondadoso, pero no sin embargo, susceptible de ser cuestionado.

5.4.1. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL DISPONENTE ORIGINARIO

Toda persona mayor de edad y con capacidad legal es disponente de su cuerpo y podrá expresar su voluntad para donarlo, total o parcialmente.

Entendida la manifestación de la voluntad, en este sentido, es importante destacar que el disponente originario será el único titular del derecho a disponer y dar su consentimiento para que su cuerpo y productos del mismo en vida y los provenientes del cadáver, puedan ser trasplantados a una persona que lo necesite.

Así el consentimiento que otorgue por escrito en vida, sino se revocó deberá prevalecer sobre cualquier otro expresado por persona ajena o familiar, es decir, pareciera entenderse que la Ley General de Salud esta inspirada en los principios generales que rigen en el derecho civil los actos testamentarios, de manera que un testamento común y corriente de bienes no puede ser revocado por nadie más que por la persona que hizo la disposición testamentaria.

Disponer del propio cuerpo en beneficio de otra persona, es una decisión que debe ser tomada libremente sin ninguna clase de presión, no se puede obligar por ningún medio a la persona a otorgar sus órganos y tejidos para trasplante.

No obstante lo anterior, para poder emitir el consentimiento, el disponente originario, ha de contar con plena capacidad para entender y querer las cosas así como las consecuencias de las mismas, en tal virtud la Ley

General de Salud enuncia por excepción a las personas que se encuentran limitadas para otorgar su consentimiento.

"ARTICULO 326. El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican:

- I. El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido; y

- II. El expreso otorgado por una mujer embarazada solo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

El criterio respecto a que el consentimiento sea otorgado por persona apta física y mentalmente, creemos que fue adoptado, atendiendo la preocupación, a que los menores

de edad o incapaces, no llegan a comprender totalmente las consecuencias de sus actos; en este sentido cabe recordar que no se podrá disponer de órganos o tejidos si esto trae consigo el detrimento de la salud.

5.4.2. MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL DISPONENTE SECUNDARIO

Para Considerar la validez que tiene la manifestación de la voluntad expresada por el disponente secundario, hay que recordar lo que señala el Profesor Carlos Ma. Casabona "...que la salud o la vida de una persona es más importante que la dignidad de un cadáver, la cual es, en todo caso, respetada..."⁹

No obstante que esta frase tiene un contenido un tanto utópico, es trascendente para considerar jurídicamente, la validez que posee en el ordenamiento jurídico la voluntad de los familiares para autorizar ó negar la donación de órganos, tejidos y sus componentes provenientes del cadáver, de los que en vida fueron sus familiares y a

⁹ Romero Casabona, Carlos Ma. Los Trasplantes de Órganos. Editorial Bosch, Barcelona España, 1979, Pág. 77.

quienes la ley considera que tácitamente aceptaron la donación.

De conformidad con el artículo 324 de la Ley General de Salud, habrá consentimiento tácito del donante cuando:

“...no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: él o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

El escrito por el que la persona exprese no ser donador, podrá ser privado o público, y deberá estar firmado por éste, o bien, la negativa expresa podrá constar en alguno de los documentos públicos que para este propósito

determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes.

Las disposiciones reglamentarias determinarán la forma para obtener dicho consentimiento."

El entorno que rodea a la validez del consentimiento del que habla el artículo que 324 que antecede, otorgado por el familiar o persona ajena para la disposición del cadáver, ha sido patrón para que doctrinarios, emitan diversos criterios valorativos en torno a este tópico, así tenemos que:

Maria Virginia Bertoldi de Fourcade, opina: "Existe un derecho subjetivo de los familiares para disponer del cadáver ajeno cuyo poder jurídico consiste en atender al destino normal del cadáver. El mismo aparece reconocido como un "derecho-deber" de cuidado y custodia en los usos y costumbres, ..." ⁸⁶

En relación con la idea anterior en el ciclo de conferencias y mesas redondas sobre trasplantes de órganos y derecho penal se agregó: "... cuando hay ausencia de la

manifestación de la voluntad, surge un derecho de familia, de carácter privado, no patrimonial esta es una situación jurídica "sui generis", que se traduce en tutela moral y afectiva para dar cumplimiento a los funerales debidos y que es solo indudablemente un derecho-deber de cuidado y custodia."¹⁰

Al respecto cabe aclarar, que de conformidad con la legislación mexicana no se puede hablar de ausencia de la manifestación de la voluntad, ya que ésta siempre existirá, ya sea a través de consentimiento expreso o del tácito.

