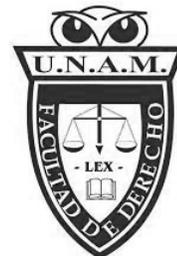




**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**



**FACULTAD DE DERECHO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO CIVIL**

**NATURALEZA JURÍDICA DEL CUERPO HUMANO
DESPUÉS DE LA MUERTE Y FUNDAMENTO
TEÓRICO DE LA FACULTAD PARA SU
DISPOSICIÓN, CONFORME AL DERECHO CIVIL**

T E S I N A

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL**

P R E S E N T A:

LIZZETTE CHANTAL GUEVARA ARCEO

**DIRECTORA DE TESINA:
DOCTORA ELVIA LUCÍA FLORES ÁVALOS**

**CIUDAD UNIVERSITARIA MARZO 2015
MÉXICO D.F.**



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.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO CONCEPTUAL

I. Personalidad jurídica	1
1. Doctrinal	1
2. Legal	2
II. Persona	3
1. Etimológico	3
2. Doctrinal	4
III. Patrimonio	5
1. Contenido pecuniario	6
2. Contenido no pecuniario o moral	7
IV. Objeto, cosa y bien	8
V. Muerte	11
1. Doctrinal	11
2. Legal	13
VI. Cadáver	13
1. Etimológico	14
2. Doctrinal	14
3. Legal	15
VII. Disposición del cadáver	16
1. Disponente originario	17
2. Disponente secundario	17

CAPÍTULO SEGUNDO

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA MUERTE EN RELACIÓN CON LA PERSONA

I. Extinción de la personalidad jurídica	19
II. Modificación de la naturaleza jurídica del cuerpo humano (persona) a cadáver (cosa)	20
1. Naturaleza del cuerpo humano según el derecho civil	20
A. Identificación del cuerpo humano con el estatuto de las cosas	21
B. Teoría de la “consustancialidad” del cuerpo humano y la persona.	25
2. Naturaleza jurídica del cadáver según el derecho civil	27
A. Tesis de la semi personalidad	27
B. Tesis de la cosificación	29
C. Estatuto especial	35

CAPÍTULO TERCERO

DISPOSICIÓN DEL CADÁVER

I. Teorías sobre la facultad para disponer del cadáver	37
1. Facultad de disposición del propio cadáver	37
A. Costumbre praeter legem	38
B. Derecho de la personalidad	39
C. Derecho real	41
2. Facultad para disponer del cadáver de otro en razón del vínculo de parentesco, matrimonio o concubinato	43
A. Derecho de la personalidad.	44
B. Mandato post mortem.	45
C. Derecho patrimonial.	46
D. Régimen especial.	48
II. Actos de disposición del cadáver	52
1. Donación con fines terapéuticos	52
2. Docencia e investigación.	55
3. Donación para conservación y exhibición en museos.	57
4. Incineración e inhumación	60

CAPÍTULO CUARTO

PANORAMA GENERAL DE LA REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO SOBRE EL CADÁVER EN MÉXICO

I. Legislación federal	63
1. Ley General de Salud. Título décimo cuarto. De la donación, trasplantes y pérdida de la vida	63
2. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Trasplantes. Capítulo II De los Trasplantes de Donadores que hayan Perdido la Vida	67
3. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Capítulos IV “De la Disposición de Cadáveres” y V “De la Investigación y Docencia”	69
II. Algunas disposiciones locales.	73
1. Reglamento de Cementerios del Distrito Federal	73
2. Códigos Civiles de Entidades Federativas que regulan el derecho sobre el cadáver como un derecho de la personalidad	74
A. Coahuila y Puebla	74
B. Jalisco	75
C. Querétaro y Quintana Roo	76

CONCLUSIONES

FUENTES DE CONSULTA

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como objetivo responder dos interrogantes: la primera, ¿qué es el cadáver según el derecho?, consiste en la identificación de la categoría jurídica aplicable al cuerpo humano al extinguirse la personalidad como consecuencia del fallecimiento. La proposición a partir de la cual se pretende dar solución a esa pregunta es que el cuerpo humano se identifica con la persona titular en vida; sin embargo, el derecho le atribuye una categoría distinta al fallecer, cuyas características varían en atención a diversas perspectivas doctrinales. El segundo aspecto a dilucidar se refiere a la fuente de la facultad para disponer del cadáver; es decir, ¿qué es lo permitido por el derecho? y, ¿cuál es el fundamento de esa facultad?, la determinación alcanzada en el primer punto será la vía para responder ambas preguntas.

Lo que se propone es asignar al cadáver la naturaleza jurídica de cosa, sujeta a un régimen especial que limita su tráfico en atención a su calidad previa de cuerpo humano, identificado con la persona; y, en función de esa naturaleza jurídica encontrar el fundamento jurídico doctrinal que faculta para disponer de él a la propia persona, y a quienes mantuvieron con ella el vínculo de parentesco, matrimonio o concubinato, puesto que se parte del supuesto que, en la generalidad de los casos, será a quienes interese el destino de sus restos.

El tema en estudio se desarrolla a través de la exposición y el análisis de las teorías que se estiman más representativas de tres perspectivas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del cadáver: la que lo identifica con la persona, porque considera que algunos aspectos de esa calidad deben prolongarse aún después del fallecimiento; la que lo identifica con las cosas, porque al extinguirse la personalidad es la única categoría restante, y la que toma elementos de las anteriores para crear una categoría especial.

Los métodos empleados son el histórico y el deductivo (partir de conceptos generales para llegar a conclusiones particulares); se privilegiaron las fuentes documentales: libros, artículos de revistas, legislación, y páginas electrónicas.

Expuesto lo anterior, se describe el contenido del trabajo. Se divide en cuatro capítulos: Marco conceptual, Efectos jurídicos de la muerte en relación con la persona, Disposición del cadáver, y Regulación del derecho sobre el cadáver.

En el primer capítulo, relativo al marco conceptual del trabajo, se desarrollan diversos términos cuyo sentido facilita la comprensión del tema en estudio. Si bien el concepto principal de la investigación es el cadáver del ser humano, se considera prioritario en la exposición el concepto de personalidad jurídica y, en estrecha vinculación, el de persona, pues se toma en cuenta que es necesaria la preexistencia de un ser humano (persona), para comprender por qué su ausencia origina una nueva calidad para el cuerpo del ser humano. En segundo término se desarrolla el concepto de patrimonio, porque continúa vinculado con el de persona, pero permite la aproximación a los conceptos de derecho de la personalidad, y cosa, objeto o bien; por lo que, aun cuando el patrimonio es un atributo de la persona, se expone de manera individual, puesto que interesa en cuanto continente de las categorías mencionadas.

Como siguiente aspecto, y considerando que se han expuesto los relativos al ser humano en cuanto persona, se estudian los vinculados con su extinción; el primero de ellos es el de muerte, que da pauta para abordar el de cadáver conforme al criterio que clasifica jurídicamente lo existente en dos categorías: persona o cosa.

El segundo capítulo, como su nombre lo indica, se refiere a los efectos de la muerte que atañen a la propia persona, para lo cual se refieren de manera tangencial algunos aspectos de derecho sucesorio, ya que esta investigación se restringe a lo relativo a la modificación del estatuto jurídico de cuerpo humano-persona a cadáver-cosa.

En relación con lo anterior, se analiza la naturaleza jurídica del cuerpo humano, que oscila entre la cosificación y la total identidad con la persona, este tema se presenta como una cuestión primordial considerando que el cuerpo humano es la condición precedente del cadáver; a partir de su análisis se pretenden encontrar elementos que contribuyan a determinar la naturaleza jurídica del cadáver y que favorezcan su comprensión como una cosa susceptible de un

régimen especial. Sentado lo anterior, se aborda uno de los temas medulares de este trabajo, la naturaleza jurídica del cadáver conforme a criterios similares a los relativos al cuerpo humano; ambos se revelan como objetos de regulación situados entre la calidad de persona y cosa.

El tercer capítulo, toma como base la naturaleza jurídica definida en el capítulo anterior, aborda fundamentalmente dos aspectos: por una parte, el sustento de la facultad del disponente originario y los secundarios para decidir el destino del cadáver, y por otra, algunos actos a través de los que se ejerce tal facultad. Se expone como tema inicial la facultad del disponente originario con base en tres criterios esenciales: a) el que sustenta la facultad de disposición en una costumbre *praeter legem*, b) el que considera que consiste en una variante del derecho sobre el propio cuerpo, y c) el que sostiene que la facultad para disponer de él no puede ser otra que un derecho real de propiedad. Posteriormente se desarrolla el fundamento de la facultad de los disponentes secundarios, específicamente de las personas vinculadas al disponente originario por parentesco, matrimonio o concubinato. Efectuado dicho análisis, se explican algunos actos que permiten la materialización de la facultad del disponente, como la inhumación, cremación o incineración, donación con fines terapéuticos, de docencia e investigación o para su conservación y exhibición en museos.

Por último se da noticia de las disposiciones contenidas en los ordenamientos federales y locales que establecen aspectos relativos al derecho sobre el cadáver. En primer lugar se expone el contenido de la Ley General de Salud, que establece las directrices de los actos de disposición relativos a la donación de órganos para trasplante, uso con fines de docencia e investigación y la incineración e inhumación. Por otra parte, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Trasplantes se enfoca en la disposición del cadáver con fines terapéuticos, en tanto que el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, prevé lo relativo a la utilización con fines de docencia e investigación.

Finalmente, se refieren las disposiciones contenidas en los códigos civiles de las entidades federativas que contemplan el derecho sobre el cadáver como un derecho de la personalidad.

CAPÍTULO PRIMERO MARCO CONCEPTUAL

I. Personalidad jurídica

1. Doctrinal

El concepto de personalidad jurídica (en cuanto a la persona física) puede abordarse desde distintas perspectivas: la que establece analogía entre este concepto y el de capacidad, es la más común; la que los distingue y evita su confusión, y la que omite el concepto de personalidad, pero vincula a la persona con el concepto de capacidad jurídica.¹

Al identificar el concepto de personalidad jurídica con el de capacidad, se entiende a ambos como la idoneidad para ser sujeto de derechos; en este sentido Ruggiero refiere que la capacidad jurídica “corresponde, en general, a todo hombre, pero puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos...”²; aclara que dicha limitación no aniquila la capacidad jurídica, ni destruye la personalidad. Por otra parte, al distinguir ambos conceptos, la capacidad se define como “la versión jurídica de la personalidad, puesto que esta es la cualidad de persona; en cambio, la capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.”³ En otras palabras: “Personalidad es la condición de persona. Capacidad es la condición de capaz.”⁴

De lo anterior, se desprende que la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, ya que a través de ella se reflejan la personalidad y la exigencia abstracta de ser sujeto de derecho; conforme a lo anterior, las

¹ Cfr. Bodas Daga, Eugenia, *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Barcelona, Bosch, 2007, p.73.

² De Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil, Introducción y parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión*. trad. de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1929, vol. I, p. 339

³ Ochoa G., Oscar E. *Derecho civil I Personas*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 221

⁴ Albaladejo, Manuel, *Derecho civil I Introducción y parte general*, 15a. Edición, Barcelona, Bosch 2002, p. 213

principales diferencias entre ambos conceptos son las siguientes⁵: la personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo que implica que el sujeto pueda actuar en una gama infinita de relaciones jurídicas como sujeto activo o pasivo, es única, indivisa y abstracta; mientras que la capacidad alude a situaciones jurídicas concretas, es múltiple, diversificada y concreta.

Coviello⁶ no proporciona un concepto de personalidad; sin embargo, señala que la personalidad del hombre comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en que el feto ha salido completamente del seno materno; pues éste es el momento en que puede ser objeto de una protección jurídica independiente de la que corresponde a la madre, es decir: “La personalidad humana comienza con el nacimiento, hasta ese momento, el hijo no tiene una vida distinta; es, como decían los romanos, *pars viscerum matris*.”⁷

Expuestas las distintas perspectivas en torno al concepto de personalidad, se considera conveniente adoptar la que, al distinguir ambos conceptos, la define como la condición de persona⁸, este concepto se expondrá más adelante.

2. Legal

Los artículos 22 y 337 del Código Civil para el Distrito Federal establecen las reglas para la adquisición de la capacidad, asimilándola a la personalidad jurídica. El primero dispone:

“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.”

Por otra parte, el artículo 337 establece:

⁵ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Primer curso, Parte general. Personas. Familia*, 2ª ed., México, Porrúa, 1976 pp. 305-306.

⁶ Coviello, Nicolás, *Los sujetos y el objeto de los derechos civiles*, Colombia, Leyer, 2006. p. 9.

⁷ Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Derecho civil*, trad. de Leonel Pereznieto Castro, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996, p. 61.

⁸ Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil...op.cit.* p.213

“Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil...”

De lo transcrito se advierte que el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal únicamente hace referencia a la capacidad, no a la personalidad jurídica o existencia misma de la persona física sin embargo, por su redacción y a falta de un precepto, en la legislación nacional, que defina qué debe entenderse por personalidad, se asume que el legislador adoptó el criterio que los considera un mismo concepto, y únicamente determina el momento de su adquisición y pérdida.

El mismo código establece la viabilidad como requisito para la adquisición de la personalidad, y la limita al plazo de veinticuatro horas; que puede ser menor si el recién nacido es presentado vivo al Registro Civil antes que transcurra dicho plazo. No obstante, como se adelantó, el criterio que se adoptará en lo sucesivo es el que distingue capacidad y personalidad, pues aun cuando coinciden tanto en el momento de origen con el nacimiento de la persona, como en el de extinción con el fallecimiento, son dos nociones muy distintas.

Como se indica en párrafos precedentes, personalidad es la calidad que se atribuye a un ser. En tanto que capacidad se refiere a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, lo que trasciende a nivel doctrinal y práctico, por ejemplo, las personas incapaces no resienten por ese hecho alguna afectación en la calidad de persona, pues si se asumiera que ambos conceptos son sinónimos la limitación de la capacidad, conllevaría la restricción de la calidad de persona, desconociéndolas como tales.

II. Persona

1. Etimológico

La palabra persona proviene del latín *persōna*, máscara de actor, personaje teatral, éste del etrusco *phersu*, y éste del griego *πρόσωπον*.⁹

⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., en <http://lema.rae.es/drae/?val=persona> consultado el 7 de abril de 2014.

Planiol¹⁰ refiere que la palabra persona es una metáfora tomada del lenguaje teatral, deriva de la misma raíz que personare y con ella se aludía a la máscara que cubría la cara del actor y estaba provista de una apertura con láminas metálicas que tenía por finalidad aumentar el volumen de la voz.

En concordancia con lo anterior, Morineau e Iglesias¹¹ señalan que la palabra persona deriva del verbo *personare*, que en latín significa producir sonido, e informan que por extensión el término se utilizó para designar tanto al actor como al personaje que éste representaba. Al respecto, Margadant explica que “el concepto de persona ha sido algo artificial, una creación de la cultura y no de la naturaleza”¹², de ahí que únicamente las calidades relevantes para su situación jurídica interesan al derecho y no la totalidad; tales calidades son los atributos como nombre, domicilio, patrimonio, e integran la máscara de ese sujeto frente al derecho.

2. Doctrinal

Actualmente inferimos que persona es sinónimo de ser humano, hombre¹³, sin embargo no siempre ha sido así, el concepto de persona física ha variado en el transcurso del tiempo y en atención a diversas corrientes de la filosofía jurídica.

La persona, desde el punto de vista iuspositivista, no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre, en consecuencia, no existe distinción entre el "portador" y las obligaciones y derechos subjetivos.¹⁴ Dicho en otras palabras, la persona no es una realidad, sino un producto del derecho, es un complejo normativo.