Por otra parte, reforzando el criterio de Maria Virginia Bertoldi, existe una tesis aislada en materia civil, que establece:

“CADAVER, DERECHO A LA DISPOSICIÓN DEL.

El derecho a disposición del cadáver es de carácter familiar, que se desplaza del orden común de las relaciones jurídicas para constituir un derecho sui generis, cuyo contenido es de carácter moral y afectivo, y que compete a los parientes

¹⁰ Ciclo de conferencias y mesas redondas sobre Trasplantes de órganos y Derecho Penal, Comentarios y Reflexiones del Magistrado Guillermo Arrollo de Anda, Pág. 5.

que por los lazos de estimación, afecto, respeto y piedad, estén más vinculados con el difunto y tales vínculos no puedan ser otros, más fuertes, que los establecidos, naturalmente, entre madre e hijo, a más de que, en justa correspondencia a las obligaciones y deberes que a los padres impone la patria potestad (como es el derecho de guarda que implica el deber de velar sobre el cuerpo y la memoria del hijo después de su muerte, y de regular las exequias y sepultura de éste), se encuentra la obligación del hijo (artículo 411 del Código Civil) de honrar y respetar a sus padres, cualquiera que sea la edad y condición de aquél, y esa obligación de honrar y respetar a los padres debe entenderse que se prolonga aún después de que éstos mueran; obligación que solo se puede cumplir cabalmente reconociendo al hijo el derecho (a falta de disposición expresa del difunto) de escoger el lugar en que ha de ser sepultado su progenitor, pues solo así puede cumplir con esa obligación y, correlativamente, ejercitar el derecho, cuya exteriorización es una suerte de tutela sobre el destino de los restos de la persona fallecida, orientada a la mejor conservación de los mismos y especialmente destinada a perpetuar su memoria y a mantenerla viva en el seno de la familia y de la sociedad.

Amparo directo 2435/70. Maria del Carmen Mendoza Vargas. 29 de octubre de 1970. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís López. Secretario: José Galván Rojas."¹¹

Las ideas que preceden, apoyan irrefutablemente el criterio de que ha de ser reconocida para la utilización del cadáver, la manifestación de la voluntad de los familiares, esto basado en la costumbre y los usos, es decir reconocen a los mismos un "derecho de deber de custodia".

Sin embargo, en el lado opuesto, tenemos autores como el maestro Trueba Urbina, citado por Jorge Alfredo Domínguez, que opina: "... los parientes no tienen ningún derecho a disponer del cadáver; que el cuerpo humano no es objeto de comercio y por ende no es objeto de herencia. Estimo por ello ilícito que se otorgue dicho consentimiento."¹²

A lo expresado por el maestro Trueba Urbina debemos agregar que en principio los familiares no pueden en estricto derecho dar su "consentimiento" para donar los

¹¹ Semanario Judicial de la Federación, Séptima época, Instancia, Tercera Sala, 22 cuarta parte, pág. 35, 1970

¹² Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo. Ob. Cit., pág. 104.

órganos de quien en vida fue su familiar, toda vez, que la única persona que da su consentimiento es el disponente originario, y el secundario solo podría dejar sin efectos dicho consentimiento, ya que tampoco podría decirse que lo revoca toda vez que éste no tiene la personalidad jurídica para hacerlo.

El profesor Carranza, también citado por Jorge Alfredo Domínguez García, indica al respecto: "... la solución no puede ser egoístamente individualista, de suerte que la sobre protección del hombre impida el progreso de las ciencias, ni tampoco ciegamente solidaria, de manera que se dejen a un lado inalienables derechos del individuo en aras del progreso social."¹³

Por último, el profesor Carlos Maria Romero Casabona, señala: "La sociedad delega en ocasiones a aquellos la tutela de los intereses del difunto, como máximos interpretes de su voluntad".

No obstante lo anterior, frecuentemente, la decisión de los familiares no responde al respeto de los presuntos deseos del difunto en vida, sino a sus propios intereses,

¹³ Ídem

considerando en muchas ocasiones que tenían sobre el cuerpo del difunto un auténtico derecho de propiedad, negándose, sin más, quizá por los sentimientos de dolor originados por la pérdida del ser querido, a toda manipulación sobre el cadáver, sin detenerse a buscar la verdadera voluntad del fallecido. Por esta razón, y porque la sociedad sí esta, en cambio, dispuesta a dar los órganos del difunto, hay que prescindir, en principio, de la intervención de los familiares. No obstante, cuando el fallecido fuera un menor o incapacitado, podrán ser substituidos mediante la intervención de aquellos o de sus representantes legales..."¹⁴

La opinión de Maestro Carlos Maria Casabona es muy clara y sin duda muy cercana a la realidad, máxime a partir de la implementación del llamado consentimiento tácito, que supone que la voluntad, de quien en vida fue familiar de los disponentes secundarios, fue la de donar, porque de lo contrario pudo en cualquier momento revocar su consentimiento.

Los problemas sentimentales son sin duda, como lo establece el maestro, uno de los principales problemas en

¹⁴ Romero Casabona, Carlos Maria. Ob. Cit., Pág. 76.

la donación de órganos, ya que hay quienes lo consideran como una mutilación, por lo que prefieren conservar el cuerpo completo para el sepelio.

De acuerdo con las opiniones referidas anteriormente nos adherimos a la idea de que el derecho de los familiares es un derecho de naturaleza "sui generis", ya que se considera para su validez los derechos de afección, mismos que se traducen en tutela moral y afectiva, en un derecho-deber de cuidado y custodia.

Sin embargo, si entendemos que el cuerpo ya no pertenece a nadie y se supone que en vida tenemos la opción de manifestar que no queremos ser donadores, nadie tienen porque ir en contra de nuestra voluntad, ya que el único tiempo en que pudo alguien dar su consentimiento o no para disponer de él, es cuando se es persona, es decir, siempre deberá ser el disponente primario quien otorgue el consentimiento, por lo que no debe existir la figura del disponente secundario, ya que el disponente secundario no tiene porque dar su autorización para que se disponga del cadáver o no de quien en vida fue su familiar, y mucho menos puede dar su "consentimiento" como ya lo

comentábamos anteriormente, para hacer algo con un objeto que no le pertenece.

Por último, podemos decir que el cumplimiento de las promesas entre vivos es uno de los pilares de la vida en sociedad por lo que la palabra empeñada tiene un sentido de honor y de dignidad. Los humanos debemos tener la certeza de que nuestros deseos van a cumplirse si son razonables y si están sustentados en la confianza recíproca, son moralmente aceptables y no contrarían el orden público.

CONCLUSIONES

1. En sentido jurídico la persona se define, como todo ser o ente capaz de derechos y obligaciones. Distinguiendo el termino personalidad por ser la investidura que actúa de conditio sine qua non para proyectar y recibir los efectos jurídicos. La persona física se distingue por sus cualidades, como son: capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio, nacionalidad y ciudadanía.

2. Los derechos de la personalidad son aquellas facultades que tiene el individuo para gozar de si mismo y de todos aquellos bienes que le pertenecen, los cuales se fundamentan en un derecho natural del hombre.

3. El contrato de donación es considerado como un contrato nominado, mientras que la disposición de órganos, tejidos y componentes del cadáver, es considerada precisamente solo como un acto de disposición. En el primero se trasmite la titularidad de bienes del patrimonio del donante, mientras que segundo la

ley solo otorga facultades a los familiares y al Estado para consentir su destino.

4. La donación no puede recaer sobre bienes futuros. La disposición de órganos y tejidos, debido a su naturaleza optará por la obtención de órganos y tejidos provenientes del cadáver.

5. Atendiendo al aspecto médico de los trasplantes, la conservación de la salud y la preservación de la vida, se encuentra como antecedente, el derecho a la protección de la salud, mismo que tiene su fundamento, en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

6. La muerte es la cesación definitiva de la vida. La muerte desde el punto de vista médico, se entiende como la serie de actos que se dan en forma sucesiva y que para la determinación de la misma, deberá atenderse al criterio de muerte cerebral.

7. Desde el punto de vista jurídico, se concluye diciendo que la muerte, es un hecho que pone fin a la existencia del

ser humano y por ende a su personalidad, desencadenando así, una serie de consecuencias jurídicas.

8. Entre los documentos médico-legales necesarios en la determinación de la muerte se distinguen los siguientes: certificado de defunción y acta de defunción.

9. La Ley General de Salud le atribuye al cadáver, la calidad de "cosa", sin embargo, por disposición de la misma, lo sustrae del comercio. Por lo que los cadáveres de seres humanos no pueden ser objetos de propiedad y siempre deberán ser tratados con respeto, dignidad y consideración.

10. Entre los órganos y tejidos que son susceptibles de ser trasplantados, se encuentran aquellos que provienen de personas y de cadáveres de seres humanos.

11. En la disposición de órganos existen tres sujetos que intervienen en ella principalmente; el disponente originario, el disponente secundario y el receptor.