¹⁰ Planiol, Marcel y Georges Ripert, *Derecho civil... op.cit.*, p. 61.

¹¹ Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 4a ed., México, Oxford University Press, 1998, p.40.

¹² Margadant S. Guillermo, *El Derecho privado romano*, 22ª ed., México, Esfinge, 1997, p. 115.

¹³ Flor Vásconez, José Joaquín, *Los derechos humanos de la personalidad*, Quito, Cevallos, 2010, p. 45.

¹⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 183.

En oposición a lo anterior, la “exigencia ética absoluta” que resume la verdad que hay en todas las doctrinas iusnaturalistas consiste en que el concepto de persona se predique de todo ser humano, para ellas todo hombre es persona en sentido jurídico por constituir la realidad sobre la que descansa el concepto de persona física, reconociendo su integridad vital, corpórea y espiritual, independientemente de su condición particular.¹⁵

Sin embargo, lo cierto es que jurídicamente se reconoce como persona a “todo ser aceptado por el Derecho como miembro de la Comunidad”¹⁶, tal aceptación lleva consigo el reconocimiento de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas (capacidad); de lo que se deduce que no basta el simple hecho natural del nacimiento para reconocer la personalidad, puesto que tal reconocimiento depende de la adecuación a los requisitos establecidos por el código civil¹⁷: vivir veinticuatro horas desprendido enteramente del seno materno, o ser presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.

III. Patrimonio

Existen dos principales teorías sobre el patrimonio: la personalista o clásica, y la moderna, o del patrimonio afectación, ambas lo definen como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de valoración pecuniaria.

Según la teoría clásica, el patrimonio es una entidad abstracta integrada por bienes, derechos, obligaciones y cargas, una universalidad de derecho que se mantiene siempre en vinculación constante con la persona como una emanación de la personalidad.¹⁸

Por otra parte, la tesis del patrimonio afectación lo define como el conjunto de derechos y obligaciones estimables en dinero, pertenecientes a una persona.

¹⁵ Rovetta Klyver, Fernando, *El descubrimiento de los Derechos Humanos*, Madrid, Iepala, 2009, p. 68. *Cfr. tb.*, Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil... op.cit.* p. 308.

¹⁶ Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil I... op.cit.*p.213.

¹⁷ Maluquer de Motes, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, España, Bosch, 1993, p. 13.

¹⁸ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, bienes, derechos reales y sucesiones*, t. II, México, Porrúa, 1979, p. 8.

A diferencia de la tesis clásica, la noción de patrimonio no se confunde con la de persona, y se define tomando en cuenta el destino que tengan determinados bienes, derechos y obligaciones con relación a un fin jurídico, su valor se determina al sustraer el pasivo del activo.¹⁹

Ambas teorías refieren que el contenido patrimonial se integra únicamente por elementos susceptibles de valoración pecuniaria, no obstante, existen autores²⁰ que se apartan de este criterio, pues estiman que existen obligaciones cuyo objeto no es meramente pecuniario; en atención a ello, el patrimonio estaría conformado por bienes y atributos vinculados con diversos aspectos de la personalidad humana: la parte del patrimonio carente de naturaleza pecuniaria, se integra por derechos llamados “morales o de afección”, conocidos como derechos de la personalidad. Al respecto Perreau afirma que: “...los derechos patrimoniales son los relativos a la propiedad, o, de manera general, los que regulan el uso de los bienes. Por el contrario, englobaremos todos los demás derechos en la categoría de los derechos de la personalidad.”²¹

En el mismo sentido, Gutiérrez y González considera que los derechos de la personalidad forman parte del patrimonio y lo define como “Conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho.”²²

Se adopta este criterio y se asume que el patrimonio comprende dos aspectos: el económico o pecuniario y el no pecuniario, moral o no económico.

1. Contenido pecuniario

El contenido pecuniario del patrimonio se compone por activo y pasivo, ambos apreciables en dinero. La suma de todos los elementos positivos del patrimonio

¹⁹ Planiol, Marcel y Georges Ripert, Derecho civil... *op.cit.*, p.355

²⁰ Gutiérrez Y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, ... *op.cit.*, p. 91

²¹ « ...les droits patrimoniaux sont ceux qui portent sur les biens, ou, d'une manière peut-être un peu plus générale, ceux qui règlent l'usage des biens. Par une définition négative, nous engloberons tous les autres sous la rubrique droits de la personnalité. » Perreau H, “Des droits de la personnalité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 8, 1909 p. 503. La traducción es propia.

²² Gutiérrez Y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*,... *op.cit.*, p. 91

forma su activo bruto y comprende bienes estimables en dinero, derechos reales y derechos de crédito; la suma de todos sus elementos negativos (deudas y cargas pecuniarias) constituyen su pasivo, que son “las obligaciones pecuniarias desde el punto de vista pasivo y las cargas, cuyo cumplimiento conlleva un empobrecimiento del patrimonio de una persona o la disminución de su valor económico.”²³

2. Contenido no pecuniario o moral

El patrimonio no solamente incluye bienes que representan un valor pecuniario, también comprende otros que representan un valor de afección, moral o no pecuniario y que conforman la categoría de los derechos de la personalidad. Es importante destacar que su clasificación puede variar, pero comúnmente se reconocen los relativos a la parte social pública, afectiva y físico somática.

La esencia de los derechos de la personalidad es debatible, pues existen autores que los consideran derechos subjetivos y otros que los consideran bienes.²⁴ Quienes opinan que los derechos de la personalidad son esencialmente bienes, parten de la consideración que un derecho subjetivo presupone un poder jurídico reconocido por la norma, y que permite la actuación lícita sobre un objeto del mundo exterior, o la exigencia de una prestación, es por ello que si se considera que el objeto sobre el que recaen los derechos de la personalidad no siempre posee estas características, su esencia sería más compatible con la de los bienes.

En atención a lo anterior, los derechos de la personalidad se han definido de la siguiente manera:

“Derechos subjetivos privados con una doble faceta: la primera implica la autodeterminación y protección, y la otra es la facultad que tiene la persona para demandar la acción de reparación de los daños que haya sufrido; todo ello recae

²³ Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic H, Antonio, *tratado de derecho civil: partes preliminar y general*, t.I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 477. Cfr. tb. Ochoa G., Oscar E, *Bienes y derechos reales: derecho civil II*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 78-80.

²⁴ Cfr. Bodas Daga, Eugenia, *La defensa...op.cit.*, pp. 26 -27.

sobre los bienes inmateriales más preciados para la persona, como la vida, el honor, la libertad, la vida privada, etcétera.”²⁵

“Bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico.”²⁶

Independientemente de la esencia que se atribuya a estos derechos, siempre se reconocen como innatos e inseparables de la persona, tal es el caso del derecho al honor, al nombre, a la presencia estética, a la integridad física, derechos relacionados con el cuerpo humano, derechos sobre el cadáver entre otros.

Si bien estos derechos podrían considerarse extrapatrimoniales por carecer de apreciación en dinero²⁷, lo cierto es que la legislación mexicana²⁸ los incluye como parte del patrimonio moral.

Se estima que el criterio que guarda mayor afinidad con el capitulado es el que concibe al patrimonio como una universalidad jurídica constituida por bienes pecuniarios y morales. Es prudente la inclusión de los derechos de la personalidad en cuanto contenido no pecuniario, pues innegablemente las relaciones afectivas que involucran el respeto al individuo por sí mismo, como miembro de la familia y del Estado, constituyen un verdadero derecho que puede ser protegido mediante su inclusión como categoría del patrimonio.

IV. Objeto, cosa y bien

La terminología empleada por el Código Civil, por lo que hace a estos conceptos, es imprecisa y, en palabras de Enneccerus²⁹ “confusa hasta el punto de no poder

²⁵ Flores Ávalos, Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de las prácticas genéticas*, México, Porrúa, 2011, pp. 82-83.

²⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad... op.cit.*, p.830.

²⁷ Cfr. Ochoa G., Oscar E, *Bienes... op.cit.*, p. 78

²⁸ Así lo establece la fracción VI. del artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006.

atribuirle valor técnico”, pues aunque utiliza la palabra “bienes” con mayor frecuencia, de su lectura no se advierte una clara delimitación respecto de los dos conceptos restantes.

Por otra parte, generalmente se afirma que la noción de objeto de derecho engloba a los otros; al respecto existen tres concepciones típicas: la primera lo define como todo lo material o inmaterial que se encuentra fuera del sujeto; otra, denominada clásica, deriva del derecho romano, lo identifica con las cosas materiales, y la tercera sostiene que el único objeto de derecho es la conducta humana, se subdivide en objeto inmediato, que es la conducta humana, y mediato o práctico, que es la cosa sobre la que recae la conducta.³⁰

Al respecto, Nicolás Coviello³¹ ha señalado que el concepto más amplio es el de objeto, que comprende el de bien y el de cosa, considera como objeto de los derechos a los seres impersonales, es decir, a las cosas, entendiendo por tales únicamente las que pueden producir utilidad al hombre, los bienes.

En el mismo sentido, Maluquer³² indica que el objeto de derecho es el más amplio y engloba al de bien y este al de cosa, considera que no sólo es objeto de derecho la cosa material o física susceptible de apropiación, sino cualquier cosa o derecho, aunque no recaiga en una cosa concreta, siempre que sea susceptible de producir utilidad. En conclusión, el objeto de derecho lo constituye toda clase de bienes, comprendiendo indistintamente una realidad material o inmaterial.

Por otra parte, quienes consideran necesario distinguir las nociones de cosa y bien generalmente señalan la materialidad como rasgo distintivo de la primera frente a los bienes, pues se afirma que la noción de cosa únicamente se refiere a lo que tiene existencia material, mientras que la de bienes es más amplia al comprender tanto lo material como lo inmaterial, en consecuencia, las cosas

²⁹ Enneccerus, Ludwig et. al., *Tratado de derecho civil, Derecho civil, parte general*, 2a. ed., trad. de Alguer José Pérez González Blas, Barcelona, Bosch, 1954, t. I, vol. I. p.537.

³⁰ Aguilar Gorrondona, José Luis *Cosas, Bienes y Derechos Reales: Derecho Civil II*, Caracas, Universidad católica Andrés Bello, 8a. ed., 2007, p. 2.

³¹ Cfr. Coviello, Nicolás, *Los sujetos...op.cit.*, p.143.

³² Cfr. Maluquer de Motes, Carlos J. *Derecho de la persona...op.cit.*, p.191.

serían una especie del género bienes, por ello se afirma que toda cosa es bien, pero no todo bien es cosa.³³

Los criterios enunciados se resumen en lo siguiente:³⁴

1) El que considera que cosa es el género, y bien la especie. Existen dos variantes: una de ellas define a las cosas como entidades susceptibles de apropiación y a los bienes como cosas que de hecho forman parte del patrimonio de una persona; la otra considera que las cosas son entes extrajurídicos y los bienes son las cosas idóneas para cumplir una determinada función económica y social.

2) Otra perspectiva contrapone el concepto de cosa y bien, sin que alguno de ellos comprenda al otro, se entiende a las cosas como entidades corporales, actuales y patrimoniales, y a los bienes como entidades incorpóreas, potenciales y extrapatrimoniales.

3) Desde diverso aspecto, se considera que ambos aluden al mismo ente, sin embargo una cosa es una entidad objetiva, jurídicamente relevante, separada e independiente del sujeto, mientras que un bien lo es y tiene relevancia jurídica en cuanto presenta un interés, ventaja o utilidad para un sujeto; desde esta perspectiva los bienes son necesariamente cosas.

4) Por último, se admite la posibilidad de eliminar uno de los términos, puesto que se consideran sinónimos, es innecesario distinguir.

De lo anterior se concluye que mientras el concepto de objeto no genera confusión, no sucede lo mismo con el de bien y cosa, pues como se expuso, el concepto “bien” puede considerarse como el género, y “cosa” como la especie que comprende lo existente en el mundo exterior, susceptible o no de relaciones jurídicas; o invertir las categorías, por lo que es imposible encontrar unanimidad al respecto, de ahí que su estudio sea más sencillo al tratarlos como sinónimos; en consecuencia, esta es la postura que se adopta.

³³ Barbero U, Omar, Dir., *Introducción al derecho privado*, Argentina, Juris, 2004, p.98.

³⁴ Aguilar Gorrondona, José Luis, *Cosas, bienes y derechos reales...op.cit.*,p. 8

V. Muerte

La muerte es un hecho trascendente jurídicamente porque pone fin a la personalidad, invariablemente se define como “cesación o término de la vida”³⁵; sin embargo, es difícil determinar el momento en que sucede y elaborar un concepto adecuado tanto científica como jurídicamente, a continuación se expone brevemente la evolución de su definición.

1. Doctrinal

En principio la filosofía se encargó del estudio y explicación de la muerte, se consideró que el cuerpo quedaba sin el menor movimiento como consecuencia de la separación del alma, idea que se mantuvo hasta el comienzo de la Edad Media en que, conforme a la ideología de la época, la muerte se interpretó como “la obtención de una paz filosófica y religiosa para el hombre”³⁶. A medida que la ciencia médica evolucionó fue posible determinar con claridad las estructuras del cuerpo humano que intervienen en el proceso, abandonándose las ideas referidas; en este sentido, la evolución como concepto científico se puede resumir del siguiente modo: en el siglo diecisiete Francis Bacon, identificó como principales estructuras donde se origina el proceso a la cabeza y el corazón; en el siglo dieciocho Bludom reconoció como causa de cesación de la vida la destrucción de la función circulatoria; posteriormente en su obra *Recherches physiologiques sur la vie et sur la mort*, Bichat señaló como órganos recíprocamente indispensables para mantener la vida el cerebro, el corazón y los pulmones.³⁷

³⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., en <http://lema.rae.es/drae/?val=muerte> consultado el 7 de abril de 2014.

³⁶ Correa Donoso Eduardo, Echeverría Bunster Carlos, Rojas Osorio, Alberto, eds., *Ética y humanidad en la medicina actual, reflexiones bioéticas*, Editorial Universitaria, Santiago, 1993 p. 191.

³⁷ Cfr. Basso, Domingo, *Nacer y morir con dignidad, estudios de bioética contemporánea*, 4a. ed. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 326.

Actualmente se presta atención especialmente al cerebro y al corazón, lo que da lugar a una clasificación de diversos tipos de muerte, que se enuncian a continuación:

Por muerte aparente “se entiende un especial estado del organismo en que los signos de vida se han visto reducidos a un mínimo; que “aparentan” haber desaparecido.”³⁸ En este caso sólo es posible percibir la subsistencia de las funciones mediante el uso de aparatos.³⁹ Por otra parte, muerte clínica⁴⁰ se refiere a su diagnóstico médico, algunos la equiparan a la muerte cerebral o encefálica.⁴¹

Una visión más integral permite definirla como la desaparición de toda señal de actividad circulatoria, respiratoria y nerviosa⁴²; es decir, el estado en que las funciones han cesado realmente. Atendiendo a este concepto, algunas estructuras del cuerpo humano permanecen intactas⁴³, lo que posibilitaría su reactivación por medios artificiales para efectos de trasplante.

Por oposición, la muerte biológica⁴⁴ se define como el proceso de alteraciones irreversibles y extensas en las estructuras que imposibilita la recuperación de las funciones de los tejidos; es decir, “la verdadera, completa, irreversible y absoluta. Es la abolición definitiva y permanente de las funciones de los grandes aparatos y sistemas, o más brevemente, es el paro irreversible de las funciones cardíacas, respiratorias y cerebrales”.

Los anteriores conceptos únicamente dan noticia del aspecto orgánico y sistémico, lo que da pauta para la elaboración de un concepto jurídico. Destaca el concepto elaborado por el médico forense Hilario Veiga de Carvalho: “muerte es la desintegración irreversible de la personalidad, en sus aspectos fundamentales

³⁸ Romo Pizarro, Osvaldo, *Medicina Legal : Elementos De Ciencias Forenses*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 584.