12. El disponente originario, para realizar una donación de órganos en vida deberá cumplir con los siguientes requisitos: ser mayor de edad, tener compatibilidad con el

receptor, contar con un informe sobre los riesgos de la operación, haber expresado su voluntad por escrito y ser a título gratuito.

13. El disponente originario podrá otorgar su consentimiento ya sea de manera expresa o tácita.

14. El consentimiento del disponente originario, siempre será: espontáneo, libre de coacción física o moral y en el caso del consentimiento expreso, deberá ser por escrito, permitiendo así, establecer jurídicamente su reconocimiento. El disponente originario o primario puede manifestar su voluntad, precisando si la donación es total o limitada a determinados componentes de su cuerpo. El disponente originario puede en cualquier momento revocar su consentimiento, sin que de esta acción se derive consecuencia jurídica alguna.

15. El consentimiento expresado por el disponente originario, encuentra su limitante en la Ley General de Salud, al establecer y enunciar a las personas que están impedidas para disponer de sus órganos y tejidos; entre las que se encuentran: Los menores de edad, personas

impedidas para expresarlo libremente y mujeres embarazadas.

16. Para la utilización de órganos, tejidos y componentes del cadáver se necesitará además del consentimiento del disponente originario, el consentimiento de alguno de los disponentes secundarios, tomando en consideración la prelación señalada en la Ley General de Salud y su reglamento.

17. El legislador se equivoca al establecer que el disponente secundario deberá otorgar su consentimiento para que el cuerpo o partes del cuerpo de quien en vida fue su familiar sean utilizados para ser trasplantados, ya que el consentimiento únicamente puede ser otorgado por el disponente originario y el disponente secundario solo podrá negar su "autorización" para que se disponga del cuerpo.

18. Legalmente se considera donante de órganos a toda persona fallecida, que no haya dejado constancia expresa de su oposición para que después de su muerte se realice la extracción de órganos y tejidos provenientes del cadáver, previa la autorización de los familiares cercanos (disponente secundario) que refiere la Ley General de Salud.

19. El principal obstáculo para la "donación" de órganos y tejidos no es la ignorancia de los clínicos, ni los problemas económicos, ni los problemas legales; es simplemente el que los que fueran familiares de la persona a la que pertenecía el cadáver, en la mayoría de los casos se niegan a manifestar su voluntad en sentido positivo para permitir se lleve a cabo la donación.

20. Los llamados derechos especiales como el que corresponde a la dignidad que merecen los cadáveres de humanos, quedan supeditados en jerarquía inferior a otros derechos como el que corresponde a la protección de la salud o al derecho a la vida que ocupa la cúspide de la pirámide, por ello, consideramos que debe desaparecer la figura del disponente secundario.

21. Solo en la medida que se de una verdadera concientización a través de la educación e información, a médicos, juristas y población en general sobre la donación de órganos, tejidos y componentes del cadáver, se podrán vislumbrar los grandes beneficios que ofrece la ciencia.

BIBLIOGRAFIA

1. Bergoglio de Brouwer de Koning, Ma. Teresa, Bertoldi de Fourcade, Ma. Virginia. Trasplantes de órganos entre personas con órganos de cadáveres, Ed. Hamurabi. Buenos Aires, Argentina, 1983.
2. Biondo Biondi, Traducción Manuel Fairen. Sucesión Testamentaria y Donación, Editorial Bosch. 2º Edición. Barcelona España.
3. Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Actualizada, Buenos Aires, Argentina, 1998.
4. Castan Tobeñas, José. Derecho Civil Español común y foral. 5º Edición. Tomo tercero. Madrid, 1941.
5. Castan Tobeñas, José. Los derechos de la personalidad. Instituto editorial Reus, Madrid, 1952.
6. Castan Tobeñas, José. Los derechos de la personalidad. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, julio-agosto de 1952.
7. Ciclo de conferencias y mesas redondas sobre Trasplantes de órganos y Derecho Penal, Comentarios y Reflexiones del Magistrado Guillermo Arrollo de Anda. Centro de Estudios Judiciales.
8. De Cassocevera, Diccionario de Derecho Privado. Barcelona. 1950.
González de la Vega, Rene. Comentarios al Código Penal. Cárdenas Editor. México. 1975.

9. De la Mare Jaen y De la Mare Jaques. Diccionario de los términos técnicos de medicina, Editorial Interamericana, 20º Edición. México.

10. De Pina Vara, Rafael, Diccionario Jurídico de Derecho. Ed. Porrúa, 11 edición, México 1983.

11. Diccionario de los términos técnicos de medicina. Ed. Interamericana, 20 Edición. México, 1981.

12. Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina. Dorland, Tr. Gabriel Biber y otros, Ed. Interamericana-Mc. Graw-Hill, 9 Edición, 1992, Volúmen 2.

13. Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano. Grupo Editorial Océano. Colombia. 1991.

14. Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. Ramón García - Pelayo y Gross, Ediciones Larousse, México 1991.

15. Diccionario terminológico de Ciencias Medicas. Ed. Salvat. 10 Edición. Barcelona España, 1982.

16. Dictamen de La Academia Nacional de Cirugía y Trasplantes, Revista Criminalia, Colección "Gabriel Botas", México, 1969.

7. Diez Díaz, Joaquín. ¿Derechos de la personalidad ó bienes de la persona? Ed. Reus. Madrid 1963.

18. Domínguez García Villalobos, Jorge Alfredo. Algunos aspectos jurídicos de los trasplantes de órganos. Ed. Porrúa. México, 1993.

19. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Ed. Porrúa. Octava Edición. México, 2000.

20. E. Schmidt y otros. Diccionario para auxiliares de la medicina. Ed. Médica Panamericana, Argentina, 1974.
21. Enciclopedia médica, hombre medicina y salud. Tomo 2. Ed. Británica, Roma- Italia, 1982.
22. Floris Margadant, S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge, Naucalpan, Estado de México. 2001.
23. Fuesnasalida-puelma H.L. Trasplante de órganos. La Revista Legislativa de América Latina, En Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana OPS-OMS, Vol. 108 No. 5-6, 1990.
24. Garcia Maynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Ed. Porrúa, México 2001.
25. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Ed. .Porrúa. México, 2000.
26. Gordillo Cabañas, Antonio. Trasplantes de órganos: "pietas" familia y solidaridad humana. Madrid.
27. González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, los delitos. Ed. Porrúa. México. 1966.
28. Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Ed. Porrúa. Sexta Edición. México, 1999.
29. Ibarrola Antonio de. Cosas y Sucesiones. Ed. Porrúa. 7 Edición. México, 1994.
30. Lozano y Romen Javier. Anatomía del Trasplante Humano, Cuestiones jurídicas, éticas y médicas, 1° Edición. México, Distrito Federal, 1969.

31. Orgaz, Alfredo. Derecho Civil Argentino, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946
32. Pacheco Escobedo, Alberto. La persona en el derecho civil mexicano, Panorama, México, 1998.
33. Puig Peña, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. Revista de Derecho Privado, Madrid España, 1958. Tomo I, Vol. II.
34. Quiroz Cuarón, Alfonso. Medicina forense. Ed. Porrúa. 6º Edición. México 1990.
35. Recasens Siches, Luis. Tratado General del Filosofía del Derecho. Ed. Porrúa, México, 1975, 5º edición.
36. Revista Mexicana de Derecho Penal. Perfiles Jurídicos de los Trasplantes en Seres Humanos. Doctor Gert Kummerow, Publicación bimestral, número 33, mayo-junio de 1970, México tercera época.
37. Ripert Georges y Boulanger Jean. Tratado de derecho civil. Ed. La Ley. Tomo X, Buenos Aires, Argentina.
38. Rojina Villegas, Rafael. Derecho civil Mexicano. Tomo VI. Contratos. 8 Edición. Ed. Porrúa. México, 2001.
39. Romero Casabona, Carlos Ma. Los Trasplantes de Organos. Editorial Bosch, S.A., Barcelona España, 1979.
40. Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, Teoría General del Contrato. Contratos en especial. Registro Público de la Propiedad. Ed. Porrúa. 17º Edición. México, 1999.

41. Sumario, "El foro", Órgano de la Barra Mexicana de Abogados. México, 1946. Tomo III, 2 Época.

42. Tello Flores, Francisco Javier. Medicina Forense. Editorial Harla. México, 1991.

43. Trasplante de Órganos Humanos. Dictamen de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados. Revista Criminal. Editorial Bosch, Madrid España.

44. Treviño García, Ricardo. Contratos Civiles y sus generalidades. Ed. Font. 4º Edición. Tomo I. Guadalajara, Jalisco. 1982.

45. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Ed. Porrúa. 8º Edición. México, 2000.

Electrónico

1. www.Zubiri.org.

Legislación

1. Constitución Política de los estado Unidos Mexicanos
2. Código Civil Federal
3. Ley General de Salud
4. Reglamento de la ley General de Salud.