³⁹ Cfr. Basso, Domingo, *Nacer y morir... op.cit.*, p.329.

⁴⁰ Romo Pizarro, Osvaldo, *Medicina Legal... op.cit.* p. 584.

⁴¹ Nogales Gaete Jorge, Donoso S Archibaldo, Verdugo L Renato J eds. *Tratado de Neurología Clínica*, Santiago, Editorial Universitaria, 2005 p. 57. Martínez Garnelo, Jesús, *La Figura Jurídica Del Contrato En Los Trasplantes De Órganos Humanos*, México, Porrúa, 2002, pp. 108-111. Debe precisarse que el término correcto es muerte encefálica, pues la estructura anatómica central en el proceso de muerte neurológica es el tronco encefálico y no solamente el cerebro.

⁴² Cfr. Basso, Domingo, *Nacer y morir... op.cit.* p 328

⁴³ Se habla de muerte relativa cuando hay paro completo y prolongado del corazón pero mediante maniobras médicas adecuadas puede volver a funcionar. Quiroz Cuarón, Alfonso, *Medicina Forense, 8ª edición*, México, Porrúa, 1977, p.488

⁴⁴ *Ídem.*

morfo-físico-psicológicos, como un todo funcional y orgánico definidor de aquella personalidad que así se ha extinguido.”⁴⁵ Este concepto es el que se tomará como referencia al hablar de muerte, pues expresa sus características esenciales y refiere las consecuencias jurídicas que se derivan de ella.

2. Legal

El concepto de muerte en la legislación de un país puede coincidir con alguno de los mencionados en el punto anterior, la estructura del concepto varía principalmente en atención a las necesidades relativas a trasplantes de órganos y tejidos.⁴⁶

En México la Ley General de Salud incorporó el concepto de muerte encefálica a partir del año dos mil, estableciendo en el título décimo cuarto, capítulo XIV, artículo 343, que la muerte es la pérdida de la vida y que ocurre cuando se presentan la **muerte encefálica o el paro cardíaco irreversible**. Los signos determinantes de la muerte encefálica son: la ausencia completa y permanente de conciencia; ausencia permanente de respiración espontánea, y de los reflejos del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

Como se advierte, no es necesario que se satisfagan ambos supuestos, basta que ocurra la muerte encefálica o el paro cardíaco para constatar la pérdida de la vida.

VI. Cadáver

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 537.

⁴⁶ Romo Pizarro, Osvaldo, *Medicina Legal...op.cit.* p.585.

El concepto proporcionado en el presente apartado brinda la pauta para el desarrollo del resto de los capítulos, se enfoca en la idea de transformación de la naturaleza jurídica del cuerpo humano como consecuencia del fallecimiento.

1. Etimológico

El origen etimológico de la palabra cadáver es la palabra latina *cadáver*⁴⁷, y se define como “cuerpo muerto”, o “cuerpo muerto de un ser que ha vivido.” Frecuentemente se señala que el origen de esta palabra es incierto, pues pudo derivar de otro lexema latino que tiene la misma raíz: *cad(ere)/-cid(ere)* que significa “caer”.

Palomar⁴⁸ señala que la palabra cadáver deriva del latín *cadáver*, y ésta del inicio de cada una de las palabras de la siguiente expresión latina: *caro data vermibus*, carne dada a los gusanos, y lo define como “cuerpo de una persona que ha perdido la vida.”

Por otra parte, el diccionario etimológico de la lengua francesa⁴⁹ vincula los conceptos proporcionados por ambas fuentes y lo define como el cuerpo muerto que no tiene más apoyo o que ha caído, cadáver proviene de *cadere*, esta palabra era relacionada con la diversa “*obire*”, “*interire*” morir.

2. Doctrinal

⁴⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed., en <http://lema.rae.es/drae/?val=cad%C3%A1ver> consultado el 7 de abril de 2014 ; Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico de la Universidad de Salamanca en <http://dicciomed.eusal.es/palabra/cadáver> consultado el 7 de abril de 2014

⁴⁸ Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981, p.203

⁴⁹ « CADAVRE, *corps mort qui n'a plus de soutien, qui est chû ou tombé. Cadaver, fait de cadere, parce que les anciens prenaient ce dernier mot dans le sens d'obire, interire, mourir, Jauffret le fait venir des trois premières syllabes des mots caro data vermibus, chair abandonnée aux vers.* » Bonaventure de Roquefort, Jean Baptiste, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, t. I A-K, Paris, Decourchant, 1829, p. 159. Traducción es propia.

Una consecuencia jurídica fundamental derivada de la muerte es el cambio de estado del cuerpo humano, que deja de serlo con motivo de la extinción de la personalidad y se convierte en una cosa, en otras palabras “el cadáver es ente material carente de vida, no siendo más ser humano ese resto o residuo”.⁵⁰

Ibarrola denomina cadáver a “los restos de un ser orgánico privado de vida; cadáver humano es pues el cuerpo del hombre muerto, al que todos los pueblos civilizados han mirado siempre con respeto y consideración.”⁵¹ En el mismo sentido, Giuseppina Salaris⁵² indica que en el lenguaje jurídico cuando se hace referencia al cadáver se conviene en que la definición más adecuada es aquella que lo entiende como los restos inanimados de un hombre, incluso si carece de alguna de sus partes, que vivió y ha pasado de la vida a la muerte por efecto de un cambio de estado.

Por otra parte, existen algunas divergencias respecto a lo que debe o no considerarse cadáver, puede entenderse de manera genérica como el cuerpo del ser humano muerto; limitarse a aspectos como la semblanza humana o los requisitos de nacimiento y desarrollo del feto, o ampliarse a conceptos que no se considerarían verdaderamente cadáver conforme a los otros criterios, como las partes separadas del cuerpo o las cenizas, sin embargo prevalece la primera postura.⁵³

3. Legal

El artículo 314, fracción II de la Ley General de Salud define al cadáver como “cuerpo humano en que se ha comprobado la pérdida de la vida”; en el que ha ocurrido la muerte encefálica o el paro cardíaco irreversible.

⁵⁰ Ochoa G., Oscar E. *Derecho Civil I Personas...* Ob.cit. p. 476

⁵¹ Ibarrola. Antonio De, *Cosas y Sucesiones*, México, Porrúa, 2009, p. 774

⁵² “Nel linguaggio giuridico quando ci si riferisce al cadavere si conviene che la definizione più corretta sia quella di intenderlo come spoglia inanimata di un uomo (anche se priva di alcune sue parti) che ha vissuto e che quindi è passato dalla vita alla morte per effetto di un mutamento di stato.” Salaris, Giuseppina, *Corpo Umano e Diritto Civile, Università Degli Studi di Sassari, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Italia, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, p. 451.

⁵³ Alvarado Martínez, Israel, *El Cadáver*, Porrúa, México, 1954 p. 143

La ley los clasifica en dos rubros: de personas conocidas y de personas desconocidas, estos últimos son los que no se reclaman dentro de las setenta y dos horas posteriores a la pérdida de la vida o de los que se ignora su identidad.

De lo anterior se aprecia una diferencia significativa en cuanto a la terminología empleada por la doctrina; la primera define al cadáver como resto orgánico o ente material, no como cuerpo humano, la ley sí lo hace. Si bien se considera que el ente material tuvo la categoría de persona, no puede ignorarse que para efectos jurídicos es distinto el tratamiento jurídico que corresponde al cuerpo humano y el que se da al cadáver; esto es así porque el cuerpo humano se identifica con la persona, mientras que el cadáver es considerado una cosa. Para efectos de este trabajo se considera preferible respetar la distinción doctrinal que evita la cosificación del cuerpo humano, no así la del cadáver.

VII. Disposición del cadáver

Este concepto está previsto en los artículos 314, fracción XVII de la Ley General de Salud, y 6 fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, y se refiere a todas aquellas actividades para la obtención, extracción, análisis, conservación, preparación, suministro, utilización y destino final de cadáveres de seres humanos o de órganos, tejidos, componentes, células y productos; estas actividades se constriñen a fines terapéuticos, de docencia o investigación.

Respecto a la utilización con fines terapéuticos, el proceso y las actividades dirigidas a promover obtención oportuna de órganos, tejidos y células, denominado procuración, se realiza preferentemente en sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida.

Por otra parte, conforme al artículo 314 fracción V de la misma ley, 6, fracción IX, y 7 del reglamento referido, el destino final puede consistir en la conservación permanente (por medio de la inclusión en acrílico y otras sustancias plásticas; tratamiento a base de parafina; embalsamamiento permanente, sustancias fijadoras), inhumación, incineración, desintegración e

inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos.

1. Disponente originario

En principio se reconoce a la propia persona el derecho a establecer disposiciones o recomendaciones para proteger lo que fue su cuerpo, ya sea para determinar el destino final o para manifestar su aprobación u oposición a la realización de determinadas actividades permitidas por la ley. A falta de disposición del causante, denominado disponente originario, corresponderá hacerlo a las personas que la ley determine.

Cabe destacar que la Ley General de Salud equipara los términos disponente y donador, se define como la persona “que tácita o expresamente consiente la disposición en vida o para después de la muerte, **de su cuerpo**, o de **sus** órganos, tejidos y células”, mientras que el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, establece el concepto de disponente en el artículo 6, fracción IX, que establece: “quien autorice, de acuerdo con la Ley y el Reglamento, la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres”, y el de disponente originario en el artículo 11, se define como “la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo”.

2. Disponente secundario

La Ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, contemplan la existencia de “disponentes secundarios”, sin embargo únicamente los enuncia.

La ley establece en el artículo 314 fracción XVI: “...él (sic) o la cónyuge, el concubinario o la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada”; por otra parte, el artículo 13 del reglamento señala en orden de preferencia, los siguientes:

- I.- El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;
- II.- La autoridad sanitaria competente;
- III.- El Ministerio Público, en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones;
- IV.- La autoridad judicial;
- V.- Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;
- VI.- Las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza en plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado, y
- VII.- Los demás (sic) a quienes las disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalan en las mismas.”

El mismo reglamento establece en el artículo 15 que el orden de preferencia relativo a la fracción I del artículo 13 “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.” Como se puede observar, la primera establece la prelación de los descendientes, el segundo lo hace respecto a los ascendientes, a esta incorrección se suma la imposibilidad para determinar claramente a qué reglas de parentesco hace referencia.

En síntesis, el disponente secundario es aquella persona a quien la ley faculta para tomar de manera subsidiaria la decisión relativa al destino que debe darse al cadáver, esto implica que su intervención se restringe al caso específico en que el disponente originario no haya expresado alguna determinación, en este sentido el artículo 322 de la Ley General de Salud señala, respecto a la donación para trasplante, que los disponentes secundarios podrán otorgar el consentimiento cuando el donante no pueda manifestar su voluntad al respecto, del mismo modo el diverso 324 establece que cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, puede realizarse con el consentimiento del o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante.

CAPÍTULO SEGUNDO

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA MUERTE EN RELACIÓN CON LA PERSONA

I. Extinción de la personalidad jurídica

El principal efecto jurídico de la muerte es la extinción de la personalidad y sus atributos, entre ellos el patrimonio, del cual en principio se extinguen los derechos y obligaciones estrictamente personales, pero subsiste el contenido necesario para proteger los intereses de terceros respecto de las relaciones jurídicas que contrajo el causante. El contenido que se transmite puede conformarse por el derecho de propiedad, las servidumbres, los derechos de autor, la prenda y la hipoteca; en cambio, se extinguen con la muerte del titular por ser inseparables e inherentes a él, la habitación el usufructo y el uso.

A diferencia de los anteriores, los derechos personales que nacen de los contratos denominados *intuitu personae* se extinguen con la muerte del titular porque obedecen a cierta confianza, capacidad o aptitud de la persona.⁵⁴

Por otra parte, respecto a la persona en cuanto tal “se produce en el mundo que la rodea una transformación que comienza en el propio sujeto al quedar extinguida su personalidad y al cambiar su naturaleza, transformándose en cosa y objeto de derecho distinto, respecto del cual no pueden constituirse relaciones jurídicas, pues se trata ya de un cadáver.”⁵⁵

Lo expuesto se resume del siguiente modo: la muerte es trascendente jurídicamente en tanto que implica la pérdida de las titularidades y la extinción de determinadas posiciones jurídicas: “En ese momento desaparece la persona en cuanto tal, con sus atributos y cualidades, cesando de ser centro de poder y de responsabilidad; se extinguen los derechos y relaciones personalísimos o vitalicios que le competían; y se abre la sucesión en los restantes, transformándose el

⁵⁴ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, bienes, derechos reales y sucesiones, México, Porrúa, t. II, 1979.

⁵⁵ Maluquer de Motes, Carlos J., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 20 y 21.

patrimonio en herencia y el cuerpo de la persona en una cosa: el cadáver”⁵⁶ como se verá, la extinción de la personalidad genera una nueva situación, también trascendente en el ámbito jurídico: la relativa al destino que deba darse a esa cosa.

II. Modificación de la naturaleza jurídica del cuerpo humano (persona) a cadáver (cosa)

1. Naturaleza del cuerpo humano según el derecho civil

La legislación civil mexicana no determina expresamente el estatuto jurídico del cuerpo humano, la explicación a esto radica en que la relación de los individuos con su cuerpo se encuentra tradicionalmente dentro de su esfera privada. Al respecto, tiene aplicabilidad la teoría de Savigny⁵⁷, según la cual existen tres círculos concéntricos que definen las relaciones del hombre: el exterior se refiere a lo público o del Estado, el medio es el relativo a la familia, y el interno es el dominio de lo privado o íntimo; en los dos primeros tiene intervención el derecho, en el segundo concurren aspectos que competen a la moral, en el tercero no incide el derecho que, según esta teoría, se limita a regular la conducta del hombre como voluntad capaz de contraer obligaciones y hacer circular el patrimonio actuando en sociedad, es en esta esfera donde se ubica el aspecto corporal del hombre. Actualmente sostener ese criterio en sus términos no es prudente, pues como consecuencia del progreso de la ciencia y la medicina, la participación del derecho en el establecimiento de límites a los actos relativos al cuerpo humano deviene indispensable.

Doctrinalmente, a diferencia del ámbito legislativo, se encuentra algo de claridad en lo relativo al estatuto del cuerpo humano. El vínculo que une a la

⁵⁶ Lacruz Berdejo José Luis, Delgado Echeverría Jesús y María Ángeles Parra Lucán, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al derecho*, Madrid, Dykinson 2008, p. 76.

⁵⁷ Savigny, F, *Sistema del derecho romano actual*, trad. Mesía Jacinto y Poley Manuel, 2a ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, t.I, 1839, p.265.

persona con su cuerpo puede explicarse a partir de diversas teorías, puesto que por la complejidad del tema no existe unanimidad.

Como alternativa a la situación mencionada, la base para definir el estatuto jurídico del cuerpo humano se encuentra en la filosofía, pues como afirma Borrillo “Si la preocupación jurídica por el cuerpo es un fenómeno reciente, la filosofía, por el contrario, ha hecho de él un pilar central de su reflexión.”⁵⁸

Generalmente la naturaleza jurídica del cuerpo humano se determina a partir de la *summa divisio*⁵⁹; que es un postulado heredado del derecho romano a partir del cual el mundo del derecho se comprende en dos categorías: personas o sujetos de derecho, y cosas u objetos de derecho; siendo así, los doctrinarios únicamente disponen de dos categorías para aprehender al cuerpo humano: persona o cosa. En términos generales se puede afirmar que la perspectiva que identifica al cuerpo con la noción de cosa prioriza la idea de libertad, mientras que la postura que lo circunscribe a la categoría de persona, o rechaza la idea de cosificarlo, da prioridad a la dignidad. En primer lugar se analiza la postura que lo define como objeto de derecho.

A. Identificación del cuerpo humano con el estatuto de las cosas

A grandes rasgos, la evolución en la conceptualización del cuerpo humano, por cuanto hace al aspecto doctrinal (pues el proceso de cambio de estructuras ha sido más lento) es la siguiente⁶⁰: en el derecho romano, se encontraba una marcada distinción entre personas y cosas en razón de la referida *summa divisio*, la categoría de persona o sujeto de derecho no era aplicable a todos los seres humanos, pues se reservaba a los hombres libres; esto es relevante para el tema que nos ocupa si se contrapone el trato hacia los hombres libres con el dado a los esclavos, cuya calidad era la de “una cosa perteneciente a otro, que podía

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Instituciones Jurídicas de Gayo, Samper Polo Francisco trad., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.3.

⁶⁰ *Cfr.* Borrillo Daniel, “El estatuto y la representación del cuerpo humano en el sistema jurídico” *Revista española de investigaciones sociológicas...op.cit.*, pp. 214-216

disponer libremente de él como si se tratara de cualquier objeto de su patrimonio.”⁶¹

Esta perspectiva se fue modificando paulatinamente durante la Edad Media gracias a la influencia del cristianismo, que propugnaba la igualdad entre los seres humanos y el predominio del alma sobre el cuerpo, lo que generó el desplazamiento de lo físico a un plano secundario como soporte de la personalidad, por lo que el aspecto corpóreo del ser humano solamente podía definirse en relación con el alma, razón por la cual se dotó a ambos de un carácter sagrado e intangible, atribuyendo la nuda propiedad a Dios, lo que generó que el cuerpo humano se considerara hasta el renacimiento como algo fuera del dominio del ser humano y por ello indisponible.

A finales de la Edad Media los estudios y descubrimientos de los anatomistas propiciaron el abandono del tabú de la intangibilidad corporal e introdujeron cambios relevantes que favorecieron la “ruptura con el orden medieval.”⁶² Como afirma Le Breton “...fundaron un dualismo que está en el seno no solamente de la medicina, sino también de la modernidad, que distingue al hombre por una parte y a su cuerpo por otra.”⁶³

Para explicar la posibilidad de disociar al cuerpo y al hombre se recurrió a la objetivación del cuerpo, que asociada a la idea de libertad y propiedad justificaba la titularidad del derecho de disponer de él, pues “la propiedad es la primera forma que se da a la existencia concreta de la libertad.”⁶⁴

Al asumir la idea de la objetivación del cuerpo humano como realidad jurídica se deduce que debe serle aplicable el estatuto de las cosas, es decir, de aquello que “no es sujeto de derecho y más precisamente en tanto que objeto de derecho no existe más que en relación a la persona, quien puede o no apropiarse

⁶¹ Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, Derecho romano...*op.cit.*, p. 41.

⁶² Cfr. Borrillo Daniel, El estatuto y la representación del cuerpo humano en el sistema jurídico” *Revista española de investigaciones sociológicas...**op.cit* pp. 214-216

⁶³ Le Breton, David, “Lo imaginario del cuerpo en la tecnociencia.”, *Revista española de investigaciones sociológicas*, España, núm 68, octubre-diciembre de 1994, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=768167>, p.198. consultado el 14 de octubre de 2013.

⁶⁴ Cortinovis, Odile, « Le statut juridique du corps humain: entre "personne" et "chose parmi les choses», *Lampe-tempête*, Francia, núm 2, marzo de 2007, <http://lampe-tempete.fr/sommaire2.html>. Consultado el 14 de octubre de 2013.

de él.”⁶⁵ Lo que se busca al aplicar este estatuto al cuerpo humano es proteger al individuo asegurando en cierto modo la exclusividad para tomar decisiones en torno a su cuerpo, y evitar la intromisión de terceros.

Al respecto, Borrillo⁶⁶ distingue dos corrientes doctrinales: la que sostiene la jurisprudencia norteamericana y la que sostiene el derecho francés.

La primera asimila al cuerpo humano, particularmente sus componentes, a una mercancía y se ejemplifica con el caso Moore vs Regents of University of California en que el demandante (John Moore) se sometió a tratamiento médico por leucemia de células pilosas, durante el cual fueron extraídas de su bazo células valiosas para fines de investigación científica sin su conocimiento. Los médicos que llevaban a cabo el tratamiento se apropiaron de ellas y las utilizaron para producir una línea celular con enorme potencial para productos terapéuticos y farmacéuticos; como consecuencia, Moore intentó una acción para reivindicar una participación en los beneficios económicos derivados del uso de sus células. El tribunal de primera instancia desestimó su acción porque no era posible demostrar algún interés de propiedad sobre los materiales corporales; Moore apeló y el tribunal de apelación resolvió que el bazo era algo sobre lo cual tenía el derecho irrestricto de uso, control y disposición, y que los derechos de dominio sobre el propio cuerpo y los intereses de propiedad se habían reconocido en varios casos. Además sostuvo que estos derechos e intereses son tan afines a los intereses de propiedad que sería un subterfugio llamarlos de otro modo⁶⁷ pero negó que ello generara algún derecho lucrativo. Finalmente sólo fue reconocido a Moore el derecho a presentar cargos contra los médicos por no haberle informado del posible valor comercial de su línea celular.⁶⁸

⁶⁵ *Ídem.*

⁶⁶ Cfr. Borrillo Daniel, El estatuto y la representación del cuerpo humano en el sistema jurídico” *Revista española de investigaciones sociológicas...op.cit*, p.219.

⁶⁷ Nwabueze, Remigius, *Biotechnology and the challenge of property, property rights in dead bodies and genetic information*, Inglaterra, Ashgate, 2007, p.17.

⁶⁸ Talavera Fernández, Pedro, “Patentes sobre genes humanos: entre el derecho, el mercado y la ética” *Cuadernos de Bioética*, España, vol. 15, núm.54, mayo-agosto de 2004 http://garritz.com/andoni_garritz_ruiz/documentos/Lecturas.CS.%20Garritz/PGH.Bioetica/Patente.genes.humanos.pdf, pp 213-255.

Este caso, que ejemplifica la primera postura, evidencia la posibilidad actual de transformar el material biológico humano en un producto comercial a través de patentes resultantes de investigaciones en que los donantes otorguen el consentimiento fundamentado.

La segunda vertiente, correspondiente al derecho francés, busca la compatibilidad de los derechos de la persona sobre su cuerpo con la posibilidad de efectuar actos de disposición sin incluir el concepto de comerciabilidad.

Lo que se propone es una calidad especial, pues según el Código Civil Francés sólo pueden ser objeto de convención las cosas que están en el comercio, el argumento para ello es que disposición no es sinónimo de enajenación porque la puesta en obra del poder de disponer se desarrolla mediante diversas formas de los actos jurídicos, no sólo mediante la enajenación;⁶⁹ es decir, el control del poder de disposición se efectúa atendiendo a la licitud de la causa, de manera similar a lo que sucede en derecho común para el resto de los actos jurídicos.

Ambas vertientes de esta teoría devienen inaplicables por diversas razones: no puede existir confusión entre objeto de derecho y sujeto, en este caso la categoría de cosa y persona recaerían en un mismo sujeto; además, generalmente dicha situación sería incompatible con la normatividad, que establece como requisito para permitir la apropiación de un objeto que se encuentre dentro del comercio, lo que no sucede con el cuerpo humano.

En adición a lo anterior los opositores señalan que asumir este criterio es contrario a la dignidad humana porque supone considerar al cuerpo humano como un medio, el riesgo al asumir este criterio radica en el gran retroceso que tendría lugar en el ámbito de la protección de los derechos humanos, pues si no se delimita adecuadamente se generarían consecuencias perjudiciales, como puede ser en un caso extremo la admisión de nueva cuenta de la esclavitud⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. Arnoux, Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Francia 2003, p. 157.

⁷⁰ *Ibidem.*, pp. 55-56.

B. Teoría de la “consubstancialidad” del cuerpo humano y la persona.

En oposición a la perspectiva expuesta en el apartado anterior, se encuentra el sector doctrinal que sostiene la imposibilidad de disociar el cuerpo humano y la persona a quien corresponde, esto es así tomando en cuenta que el cuerpo representa a la persona en sí misma y forma parte del dominio del ser, tiene que ver con el ejercicio de la razón y la libertad, al admitir la posibilidad de disociar ambos conceptos el cuerpo adquiere la calidad de objeto y sería susceptible de apropiación. Arnoux⁷¹ explica que la “consubstancialidad” del cuerpo y la persona se asemeja a la concepción cristiana del cuerpo y el alma, en la que una realidad concreta (el cuerpo) y una abstracta (la personalidad) se fusionan dentro de una misma percepción que se considera el *substratum*⁷² del ser humano.

En este sentido, citando a Kant, es posible afirmar que: “El hombre no es una cosa ni es algo, que pueda usarse como simple medio, sino que debe ser considerado, en todas las acciones, como un fin en sí. En consecuencia, no puedo disponer del hombre, en mi persona, para mutilarle, estropearle o matarle.”⁷³ Este criterio, como ya se dijo, se ha adaptado a la realidad planteada por los progresos biomédicos, en que la intervención del derecho se ha vuelto indispensable para proteger la integridad física de las personas.

Uno de los rasgos que distingue esta postura doctrinal de la explicada en el punto anterior, es la prioridad del concepto de dignidad respecto de la de libertad y voluntad, pues considera que aquella constituye el aspecto primordial para determinar la naturaleza del vínculo de la persona con su cuerpo, en tanto que la segunda, al dejar al arbitrio de las personas lo concerniente a su cuerpo tiende a un individualismo egoísta o a un totalitarismo del individuo sobre sí mismo, que conlleva a su cosificación, ya que incluso podría ejercer derechos reales sobre él,

⁷¹ *Idem.*

⁷² *Fil. sustancia (ser, esencia o naturaleza de algo). Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., en <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=JKHodsCDDXX21CNhEBk>*

⁷³ *Cfr. Kant, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Escuela de Filosofía Universidad Arcis, 1785, p.15. www.philosophia.cl / . Consultado el 18 de enero de 2014.*

por otra parte, la teoría en comento justifica el derecho a decidir respecto del propio cuerpo con una categoría distinta de la de los derechos reales: los derechos de la personalidad.

La teoría concerniente a esta categoría de derechos fue desarrollada originalmente por autores alemanes, sin embargo conoció el éxito dentro de la doctrina francesa a fines del siglo XIX a partir de los trabajos de Roguin, Boistel y E.H. Perreau,⁷⁴ plantea que existe una categoría dentro del patrimonio que excluye todo contenido susceptible de evaluación pecuniaria y engloba lo relativo a intereses morales, entre ellos el derecho a disponer del propio cuerpo. Según Delphine Tissier las características de este derecho de la personalidad son las siguientes:

“**Extrapatrimonial**, el derecho al respeto del cuerpo humano no puede constituir el objeto de una evaluación en dinero. **Indisponible**, no puede ser objeto de ningún acto de disposición y por tanto se sitúa fuera del comercio. **Intransmisible**, es para el uso exclusivo de su titular y no sufre ninguna excepción. **Imprescriptible**, no sería cuestión de prescripción adquisitiva sino de prescripción negativa, extintiva del derecho a demandar la reparación de un daño al derecho o respeto del cuerpo...”⁷⁵

Los derechos sobre el cuerpo presentan dos aspectos: el positivo o de disposición con autonomía de la voluntad acotada y el negativo o de protección contra los daños que se puedan generar por terceros o por la persona sobre su propio cuerpo, este último se concreta mediante el principio de la inviolabilidad del cuerpo.

Con base en lo expuesto, es preferible adoptar el criterio de la consubstancialidad de la persona y su propio cuerpo, tomando en cuenta las características introducidas por los derechos de la personalidad puesto que se presenta como una noción menos controvertida y riesgosa respecto a la integridad

⁷⁴ Cfr. Perreau H, “Des droits de la personnalité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris*, t. 8, 1909. pp. 501 a 536.

⁷⁵ Tissier, Delphine, *La protection du corps humain*, Francia, l'Harmattan, 2013, p.68, « *Extrapatrimonial, le droit au respect du corps humain ne peut faire l'objet d'une évaluation en argent. Indisponible, ce droit ne peut faire l'objet d'aucun acte de disposition et est ainsi placé hors le commerce. Intransmissible, il est à l'usage unique de son titulaire et ne souffre aucune exception. Imprescriptible, il ne saurait être question de prescription acquisitive mais de la prescription extinctive du droit de demander réparation d'une atteinte au droit au respect du corps ; droit patrimonial qui se perd avec les règles de droit commun donc dans les cinq ans de la manifestation du dommage* » La traducción es propia.

corporal que la relativa a la reificación del cuerpo humano, tomando en cuenta los antecedentes de la historia y la tradición jurídica.

2. Naturaleza jurídica del cadáver según el derecho civil

Discernir el estatuto jurídico del cadáver resulta complicado no obstante la aparente simplicidad para ajustarlo a las categorías jurídicas tradicionales, por exclusión se sabe que no corresponde a la de las personas, evidentemente resulta una cosa; pero su calidad precedente de cuerpo humano y soporte físico de la personalidad fomenta la reticencia de gran parte de la doctrina jurídica a una total cosificación, de ahí que los autores se muestren dubitativos respecto al estatuto que deba serle aplicable.

A. Tesis de la semi personalidad

Si bien existe unanimidad doctrinal en cuanto a la consideración de la muerte como un hecho que extingue la personalidad, conviene hacer referencia a la teoría de la semi personalidad, formulada por Demogue, que se sustenta en la premisa de que la sociedad atribuye la categoría de sujeto de derecho a los intereses que ella misma estima dignos de protección a través del proceso técnico de la personalidad; tal calidad debería atribuirse a las personas fallecidas porque aun cuando han dejado de existir, subsisten intereses morales que es necesario proteger, Demogue asevera que: “no vemos en principio alguna razón para que la calidad de sujeto de derecho sea limitada a los hombres actualmente vivos.”⁷⁶ En congruencia con este razonamiento introduce el concepto intermedio de “semi personalidad”, entre los de sujeto y objeto.

Dicho autor reconoce que en el fondo la necesidad de proteger la memoria de quienes fallecieron, ciertas cosas que poseían en vida, la conservación de secretos o su honorabilidad, se explica por “una especie de solidaridad entre

⁷⁶ « Nous ne voyons d'abord aucune raison pour que la qualité de sujet de jouissance soit limitée aux hommes actuellement vivants ». Demogue, René, « La notion de sujet de droit, caractères et conséquences », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 8, 1909 p. 631

aquellos que han sido lo que nosotros somos y son lo que nosotros seremos, por una idea espiritualista de supervivencia, por una reacción de nuestra sensibilidad”⁷⁷, sin embargo, afirma que estos argumentos no son relevantes jurídicamente, por lo que pretende sustentarlos a partir de la idea técnica de la semi-personalidad; si bien admite que los muertos carecen de todo atributo jurídico correspondiente a las personas, afirma que tal calidad sería aplicable únicamente en la medida de sus intereses morales personales, pero aconseja no aplicar esta idea de manera rigurosa o inflexible porque los intereses que se protegen con esta categoría suelen cambiar de manera significativa.⁷⁸

Retomando la teoría expuesta, algunos autores como Alonso⁷⁹ y Bodas⁸⁰ sostienen la posibilidad de la subsistencia parcial de la personalidad a través de algunos efectos. Reconocen que la muerte de la persona debe extinguir los derechos de la personalidad, no obstante opinan que es posible prolongarlos en tanto subsistan algunos aspectos o manifestaciones constituidos por valores inherentes a la dignidad humana e inmunes a la muerte, señalando como muestra de ello el derecho al honor, a la imagen y a testar. Es importante precisar que el derecho a testar no constituye una excepción a la extinción de la personalidad como consecuencia de la muerte, ya que la finalidad principal de las normas de derecho sucesorio es tutelar la voluntad expresada por la persona en vida, en este sentido, se afirma que el respeto al testamento no se da en función de la personalidad, sino de los efectos de la voluntad expresada en vida.⁸¹

La tesis de la semi-personalidad no ha sido aceptada debido a que sus planteamientos evidencian la incompatibilidad del cadáver con los atributos de la persona o sujeto de derecho, esto es así al considerar, entre otros aspectos, que no puede atribuírsele estado alguno, domicilio, ni puede hablarse de titularidad de un patrimonio porque este ya fue transmitido a los herederos de conformidad con

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Cfr. Ibídem.* p.630.

⁷⁹ Alonso Pérez, Mariano, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de profesores de la propiedad y mercantiles de España, Universidad de Murcia, España, 2004, pp. 117-138.

⁸⁰ Bodas Daga, Eugenia, *La defensa post mortem...op.cit.*, p. 12.

⁸¹ *Cfr. Messineo, Francesco, Manual de derecho civil y comercial...,op.cit.*, p. 81.

lo establecido por el derecho sucesorio. Finalmente debe recordarse que la personalidad no admite gradación, lo que torna aún más complicada la aceptación de este criterio.

Si bien es destacable la intención de quienes sostienen esta teoría al sustraer al cadáver de la nada jurídica, ello no implica que en el afán de evitar su cosificación deba conferírsele la calidad de sujeto de derecho, porque como se ha demostrado no es compatible con esa categoría, en consecuencia debe buscarse su naturaleza jurídica en el estatuto de las cosas.

B. Tesis de la cosificación

La mayoría de los doctrinarios afirma que el estatuto jurídico del cuerpo humano se modifica con la muerte de la persona y en consecuencia deviene aplicable el de las cosas; aunque existe consenso en este sentido no lo hay respecto a su clasificación dentro del derecho: algunos autores consideran que el cadáver no es susceptible de apropiación, otros consideran que lo es pero rechazan su comerciabilidad, otros admiten ambos supuestos y otros más optan por un estatuto especial.

El criterio más conservador reconoce al cadáver la calidad de cosa y considera que sólo deben permitirse los actos relativos a los funerales y sepultura por ser los únicos moralmente aceptables, en tales términos carecería de sentido conferir algún derecho real sobre él, y la posibilidad de disponer del cadáver derivaría de un deber a cargo de los parientes más cercanos o de un derecho de familia.

Conforme a lo anterior Enneccerus⁸² reconoce que con la muerte el cuerpo se convierte en cosa, pero niega que exista la posibilidad de pertenecer al heredero o ser apropiable, de tal suerte que los contratos onerosos para fines científicos y los negocios de los parientes o de terceros que no se refieran al funeral, la autopsia o a actos similares; serían “nulos a título de inmorales”.

⁸² Cfr. Enneccerus, Ludwig et. al., *Tratado de derecho civil, Derecho civil, parte general*, 2a. ed., trad. de Alguer José Pérez González Blas, Barcelona, Bosch, 1954, t. I, vol. I. p.533.

Este criterio se reproduce textualmente en la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, Volumen 22, página 49, que establece:

“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 sanidad 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 el 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, incineración, etcétera), 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 refieren al funeral, a la autopsia o a cosas parecidas, se deben considerar, en general, como nulos en concepto de inmorales; en virtud de que la personalidad del hombre exige respeto aun después de la muerte.”*

En el mismo sentido Papaño afirma que el cadáver debe considerarse una cosa extrapatrimonial, lejos de toda idea de valor en virtud de su vinculación precedente con la calidad de sujeto de derecho, “en consecuencia, el cadáver no es una cosa que pueda servir de soporte objetivo a un derecho real ni a una relación posesoria.”⁸³

De conformidad con lo anterior se concluye que el cadáver es una cosa extrapatrimonial no susceptible de ser objeto de derecho real o alguna relación jurídica, pues el único acto permitido es la sepultura, que se sustenta en un derecho de familia a cargo de las personas que la ley determina.

⁸³ Papaño, Ricardo et al, *Derechos reales*, t.I, Argentina, Depalma, 2000 pp. 10-11.

Por otra parte, existe el criterio⁸⁴ que distingue cadáveres susceptibles de apropiación y no susceptibles de apropiación: Conforme al primer criterio las preparaciones anatómicas, cadáveres donados para trasplante, esqueletos y las momias exhibidas en los museos son susceptibles de apropiación y pueden estar dentro del comercio; Borrell refiere que ese criterio obedece a la idea de que “cuando el cadáver no corresponde a persona fallecida en nuestros días, sino a quien vivió muchos años antes de la generación actual, no impresiona tanto a nuestra sensibilidad humana el que se arranque de su sepulcro y sea exhibido a la curiosidad pública...”⁸⁵ de ahí que no se encuentre inconveniente en incluir a los cadáveres enunciados en esta categoría de cosas. Por otra parte, los cadáveres no susceptibles de apropiación conforme a este criterio, son aquellos que se destinan a la sepultura, que generalmente será a cargo de quienes fueron sus parientes.

Otra perspectiva plantea que la posibilidad de apropiación depende de que el cadáver sea o no “reclamado”; los cadáveres que no son reclamados por alguien se rigen por los principios de la *res derelicta*⁸⁶ suponiendo la preexistencia de un propietario de la cosa, quien la habría abandonado. Una de las explicaciones que fundamentan esta hipótesis implicaría aceptar la teoría de la cosificación del cuerpo humano, que sería transferida al cadáver; en este orden de ideas, al fallecer el propietario del cuerpo, y quedar en consecuencia sin titular, pasaría al patrimonio de la persona que lo hallara. Se afirma que en la práctica es aplicable este criterio respecto de los cadáveres no reclamados, y que son

⁸⁴ Enneccerus, Ludwig et. al., *Tratado de derecho civil...op.cit.*, p.533.

⁸⁵ Borrell Macia, Antonio, *La Persona Humana Derechos Sobre Su Propio Cuerpo Vivo Y Muerto*, Bosch, España, 1954, p.208.

⁸⁶ *Res derelictae*: cosas voluntariamente abandonadas, arrojadas. Margadant S. Guillermo, *El Derecho privado romano, op.cit.*, p. 255.

Por otra parte Morineau señala: Adquirimos por ocupación, esto es, apropiándolas, aquellas cosas que están en el comercio y que carecen de dueño, bien porque nunca lo tuvieron-*res nullius*- o porque su dueño las abandonó -*res derelictae*. Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *op.cit.*, p.127.

utilizados con fines de enseñanza, a diferencia de los cadáveres reclamados, que serían objeto de un derecho de propiedad de los parientes.⁸⁷

Por último se toma como factor determinante para establecer la posibilidad de apropiación del cadáver que haya o no sido sepultado. Según Martínez Garnelo “mientras el cadáver no se encuentre enterrado es susceptible de ser propiedad de alguien, en este caso de los familiares”⁸⁸ quienes pueden donarlo cuando tenga alguna utilidad y quede excluido del comercio. Cabe precisar que esto último no es compatible con el régimen de las cosas pues para poder detentar la propiedad de algo es necesario que se encuentre dentro del comercio.

Los criterios expuestos no proporcionan certeza ni permiten la unificación doctrinal, porque no determinan un estatuto único al cadáver; su naturaleza jurídica se hace depender de circunstancias tan variables como su sepultura o la existencia de alguna persona con derecho a reclamarlo, lo que sólo se puede constatar hasta el momento del fallecimiento. El sustento de esta distinción es meramente práctico, no encontrándose, en consecuencia, argumentos jurídicos o doctrinales que lo justifiquen.

Otro sector doctrinal propone la total cosificación del cadáver, para lo cual excluye las consideraciones morales que asumen otras posturas y evita la complejidad de crear un régimen especial.

Este criterio es el asumido por Coviello, quien afirma que el cadáver debe ser comerciable por carecer de una existencia personal, y por los beneficios que generaría su aprovechamiento, sea para fines industriales o científicos; reconoce que tal situación “se ha hecho posible por la decadencia de los sentimientos de religión y de delicadeza, y por el predominio del espíritu industrial y mercantil”⁸⁹, no obstante afirma que es posible al no contravenir principios legislativos. Siendo así, la disposición del cadáver puede efectuarse tanto a título gratuito como oneroso, la única restricción a juicio de este autor debería consistir en la

⁸⁷ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, *Isonomía Publicaciones periódicas: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Núm. 1, octubre 1994 p.177.

⁸⁸ Martínez Garnelo Jesús. *La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos humanos*, México, Porrúa, 2002, p 146.

⁸⁹ Cfr. Coviello, Nicolás, *Los sujetos y el objeto de los derechos civiles...op.cit.*

exclusividad en cuanto a la decisión de la persona que fallecerá respecto de la disposición de su cuerpo, si la persona no hubiese contraído alguna relación patrimonial con respecto a su cadáver, el heredero en tal calidad no tiene ningún derecho patrimonial sobre él, y quedaría sometido a las reglas generales de orden público concernientes a la policía de los cementerios.

Del criterio referido destaca la consideración del cadáver como una cosa que se encuentra dentro del comercio, susceptible de apropiación; es correcto en su estructura, si se toma en cuenta que, conforme al marco legal existente las únicas cosas apropiables son aquellas respecto de las que se admite la comerciabilidad; sin embargo, no precisa la forma y el momento en que la persona a quien “pertenece” el cuerpo en vida adquiriría la propiedad, ni explica la razón por la que los herederos no podrían efectuar la disposición de la cosa, lo que es incongruente con lo señalado en el sentido de que es una cosa a la que le son aplicables las reglas del derecho de bienes, como a cualquier otra, pues lo sustrae de ese régimen al restringir su disposición respecto a un sujeto.

Messineo⁹⁰ afirma que el cadáver es una cosa, porque como consecuencia de la muerte el cuerpo deja de ser persona y se convierte en objeto; de ahí su comerciabilidad. No profundiza en el tema, sin embargo las consideraciones formuladas anteriormente le son aplicables.

La teoría de la cosificación del cadáver se sustenta en la exigencia de adaptación del derecho a los avances médicos derivados del surgimiento de la anatomía como una rama reconocida de la práctica médica, que reveló el valor potencial del cadáver como una cosa cuya apropiación y aprovechamiento resultan ventajosos; anteriormente no era así, “los cuerpos muertos no tenían valor comercial o médico y, como tal, las disputas concernientes a su propiedad difícilmente se suscitaban.”⁹¹ El fenómeno de los “resurreccionistas” en Inglaterra a principios del siglo diecinueve, ejemplifica lo expuesto, se trataba de “ladrones de cuerpos” que suministraban ilegalmente cadáveres a los médicos para la práctica de la disección y el perfeccionamiento de la cirugía.

⁹⁰ Cfr. Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial...*, *op.cit.*, p. 19.

⁹¹ Nwabueze Remigius, *Biotechnology and the challenge of property, property rights in dead bodies and genetic information*, Inglaterra, Ashgate, 2007, p.17. La traducción es propia.

Este fenómeno prevaleció en el periodo en que el derecho común no reconocía un derecho de propiedad sobre los cadáveres, lo que complicaba la instauración de un proceso por cualquier vía contra quienes realizaban esos actos porque al no existir propiedad no podía perseguirse el delito de robo. Nwabueze⁹² afirma que esto no siempre fue así, antes del siglo diecinueve el derecho común británico reconocía un interés de propiedad sobre el cadáver, por ejemplo antiguamente se facultaba al acreedor a retener el cadáver del deudor con motivo del incumplimiento de obligaciones. Esto se modificó a raíz del caso Jones vs Ashburnham en que se condenó la práctica por ser contraria a todo principio de derecho y sentimiento moral y se estableció que un cadáver no era objeto de propiedad que pudiera retenerse en ejecución por una deuda.

A principios del siglo veinte se observó una tendencia a retomar este criterio como se deduce del siguiente comentario:

“En 1992 el Juez Cowen del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Tercer Circuito observó: los restos humanos pueden tener un valor comercial significativo, aunque no son típicamente comprados y vendidos como otros bienes...si bien los usados para propósitos médicos y científicos son comúnmente donados, en vez de comprados o vendidos, no se niega su potencial valor comercial.”⁹³

Aún no se descarta la posibilidad de admitir al cadáver en el comercio ya sea porque se cree garantizar la libertad de las personas para decidir el destino de lo que fue su cuerpo en vida o para facilitar el aprovechamiento de sus diversos componentes en beneficio de la investigación médica o de la sociedad por medio de los trasplantes.

⁹² *Ídem.*

⁹³ *Ibidem.* p. 37 “in 1992 Judge Cowen of the United States Court of Appeals, Third Circuit, observed: ‘human remains can have significant commercial value, although they are not typically bought and sold like other goods...Although remains which are used for these medical and scientific purposes are usually donated, rather than bought or sold, this does not negate their potential commercial value.’ La traducción es propia.

C. Estatuto especial

Finalmente, el criterio con mayor aceptación atribuye al cadáver la calidad de cosa sin sujetarlo al régimen del resto de ellas “pues ninguna de ellas ha sido antes persona, así, el cadáver en virtud de la dignidad de la persona a la que perteneció, y cuya forma y apariencia sigue conservando, debe de tener un régimen especial.”⁹⁴

El estatuto especial consiste en circunscribirlo a un marco legal que lo sustrae a las reglas del mercado y a la disciplina general de las situaciones de pertenencia.⁹⁵ Por lo que podría considerarse una vertiente de la postura que sostiene la consubstancialidad del cuerpo humano y la persona, ya que también se fundamenta en los conceptos de dignidad e inviolabilidad del cuerpo humano, con los que pretende hacer compatible el régimen de las cosas.

En otras palabras, se trata de un estatuto jurídico híbrido en el que no se puede hablar de consubstancialidad de la persona y su cuerpo, porque ha dejado de existir, pero el concepto de inviolabilidad del sujeto de derecho se desplaza y asume el diverso de respeto al cadáver como objeto de derecho.⁹⁶

Cabe precisar que este criterio no se equipara a la intangibilidad del cadáver, sino que únicamente restringe su uso para determinados actos que en ningún caso pueden implicar la comerciabilidad.

El sustento filosófico de esta teoría se encuentra en la idea kantiana de dignidad según la cual el hombre no es un medio sino un fin en sí, y en el reino de los fines todas las cosas tienen o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalente, tiene una dignidad⁹⁷;

⁹⁴ Pacheco Escobedo, Alberto, *La persona en el derecho civil mexicano*, México, Panorama Editorial, 1983, p.118.

⁹⁵ Cfr. Salaris, Giuseppina, “Corpo umano e diritto civile, università degli studi di Sassari”, *Publicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Italia, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007 pág 453

⁹⁶ Arbour, Marie-Ève y Lacroix Mariève, « Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Canada, vol. 40, núm. 1-2, octubre 2009, p.231

⁹⁷ Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Escuela de Filosofía Universidad Arcis, 1785 www.philosophia.cl /. Consultado el 12 de febrero de 2014.

como se dijo con anterioridad este es el argumento que permite vincular la idea de no comerciabilidad al cuerpo humano y que se hace extensiva al cadáver.

Esta investigación se adhiere al criterio expuesto y se resume de la siguiente manera:

“El cadáver es una **cosa (sujeta a un régimen) especial, respetable** y de tráfico **limitado** por haber constituido un elemento de la unidad biopsíquica humana, por el respeto del sentimiento afectivo de los familiares, herederos y allegados y del pueblo entero cuando se trata de personajes y por los principios de sanidad que deben ser observados para preservar a la sociedad de los peligros inherentes al tráfico irresponsable de los restos humanos”.⁹⁸

⁹⁸ Martínez Gamelo Jesús. *La figura jurídica... op.cit.*, p.137. Las cursivas son propias. La expresión “de tráfico limitado” no se considera sinónimo de tránsito de mercancías, sino de circulación limitada, la transmisión de unas personas a otras.

CAPÍTULO TERCERO DISPOSICIÓN DEL CADÁVER

I. Teorías sobre la facultad para disponer del cadáver

Como se expuso en el capítulo que precede, el derecho atribuye al cuerpo humano sin vida la naturaleza jurídica de cosa, una vez precisado lo anterior debe identificarse el fundamento de la facultad para tomar decisiones respecto a ella. Las teorías que explican el origen de la facultad para disponer del cadáver varían en función de la naturaleza jurídica que le sea asignada, a partir del análisis efectuado en el capítulo anterior. Se exponen algunas de ellas con el objetivo de determinar el fundamento teórico más viable en primer lugar respecto a las facultades del disponente originario y posteriormente de las personas vinculadas a él por parentesco, matrimonio o concubinato. No se ignora que en algunos casos pueden disponer del cadáver terceros extraños o el propio Estado; sin embargo, para efectos prácticos conviene hacer referencia a los casos mencionados en primer lugar, por ser los más comunes y porque el análisis de la facultad de otros sujetos, derivaría en un tema de estudio diverso.

1. Facultad de disposición del propio cadáver

Indiscutiblemente cada persona tiene derecho a decidir el destino que deberá tener su cuerpo al fallecer, sin dejar de lado que el cadáver se considera una cosa especial, respetable y de tráfico limitado. La afirmación anterior encuentra sustento en criterios que oscilan entre la costumbre, los derechos de la personalidad, y los derechos reales, y que en su mayoría coinciden en la prohibición de toda actividad que implique su comercialización.

A. Costumbre *praeter legem*

Para algunos autores italianos⁹⁹ el derecho de disposición del propio cadáver es un derecho personal de carácter especial derivado de una costumbre *praeter legem*¹⁰⁰, entendida como regla social que supone la concurrencia del *usus* (repetición general, uniforme, constante, frecuente y pública de cierta conducta) y la *opinio* (conciencia de obligatoriedad), relevante para el Derecho y en concordancia con las normas jurídicas existentes.¹⁰¹

En el mismo sentido Diez Díaz¹⁰² señala que para De Cupis el cadáver es objeto de un derecho privado no patrimonial deducido de la costumbre, que implica la facultad de precisar la manera de proveer a su destino, y constituye un negocio jurídico sobre cosa futura que excluye la comerciabilidad o patrimonialidad regularmente prevista, de lo contrario se opondría a la dignidad atribuida al cadáver como objeto “conservador de la huella humana y residuo de un ser viviente”.

Al respecto Cristina Coppola¹⁰³ afirma que si bien el origen de la facultad para disponer del cadáver se halla en la costumbre, ha sido confirmada por el derecho positivo mediante preceptos que permiten elegir su destino en cuanto cosa futura y *extra commercium*, ya sea mediante la inhumación, sepultura, cremación o donación para investigación científica o didáctica. En este sentido la voluntad del disponente se ve materializada a través del testamento, que surtirá efectos *post mortem* siempre y cuando se exprese dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico salvaguardando la salud pública, la moral y el orden público.

⁹⁹ Cfr. Ciapozzi, Guido, *Successioni e donazioni*, 3a ed., Milán, Giuffrè Editore, 2009, t. I, p.824 y Coppola, Cristina, “Le disposizioni concernenti gli organi”, *Trattato delle successioni e delle donazioni*, Milán, Giuffrè Editore, 2009, vol II, p. 1020.

¹⁰⁰ *Consuetudo praeter legem* costumbre fuera de la ley. Elías Azar, Edgar, *Frases y Expresiones Latinas*, 4a ed. México, Porrúa, 2008, p. 60.

¹⁰¹ *Consuetudo praeter legem* es la costumbre como fuente de Derecho, se distingue de la costumbre *contra legem* y la costumbre *secundum legem*. Aguiló Regla, Josep, *Teoría General de las fuentes del derecho y del orden jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 97.

¹⁰² Diez Díaz, Joaquín, *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*, Madrid, ediciones Santillana, 1963, p. 348.

¹⁰³ Cfr. Coppola, Cristina, *Le disposizioni...op. cit.*, p. 1020.

Esta teoría permitiría eludir inicialmente la discusión sobre la existencia de un derecho real o no como fundamento de la facultad para disponer del cadáver, considerándose únicamente como la repetición constante de un acto que con el paso del tiempo se ha vuelto obligatoria, el disponente estaría facultado para decidir respecto al destino del cadáver porque siempre ha sido así y no es un acto que se oponga a la ley, pero tampoco es regulado en ella.

No debe pasar desapercibido, como señala Coppola, que el hecho de regularse expresamente en la ley genera que pierda su calidad de costumbre *praeter legem*, pues precisamente la esencia de ésta es que no se halla en disposición legal alguna, lo que en la práctica no sucede pues generalmente este aspecto se contempla por el derecho positivo por ejemplo en los preceptos que regulan la donación de órganos, la inhumación o incineración. De donde se concluye que la facultad en estudio no podría sustentarse en la referida costumbre, este criterio no es idóneo para esos fines.

B. Derecho de la personalidad

Conforme a esta teoría el derecho a disponer del cadáver es personalísimo, compete en vida a la persona de cuyo cuerpo se trata, y le permite tener un poder jurídico sobre el futuro del mismo, es intransmisible en congruencia con los caracteres principales de este tipo de derechos: oponibilidad *erga omnes*, imposibilidad de exacta estimación pecuniaria, la intransmisibilidad referida, imprescriptibilidad e inaplicación de los modos generales de representación.¹⁰⁴

Un criterio similar es sostenido por quienes consideran que se trata de una extensión del derecho de disposición del propio cuerpo, porque si el ser humano puede disponer de éste en vida, por analogía podrá hacerlo para el momento de su fallecimiento, bastando para que su voluntad sea respetada la calidad de persona, que ostentaba.¹⁰⁵ Atendiendo a este criterio es necesario distinguir dos momentos: el de la expresión de la voluntad, que sucede en vida, y la ejecución

¹⁰⁴ Cfr. Perreau, E. H., "Des droits de la personnalité", *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, T.VIII, 1909, p.514.

¹⁰⁵ Cfr. Díez Díaz, Joaquín, *Los derechos físicos...op.cit.*, p. 340.

del acto de disposición, que se confía a un tercero al fallecer el sujeto en cuestión, la voluntad ya ha sido manifestada y debe protegerse por el derecho como sucede con las disposiciones testamentarias; Diez Diaz ¹⁰⁶ menciona que según De Castro “el derecho garantiza sus disposiciones; lo que es bien distinto a suscribir que la persona del muerto siga teniendo derechos o intereses”.

Quienes se adhieren a este criterio rechazan la disposición del cadáver con base en un derecho real o de tipo patrimonial que derivaría en el uso del mismo con fines especulativos o de lucro, pero manifiestan una opinión favorable a su utilización con fines terapéuticos, de docencia e investigación científica.

En conclusión, conforme a este criterio el sustento de la facultad para disponer del cadáver se halla en un derecho de la personalidad, cuyo contenido es precisamente la determinación del destino que deberá dársele y que, si bien se extingue con la muerte del sujeto, como todos los derechos de la personalidad, difiere en que sus efectos se realizan *post mortem*, su ejecución depende de actos de terceros,¹⁰⁷ de ahí que se afirme:

El testamento no es tan sólo lugar apropiado para disponer de los bienes patrimoniales del causante, sino también para ordenar disposiciones completamente ajenas al orden económico, entre las cuales y como más peculiares se hallan cuantas hacen referencia al entierro y píos sufragios[...] Las disposiciones legales sobre enterramientos, tanto las vigentes como las que han sido derogadas, se inspiran en **el principio de derecho de que el hombre puede disponer de su cadáver en orden a su último destino.**¹⁰⁸

Aun cuando doctrinalmente se considera que la vía idónea para la manifestación y ejecución de este derecho es la testamentaria, no resulta conveniente para efectos prácticos en virtud de que la disposición del cadáver se vería aplazada hasta conocer el contenido del testamento pues, como afirma Borrell: “Al tratar de dilucidar en la vida práctica qué persona debe disponer del

¹⁰⁶ Diez Diaz Joaquín, *Los derechos físicos... op.cit.*, p. 350.

¹⁰⁷ Al respecto debe precisarse que es innecesario recurrir a la ficción de la supervivencia porque algunos autores plantean la existencia de un mandato diferido o *post mortem* que constriñe a los supervivientes a cumplir las disposiciones del mandante sobre el futuro del cadáver. La principal objeción al respecto es el ocultamiento de la verdadera calificación legal del ejecutor testamentario en los términos de mandatario, quien no actuaría como representante del testador porque no existe a quien representar, sino en su propio nombre pero en el interés que sean exactamente ejecutadas las disposiciones testamentarias. Cfr. Borrell Macia, Antonio, *La Persona Humana Derechos...op.cit.*; Buffone Giuseppe, *Mandato, agenzia, mediazione. Percorsi giurisprudenziali*, Milán, Giuffrè Editore, 2009, p.75.

¹⁰⁸ *Ibidem.* p.123.

cuerpo de un difunto a los efectos de su entierro, no puede prescindirse de la necesidad de que su determinación se lleve a cabo de una manera inmediata. No se puede aguardar el tiempo necesario para que la situación de derecho prevalezca a la de hecho. Son los familiares que están en posesión del cadáver los que deciden de éste”¹⁰⁹, situación que la ley pretende solucionar como se expone en el siguiente capítulo.

C. Derecho real

El Fundamento de la facultad para tomar decisiones respecto del destino del propio cadáver según este criterio, radica en el derecho real de propiedad, por lo que la persona puede disponer del cadáver en tanto cosa futura, de manera onerosa o gratuita.

Al respecto, Díez señala que “la misma venta del propio cadáver no debe considerarse inmoral cuando el fin que se propone alcanzar el comprador lejos de ser vituperable es altamente humanitario.”¹¹⁰

Según el autor en cita, únicamente debe reconocerse la potestad para disponer del cadáver de manera onerosa y con fines terapéuticos al “protagonista”, por ende si no decidió que se aplicara de ese modo, sus familiares carecen de justificación para hacerlo, es decir, cada persona es titular de la propiedad sobre su cadáver y en consecuencia la única con el derecho para determinar cómo y quién podrá utilizarlo, como lo hace respecto de cualquier otra cosa.¹¹¹

También sostiene este criterio Gutiérrez y González¹¹², quien se refiere al derecho sobre el cadáver o derecho al cadáver (indistintamente), aunque lo clasifica como un derecho de la personalidad, su opinión se orienta en el sentido de reconocerlo como una cosa con el mismo régimen que el resto de ellas, por lo que está sujeto a un derecho de propiedad, ya sea de la persona que le dará

¹⁰⁹ *Ibidem.* p. 197.

¹¹⁰ Díez Díaz, Joaquín, *Los derechos físicos...op.cit.*, p. 340.

¹¹¹ Sperling, Daniel, *Posthumous interests*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2008, p.127

¹¹² Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario...op.cit.*, pp. 1077-1095.

origen o de sus familiares o herederos, pues afirma que es posible disponer de él a través de un contrato a título oneroso o gratuito.

Sostiene que, si bien la ley regula expresamente la disposición gratuita, no se encuentra pronunciamiento alguno relativo a la posibilidad de realizar actos de carácter oneroso, por lo que resultarían válidos también los actos de disposición de manera onerosa a través de contratos regulados por el artículo 1858 de los Códigos Civiles Federal y para el Distrito Federal que establecen:

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

La idea que subyace a este criterio es el aprovechamiento del cadáver como un recurso que resultaría útil a otros, y a la propia persona, sin embargo admitirlo y con ello la comerciabilidad del cadáver, aun limitándola a los fines terapéuticos o de investigación supone diversos conflictos, tanto de tipo jurídico, como moral y sanitario, pues implicaría la transformación de lo que fue un cuerpo humano en una mercancía; al tratarse de una materia delicada, no tanto por cuestiones afectivas o morales sino de salud y orden público, no se estima conveniente adoptar este criterio. Cabe destacar además, que no es posible hallar entre quienes sostienen este criterio un estudio serio o detallado sobre la manera en que serían aplicadas las reglas generales de los contratos a los actos que se practiquen sobre el cadáver, por ejemplo, sería complicado aplicar entre otras, las reglas relativas al saneamiento y la evicción.

El criterio más viable en cuanto a la facultad de la persona para disponer del destino que tendrá su cuerpo al fallecer es el que la considera un derecho de la personalidad, que consiste en manifestar la voluntad respecto al acto de disposición que recae en el cadáver, pues con esta categoría se comprenden aspectos que no son susceptibles de valoración pecuniaria, entre ellos el cadáver, además permite preservar la idea del hombre como un fin en sí mismo y no únicamente como un medio.

No se considera, que esta idea se funde en un pensamiento atávico de veneración a una cosa, sino en la importancia de privilegiar la voluntad de la que

antes de fallecer decide disponer libremente de su cuerpo y optar por lo que mejor le parezca sin lucrar con ello. De no existir manifestación al respecto, lógico es que la decisión corresponderá a quien designe la ley como disponente secundario, quien deberá optar por alguna de las formas previstas en ella.

2. Facultad para disponer del cadáver de otro en razón del vínculo de parentesco, matrimonio o concubinato

El fundamento de la facultad referida, conforme a las teorías que se expondrán, puede ser un derecho real si se consideran aplicables las leyes en materia de sucesiones; un derecho de la personalidad si se hace con base en vínculos afectivos o que competen al patrimonio moral, y una obligación si se refiere a un mandato *post mortem*.

Indudablemente el principal interesado en determinar el destino que tendrá el cuerpo humano sin vida es su titular, sin embargo no siempre es posible conocer el sentido de su voluntad o cumplir su determinación, esto genera una situación de hecho cuya relevancia antiguamente se limitaba a la decisión respecto de la sepultura o incineración, pero a partir del siglo dieciocho, los cadáveres comenzaron a ganar valor comercial por su creciente demanda con fines de docencia y, posteriormente, terapéuticos y de investigación científica, surgiendo la necesidad de encontrar el fundamento jurídico que permite a una persona disponer del cadáver de otra e incluso evitar que se cumpla su voluntad al respecto.

Los criterios existentes son similares a los que explican la disposición del propio cadáver aunque en este caso no se trata del disponente principal, sino de las personas a quienes se faculta de manera supletoria. Si bien la calidad de disponente secundario puede recaer en diversas personas, en los siguientes apartados únicamente se referirán las que están unidas al disponente originario por vínculo de parentesco, matrimonio o concubinato.

A. Derecho de la personalidad.

Conforme a este criterio, la facultad para disponer del cadáver debe corresponder a los familiares de la persona fallecida con base en un derecho de la personalidad, cuyo contenido es la protección del “sentimiento o proyección psíquica del individuo sobre lo que habrá de ser el cuerpo del fallecido con base en aspectos subjetivos como los sentimientos de afecto o estima.”¹¹³

Este derecho se reconoce a los familiares del disponente originario ante la presunción del conocimiento o la aptitud para proporcionar una interpretación de la voluntad del individuo acorde con los deseos manifestados en vida por él.¹¹⁴

Siguiendo este criterio, Kipp¹¹⁵ considera que los sobrevivientes tendrían un derecho personal para disponer del cadáver, pero deben respetar la voluntad manifestada en vida en virtud de que se trata de una obligación de carácter moral y su cumplimiento se garantizaría mediante la imposición de un modo o carga a los herederos.

Por otra parte, aunque se afirma que la determinación del destino del cadáver será a cargo de los familiares, la amplitud del término genera un dilema en cuanto al criterio que debe asumirse para delimitarlo, pudiendo optar por las leyes de la herencia, o por los vínculos afectivos de familia y proximidad o convivencia. Díez considera que es preferible adoptar esta última por tratarse de “algo eminentemente subjetivo, particular e íntimo que debe escapar a las normas generales del derecho de sucesiones.”¹¹⁶

La relevancia de este criterio consiste en la intención de evitar la total cosificación del cadáver y con ello toda posibilidad de reducirlo a propiedad o comerciar con él.

¹¹³ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario...op.cit.*, p.1077.

¹¹⁴ Díez Díaz, Joaquín, *Los derechos físicos...op.cit.*

¹¹⁵ Enneccerus, Ludwig *et. al.*, *Tratado de derecho civil*, Derecho Civil, parte general, 2a. ed., trad. de Alguer José Pérez González Blas, Barcelona, Bosch, 1954, t. I, vol. I, p.533.

¹¹⁶ Díez Díaz, Joaquín, *Los derechos físicos...op.cit.*

B. Mandato *post mortem*.

Otros autores consideran que la disposición del cadáver por parte de un tercero se deriva de un mandato *post mortem*. Se trataría de una obligación por parte del mandatario y no de un derecho o facultad para la disposición del cadáver.

Por medio de este contrato el sujeto podría encargarse de la ejecución de los actos en cuestión a personas como los albaceas, o herederos, aceptando que la personalidad del testador se proyecta más allá de la muerte. Según este criterio el mandante concedería “facultades al mandatario de que éste se servirá en un momento en que ya no le podrán ser revocadas, y si bien es su deber respetar las directrices que quizá el causante le haya señalado, no obstante, y por lo general, quedará en suficiente libertad para disponer del cuerpo del testador.”¹¹⁷

En este orden de ideas, el mandato difícilmente se podría considerar un contrato, se trataría más bien de un acto unilateral y, en caso de realizarse a través de testamento como lo plantean diversos autores, para el momento en que se tuviera conocimiento de éste ya se habría dispuesto del cadáver, lo que haría prácticamente inaplicable esta figura. Actualmente se reconoce en la legislación argentina¹¹⁸; sin embargo, generalmente se considera inaceptable porque supondría reconocer personalidad a alguien que ya no existe.

Conforme a lo anterior López Berenguer, citado por Borrell Macia¹¹⁹, afirma que no es necesario otorgar a los familiares del finado una representación que se extinguirá con su muerte (como en el caso del mandato *post mortem*), ni atribuir un derecho sucesorio, en cambio debe actuarse conforme a una situación de hecho, por ejemplo tratándose de trasplante de órganos, que depende de una temporalidad reducida para poder efectuarse, dentro de esta temporalidad difícilmente se sabrá con exactitud quien es el heredero; siendo en los hechos los

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ El Código Civil Argentino dispone lo siguiente “Art. 1.982. El mandato continúa subsistiendo aun después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero. Art. 1.983. Cualquier mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante, será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad.” En http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloIX.htm. Consultado el 06 de marzo 2014.

¹¹⁹ Borrell Macia, Antonio, *La Persona Humana Derechos...op.cit.*, p.212.

familiares que conviven con el disponente, quienes están en aptitud para tomar una decisión.

C. Derecho patrimonial.

Algunos autores opinan que los familiares tienen un derecho de índole patrimonial, aunque difieren en la asimilación del cadáver al régimen de las cosas, principalmente en lo relativo a la comerciabilidad. Así, según Ferrara¹²⁰ se trata de un derecho-deber de custodia de índole tanto personal como patrimonial, sustentado en las relaciones de familia, por el que los herederos se convierten en depositarios del cadáver, pero no en propietarios; de donde se deduce que únicamente tendrían la posesión de la cosa, lo que deja subsistente el problema teórico de reconocer la posesión sin determinar a un propietario, pues aceptando que los herederos tienen el carácter de depositarios y sólo tienen la posesión, debería existir un propietario, que no se menciona; aunado a esto, en la práctica genera un problema porque frecuentemente la posesión actual del cuerpo no se encuentra en los parientes más próximos ni en los herederos, sino en un hospital, crematorio o funeraria esperando su disposición, bajo estas circunstancias, el cuerpo es físicamente controlado por alguien más a quien la ley no desea reconocer algún tipo de interés.¹²¹

Por otra parte, si se estima que los familiares de la persona fallecida pueden disponer del cadáver de ésta, con base en un derecho de propiedad, permitiendo su comerciabilidad, debe aceptarse como transmisible dentro del patrimonio hereditario, en este sentido, Martínez¹²² afirma que los deudos deben respetar la última voluntad del disponente, pero en ausencia de manifestación de la voluntad los familiares y en su caso los herederos, adquieren una propiedad *sui generis* con la transmisión del patrimonio hereditario que los faculta para disponer

¹²⁰ Cfr. Díez Díaz, Joaquín, *Los derechos físicos...op.cit.* p.347.

¹²¹ Sperling, Daniel, *Posthumous interests...op.cit.*p.127.

¹²² Martínez Gamelo, Jesús, *La figura jurídica del contrato en los trasplantes...op.cit.*p.140.

de él de manera onerosa siempre que de ello derive un beneficio para la sociedad, como puede serlo tratándose de trasplantes, la disposición podría efectuarse a través de contratos, incluso señala que ante el incumplimiento de la disposición contractual la sucesión devolvería el importe de la contraprestación que se hubiera otorgado. Este autor no ignora que conforme a la legislación mexicana la venta de cadáveres sería ilícita puesto que es contraria a las buenas costumbres, pero dejaría de serlo si se realizara conforme a fines urgentes, altruistas y en beneficio de la propia humanidad.

El mismo criterio es asumido por Borrell, quien estima que si se considera al cadáver como parte del patrimonio del causante y “que entre los bienes y derechos por éste relictos se comprende el de disponer del cuerpo muerto como una de tantas cosas que integran tal patrimonio, el problema, si no desaparece, se simplifica.”¹²³ Se faculta al heredero para disponer de éste como mejor le parezca. Si hay coherederos que deben disponer sobre los servicios fúnebres, y no se ponen de acuerdo acerca de ello, el conflicto “podría resolverse conforme a las reglas de la comunidad de bienes, no porque sean propietarios en porciones indivisas del cadáver, sino porque son copartícipes de un derecho y de una obligación.”¹²⁴

Es perceptible la complejidad para ajustar al cadáver al derecho de bienes, pues en algunos de los casos expuestos los conceptos carecen de una conexión lógica, como en el supuesto de considerar a los herederos o familiares como depositarios sin hacer referencia al origen de esta calidad; para que exista un depositario debe existir un propietario, que en el caso no se menciona. Por otra parte al pretender aplicar las reglas del derecho sucesorio para reconocer un derecho de propiedad a los herederos, no se refiere la manera en que el autor de la herencia adquiriría la propiedad de la cosa para transferirla a sus herederos, considerando que el cadáver existirá, después de que se haya extinguido la personalidad jurídica, imposibilitando en consecuencia su transmisión conforme al derecho sucesorio, toda vez que los objetos futuros no pueden ser objeto de

¹²³ Borrell Macia, Antonio, *La Persona Humana Derechos...op.cit.*, p.197.

¹²⁴ *Ibidem.* p.206.

transmisión hereditaria; en otras palabras, la cosa no podría incluirse en la masa hereditaria, pues para el momento en que exista ya se habría extinguido el patrimonio al que debía ingresar en cuanto tal.

Otra alternativa sería definir al cadáver como *res nullius*, y a partir de allí determinar la propiedad de los herederos o familiares, sin embargo la situación se torna complicada porque nada garantiza que aquellos sean los primeros en ocupar la cosa.

De todo esto, se desprende que no es posible reconocer a los sujetos mencionados, una facultad para disponer del cadáver, sustentada en un derecho de carácter patrimonial como se plantea por los criterios referidos.

Desde una perspectiva diversa, existen autores que consideran que puede crearse un régimen especial que haga compatible el derecho de propiedad con la no comerciabilidad, como se expondrá a continuación.

D. Régimen especial.

A diferencia del criterio expuesto, algunos autores pretenden hacer compatible el derecho de propiedad con la no comerciabilidad, por ejemplo, Xavier Labbé¹²⁵ propone la aplicación del régimen de los recuerdos de familia al cadáver, afirma que “los recuerdos de familia son cosas, objetos de derecho de propiedad (...) sin embargo, el valor moral del bien, el carácter personal de la cosa, genera un régimen específico, particular. Para nosotros, el cuerpo puede ser descrito como objeto de derecho de carácter personal”.

Este régimen atribuye a los miembros de la familia una copropiedad indivisa del bien en cuestión, pero lejos de considerar la existencia de un derecho real sobre el cadáver existiría un régimen específico, particular en razón de su valor esencialmente moral y los lazos jurídicos que lo unieron a la familia, haciendo imposible su enajenación.¹²⁶ Lo que se propone es la propiedad sobre el cadáver excluyéndolo del comercio.

¹²⁵ Labbé, Xavier, *Condition Juridique du corps humain...op.cit.*, p.301.

¹²⁶ *Idem.* « Les souvenirs de famille sont des choses, objets de droit de propriété... Pourtant, la valeur morale du bien, le caractère personnel de la chose, font qu'ils ont un régime spécifique,

El mismo autor destaca que la noción de recuerdos de familia aplicada al cadáver del individuo no ha sido desarrollada doctrinalmente, pues esta categoría se aplica tradicionalmente a bienes como medallas, armas de guerra, y retratos de familia; que presentan el mismo interés para diversos miembros de la familia y por lo tanto sería imposible conferir un derecho exclusivo a alguno de ellos; el ámbito de desarrollo de esta noción aplicada al cadáver ha sido la jurisprudencia francesa, donde se decidió por un tribunal de apelación que el cuerpo muerto del individuo pertenece a la familia como cualquier objeto de la sucesión. En ausencia de manifestación de la voluntad del difunto y a falta de acuerdo entre los diferentes miembros de la familia sobre el destino del cadáver el tribunal debe designar un “portavoz”, por lo que la determinación del encargado de decidir el destino del cadáver no dependería de un orden preestablecido.

Este criterio no es aceptable porque se considera que la finalidad del régimen de los recuerdos de familia es la conservación de la memoria de la persona a quien pertenecieron a través de la conservación de los objetos, en cambio el cadáver es un cuerpo humano en su estado último¹²⁷, la finalidad sería decidir en cuanto a su sepultura, y, aun tratándose de la urna que contiene las cenizas, el recuerdo desaparecería rápido, sería cuestión de dos o tres generaciones a lo sumo.

Otro régimen especial es el que se propone en el sistema anglosajón, en que se discute la conveniencia de un interés de propiedad sobre el cadáver, encontrándose difícilmente aplicable como tal, pues aunque sería posible encontrar algunas características del derecho de propiedad como la transmisibilidad, utilización, administración y disposición, muchas otras como el dominio, la posesión y la exclusión están ausentes¹²⁸, además las cuestiones relacionadas con su custodia y disposición, al provenir de relaciones familiares difieren de los principios que regulan la posesión y la propiedad.

particulier. Pour nous, le cadavre peut être qualifié « d'objet de droit à caractère personnel ». Traducción es propia.

¹²⁷ Popu, Hélène, *La dépouille mortelle, chose sacrée: A la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, Paris, l'Harmattan, 2009, p.377.

¹²⁸ Sperling, Daniel, *Posthumous interests...op.cit.*, p. 141.

Ante esta situación se ha creado una figura denominada cuasi propiedad, que comenzó a utilizarse por los tribunales de equidad para describir intereses parecidos en su funcionamiento al derecho de propiedad¹²⁹, es un derecho de propiedad limitado.

El derecho de cuasi propiedad sobre los cadáveres se reconoce a la familia o en algunas circunstancias a otra persona con el objetivo de “custodiar” el cadáver y cumplir lo que haya determinado la persona en vida: cómo, cuándo y dónde será sepultado su cuerpo o si permitirá que sus órganos sean donados para trasplante; también, se considera parte de este derecho la entrega del fallecido al familiar en el mismo estado en que se encontraba cuando perdió la vida.

Conforme a esta teoría aun después de la muerte el ser humano tiene gran control sobre la disposición y el tratamiento de su cuerpo, por ello pretende el reconocimiento de una especie de propiedad limitada e inalienable, en este sentido afirma Nwabueze¹³⁰ que el concepto de cuasi propiedad es una invención ingeniosa de los tribunales de los Estados Unidos, constituye una ficción legal que no se relaciona con la propiedad en el sentido ordinario, sino que se limita para proporcionar una base jurídica de tutela judicial tanto del cuerpo humano después de la muerte como del sentimiento de quienes fueron los familiares.

La necesidad de tutelar el cuerpo humano después de la muerte deriva de la actual e intensa demanda de tejidos y partes del cuerpo humano por algunos investigadores biomédicos y científicos, el citado autor afirma que existe una indignante tendencia donde empleados de crematorios y funerarias se están convirtiendo en los principales proveedores de órganos ilegalmente extraídos de cadáveres, con algunas compañías investigadoras y biomédicas y científicas como compradoras.

Dicha tutela se brinda mediante el reconocimiento de un derecho de cuasi propiedad sobre el cadáver, otorga una acción de daños contra el infractor por el

¹²⁹ “Equity courts began using the term “quasi-property” to describe interests that resembled property rights in their functioning even when they weren’t property rights, or, strictly speaking, ownership” Balganes, Shyamkrishna, “Quasi-Property: Like, But Not Quite Property” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 160, Junio de 2012 p.1895
interests.[https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume160/issue7/Balganes160U.Pa.L.Rev.1889\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume160/issue7/Balganes160U.Pa.L.Rev.1889(2012).pdf)

¹³⁰ Cfr. Nwabueze, Remigius, *Biotechnology and the challenge of property...*, op.cit., p.59.

sufrimiento mental como resultado del trato inadecuado del cadáver,¹³¹ así como en caso de exhumación ilegal, una acción, penal por robo y, civil por daños y perjuicios por parte de los descendientes agraviados. La finalidad del recurso legal es evitar que el poseedor siga manteniendo los restos en posesión hostil a los derechos de los descendientes, quienes tienen obligaciones de cuidado y de custodia que deben hacer cumplir.¹³²

Quienes rechazan esta teoría afirman que podría derivar en un uso irrestricto, control y disposición del cadáver semejante a los intereses de propiedad, provocando su mercantilización y el retroceso de la civilización, en que se admitiría de nuevo la propiedad sobre los seres humanos. En contra de este argumento se afirma que la regla de no propiedad sobre el cadáver, se originó en un tiempo en que no tenía valor médico o comercial, situación que se ha modificado en la actualidad, por lo que este concepto resolvería las dificultades correctivas y conceptuales bajo una regla de propiedad limitada, prohibiendo el mercado de cadáveres y partes del cuerpo.

Diversas decisiones de los tribunales de los Estados Unidos son revolucionarias en su uso del concepto de cuasi propiedad, ocasionando que continúe el debate en esta materia y evidencie los defectos presentes en las actuales acciones de responsabilidad civil.¹³³

Los tribunales norteamericanos generalmente han rechazado la idea de derechos de propiedad absolutos existentes en el cuerpo humano, sin embargo al mismo tiempo, han reconocido un derecho de cuasi propiedad a favor de los parientes próximos, este derecho es limitado a la sepultura o cremación y deja de existir cuando alguno de los actos se haya efectuado.

De los criterios analizados se concluye que el que proporciona una mejor explicación teórica de la facultad de los disponentes secundarios en cuestión, es el de la cuasi propiedad. Combina elementos de los derechos de la personalidad y de los derechos patrimoniales. Si bien pertenece a un sistema jurídico distinto del

¹³¹ *Ibidem.*, p. 71.

¹³² Cfr. Cassman, Vicki, Nancy Odegaard y Joseph Powell, *Human Remains: Guide for Museums and Academic Institutions*, Estados Unidos, Altamira, 2007, p.224.

¹³³ *Idem.*

mexicano, no es incompatible con los elementos esenciales del tema en cuestión, pues ambos sistemas prohíben la comerciabilidad del cadáver, y lo consideran una cosa especial, respetable y de tráfico limitado (en concordancia con la naturaleza jurídica asignada en este trabajo). Con su aceptación no se modifica el principio según el cual solo son apropiables las cosas que están en el comercio, en realidad no se tendría un derecho de propiedad como tal, sino una figura aproximada a ella, pues como se mencionó no reúne todos sus elementos, sólo la utilización y disposición, carece del dominio, posesión y exclusión.

II. Actos de disposición del cadáver

El progreso exponencial de la medicina, la evolución social, y la menor homogeneidad de las sociedades contemporáneas han permitido la diversificación de los actos de disposición del cadáver, que no se reducen a la sepultura o incineración, sino que actualmente comprenden la donación con fines terapéuticos, de docencia o de investigación, y en algunos países la conservación por medio de criogenización y plastinación para la docencia o exhibición en exposiciones de arte moderno.¹³⁴ En el presente apartado se expondrán brevemente algunos de ellos con la finalidad de evidenciar la aplicabilidad de la naturaleza jurídica determinada en los capítulos precedentes y la relevancia de su regulación.

1. Donación con fines terapéuticos

Conforme al derecho positivo toda persona adulta y capaz puede decidir que por medio de la donación de órganos, su cuerpo sea utilizado después de la muerte con fines terapéuticos. Esto implica la transferencia de “un órgano o tejido desde su posición original (el cuerpo del donante) a un nuevo lugar (organismo del

¹³⁴ Raimbault, Philippe, “Le Corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au « cadavre exquis »” *Droit et société*, Paris, núm. 61 2005, p. 818.
<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds61/ds061-10.pdf>. Consultado el 08 de agosto de 2013.

receptor) mediante un procedimiento quirúrgico de manera tal que pueda seguir funcionando en el paciente injertado.”¹³⁵

Si bien unánimemente este acto se identifica con el término donación, para remarcar su gratuidad y finalidad altruista, la exactitud de dicho término es cuestionable si se toma en cuenta que la donación es un contrato de naturaleza civil por medio del cual una persona transfiere a otra gratuitamente la propiedad de una parte o la totalidad de sus bienes presentes; la inexactitud en la aplicación de esta noción al cadáver radica en la incompatibilidad con su naturaleza jurídica, definida previamente como una cosa, con un régimen especial y de tráfico limitado, porque para poder efectuar la donación debería incluirse en el comercio, como el resto de las cosas; además, difícilmente se podrían aplicar las reglas relativas al perfeccionamiento del contrato de donación, según las cuales el donatario debe aceptar la donación y hacerlo saber al donador, lo que en este caso resulta imposible pues el donatario se determina al morir el donante, por lo que este último no podría recibir la aceptación. Finalmente, como afirma Salgado “desde el punto de vista jurídico la donación no puede tener como objeto cosas futuras, como lo será el ulterior cadáver de una persona y sus componentes.”¹³⁶

Con independencia de la inexactitud terminológica, el derecho positivo no puede ignorar las ventajas que genera el aprovechamiento del cadáver a raíz de los avances médicos y científicos, por ello, considerando que el cadáver “puede ser una fuente de bienes vitalmente útiles cuya no utilización puede causar daños a seres vivientes”¹³⁷ fue necesario regular esta figura denominándola donación, aun cuando por las razones expuestas técnicamente difiere de ese contrato civil.

Existen diversos sistemas de donación de órganos provenientes de cadáver, cuya aplicabilidad genera debate en cuanto a la viabilidad de su implementación.

Uno de ellos es el de consentimiento informado, en el que se requiere la expresión de conformidad del donante respecto del acto de disposición, ya sea

¹³⁵Salgado, Eréndira, “Órganos de reemplazo, problemática jurídica”, en García Fernández, Dora y Malpica Hernández Lorena (coords.) *Temas de Derecho Biomédico*, México, Porrúa, 2010,p.168.

¹³⁶ *Ibidem*. p. 171.

¹³⁷Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante...*op.cit*”, p.175.

verbalmente, por medio de una tarjeta de donante, en el permiso de conducir o documento de identidad, o bien en el historial médico o en un registro de donantes.

En contraste, se encuentra el sistema de consentimiento presunto, según el cual, ante el silencio de la persona respecto a la utilización de su cuerpo para fines de trasplante, se le clasifica como donante potencial; a diferencia del supuesto anterior no se requiere expresar la aceptación sino la oposición, ya sea en vida por el propio sujeto, depositando el documento de objeción en una oficina determinada, o a través de otra persona que con conocimiento de causa notifique que el fallecido manifestó terminantemente su oposición a la donación.

Con base en lo anterior y en lo señalado por el Consejo Ejecutivo de la Organización Mundial de la Salud, el consentimiento es el primer principio rector del trasplante de células, tejidos y órganos humanos, y el sistema que adopte cada país varía en función de las tradiciones sociales, médicas y culturales, pero “tanto en un sistema como en el otro, no podrán extraerse células, tejidos u órganos del cuerpo de una persona fallecida en caso de que existan indicios válidos de que se oponía a ello.”¹³⁸

Actualmente se realizan campañas para el fomento de la cultura de la donación de órganos con la finalidad de sensibilizar a la población frente a las necesidades de otros y propiciar la donación de manera voluntaria y altruista, sin embargo aún existe escasez de órganos. Garzón menciona entre otras las siguientes causas:

- a) causas puramente naturales: mayor demanda de órganos debido a los progresos de la técnica médica y menos disponibilidad de cadáveres aptos para la extracción de órganos como consecuencia de la disminución de la tasa de mortalidad. Este es un hecho estadísticamente comprobado.
- b) causas de tipo psicológico: menor disposición a la donación de órganos *in vita* y *post mortem*. También existen al respecto datos estadísticos.”¹³⁹

Ante tal situación autores como Royo Villanova¹⁴⁰ han planteado la posibilidad de imponer a los gobernados un deber coactivo de contribuir al

¹³⁸ Principios Rectores de la OMS sobre Trasplante de Células, Tejidos y Órganos Humanos Aprobados por la 63a. Asamblea Mundial de la Salud, de mayo de 2010, en la resolución WHA63.22 <http://www.cucaiba.gba.gov.ar/OMS%20principios.pdf>, Consultado el 7 de abril de 2014.

¹³⁹ Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante...*op.cit.*”, p. 174.

momento de su deceso con la cesión del cadáver para su utilización en injertos, trasplantes, transfusiones y aprovechamiento terapéutico en general, además de la aplicación de carácter docente y para investigación científica. Refiere que este deber se fundaría en el principio de autoridad, póstumos deberes de solidaridad y en los postulados del bien común; sería un “servicio cadavérico obligatorio” similar al castrense o militar; incluso se podría tipificar un delito similar al de omisión de auxilio en caso de no cooperar con el médico encargado de manipular el cadáver, a quien se otorgaría plenitud de poderes para su aprovechamiento.

Martínez¹⁴¹ adopta un criterio menos drástico y considera que el Estado debe agotar todos los recursos de que pueda disponer antes de adoptar una medida tan severa como sería la expropiación bajo cualquier título, condición o forma, y afirma que debería permitirse que el Estado disponga de partes específicas y una vez hecha la toma respectiva, devuelva el cadáver debidamente reconstruido a sus familiares. En el mismo sentido Díez¹⁴² señala que en la actualidad no existe apremio que justifique recurrir a un forzamiento de la voluntad de los disponentes; además, permitir la expropiación del cadáver generaría diversos problemas prácticos, porque siendo el cadáver una cosa fuera del comercio sería imposible calcular el monto y determinar la persona que debe ser indemnizada.

2. Docencia e investigación.

Los dos ámbitos en los que existe una demanda constante de cadáveres son sin duda las facultades de medicina y las instituciones de investigación científica. Se afirma que en siglos pasados eran obtenidos de criminales ejecutados o eran “robados” de los cementerios¹⁴³, sin embargo, hoy en día es posible obtenerlos por vías legal y socialmente aceptables, como la donación efectuada por

¹⁴⁰ Citado por Díez Díaz, Joaquín, *Los derechos físicos...op.cit.*, p. 379.

Según Gutiérrez y González esta teoría debería denominarse cadáver función social. Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral...op.cit.*, p.1086.

¹⁴¹ Martínez Garnelo, Jesús, *La figura jurídica del contrato en los trasplantes...op.cit.*, p. 143.

¹⁴² Díez, Joaquín, *Los derechos físicos...op.cit.*

¹⁴³ McCarthy, Tony, *The Facts of Death*, Irlanda, Belgrave, 2006, p.124.

voluntarios para fines de investigación y docencia o la utilización de aquellos que no son identificados en los hospitales o instituciones de asistencia social.

A semejanza de la donación de órganos con fines terapéuticos, cada país determina las instituciones encargadas y la manera en que serán suministrados los cadáveres para la realización de estas actividades, así, por ejemplo en Estados Unidos existen agencias independientes a las cuales es posible acudir para efectuar la donación, y que actúan como suministradoras de tejidos, órganos y cuerpos completos a escuelas médicas y laboratorios científicos.¹⁴⁴

En contraste, en España se realiza a través del programa de donación de la Asociación Nacional de Donantes de Cuerpo a la Ciencia, quien mantiene colaboración con diferentes facultades de medicina y centros oficiales.

La persona que desea inscribirse al programa de donación debe llenar un formulario, y entregarlo a la asociación, quien expide un carnet que lo identifica como donador; al certificarse la muerte, la familia o amigos deben contactar a la asociación para proporcionar información respecto a la causa y manera de la muerte y así determinar si el cuerpo es aceptable para los propósitos del programa, de ser así, el cadáver es transportado a las instalaciones de la facultad de medicina o centro oficial, quien se hace cargo de los costos económicos de traslado así como el de la incineración o sepultura de los restos del cuerpo una vez que se ha utilizado.

Aun cuando la voluntad del disponente originario debe ser respetada, si la familia se opone a que el cuerpo donado sea utilizado en la docencia o investigación, deberá notificarlo a la Asociación por escrito y, los gastos correspondientes de traslado y enterramiento serán a cargo de los primeros.¹⁴⁵

En México, la Secretaría de Salud es la institución encargada de la distribución de cadáveres a las instituciones autorizadas, lo realiza atendiendo a la información proporcionada anualmente por dichas instituciones respecto a la cantidad de cadáveres que tienen en su poder y la que requieren. El

¹⁴⁴ Algunas de estas agencias en Estados Unidos son anatomy gifts <http://www.anatomygifts.org/> y biogift <http://www.biogift.org/>, Consultado el 7 de abril de 2014.

¹⁴⁵ http://www.asociaciondonantesdecuerpo.es/preguntas_frecuentes.html, Consultado el 7 de abril de 2014.

procedimiento para la asignación varía en función de la identificación o no del cadáver, la ley establece dos categorías: de “personas conocidas” y “desconocidas”.

El cadáver de una “persona conocida”, puede destinarse a la docencia e investigación únicamente cuando el disponente originario lo haya autorizado ante la fe del notario público o en documento privado, expedido ante dos testigos idóneos conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Dicho ordenamiento también establece que quienes estuvieron vinculados a la persona por matrimonio, concubinato o parentesco (ascendientes, descendientes y parientes colaterales hasta el segundo grado), y los representantes legales tratándose de menores e incapaces, pueden consentir que sea destinado a investigación o docencia cuando el disponente originario no lo hubiere hecho en vida, siempre que no exista disposición testamentaria en contrario.

En cuanto a los cadáveres de “personas desconocidas”, la ley dispone que pueden obtenerse a través del Ministerio Público o de establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social, dando aviso a la Secretaría de Salud; una vez que son recibidos, por las instituciones educativas, deben conservarse en depósito durante diez días (sin ser utilizados), para dar oportunidad de que las personas autorizadas por la ley puedan reclamarlos.

Concluido el plazo correspondiente sin reclamación, las instituciones educativas podrán utilizar el cadáver y cuando no puedan seguir siendo utilizados serán inhumados o incinerados dando aviso a la autoridad sanitaria competente.

3. Donación para conservación y exhibición en museos.

Actualmente, la determinación de donar el propio cuerpo para su conservación y uso en exposiciones educativas o de arte moderno se basa en el discurso que valora la libre disposición de sí mismo, suscitando debates por demás subjetivos en cuanto a la moralidad o no de tales actos.

Un caso representativo del primer supuesto es la exposición *Body Worlds* del anatomista Gunther von Hagens¹⁴⁶, en la que se muestran órganos y cadáveres conservados y solidificados por medio de la técnica de plastinación con el objetivo de “enfaticar la importancia de un estilo de vida saludable, y por otro lado la posición de los cuerpos plastinados ilustra dónde en nuestros cuerpos están posicionados los órganos”¹⁴⁷.

La obtención de cadáveres se realiza a través del Instituto para la Plastinación; se trata de un instituto científico privado situado en Heidelberg, Alemania, enfocado en el desarrollo de esta técnica para su aplicación en especímenes humanos que serán utilizados en la formación continua de los médicos, y la educación del público en general, quienes desean que su cuerpo sea usado para estos fines acuden a dicho instituto, y los especímenes son exhibidos únicamente en museos de ciencias reconocidos y establecimientos de investigación científica, no pueden ser entregados a particulares o proveedores externos, según su creador.

Imitando este modelo, en febrero de dos mil nueve, se presentó en París una exposición denominada «*Our Body, A corps ouvert*», prohibida en septiembre de dos mil diez como resultado de una demanda presentada en contra de los organizadores de la exposición por las organizaciones *Ensemble contre la peine de mort* y *Solidarité Chine*, que solicitaban información respecto al origen de los cadáveres utilizados, pues se presumía que se trataba de cuerpos de prisioneros chinos, y no de personas que hubieran manifestado su conformidad en cuanto a la utilización del cadáver.

Otros argumentos expresados por las organizaciones fueron por una parte la violación del artículo 16 del Código Civil Francés¹⁴⁸ que establece que los

¹⁴⁶ Inventor de la técnica de la plastinación. La plastinación es el método de impregnación de polímero, que conserva piezas anatómicas como materiales permanentes, como la vida, y la estética para la enseñanza y la investigación científica. Patentado entre 1977 y 1982. http://www.bodyworlds.com/en/plastination/idea_plastination.html, Consultado el 06 de febrero de 2014.

¹⁴⁷ http://www.bodyworlds.com/en/exhibitions/mission_exhibitions.html, Consultado el 06 de febrero de 2014.

¹⁴⁸ Article 16-1-1 Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence.

cadáveres deben ser tratados con respeto, dignidad y decencia, y por otra parte la infracción al Código de Salud Pública según el cual sólo pueden ser utilizados para fines científicos o terapéuticos.

Los demandados no aportaron pruebas del origen lícito de los cuerpos, además se evidenció que la exposición únicamente tenía fines comerciales, por lo que al no demostrar la utilidad científica se concluyó que contravenía las leyes y la decencia.¹⁴⁹ En consecuencia la Primera Sala Civil del Tribunal de Casación prohibió la exhibición, confirmando la decisión del tribunal de apelación.

En atención a lo anterior, el Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y la Salud elaboró un dictamen sobre los problemas éticos que plantea el uso de cadáveres para fines de conservación o exposición en museos, donde expresó, entre otras cosas que la finalidad pedagógica y científica de las tales actividades era rebasada por una ambición lucrativa, al establecerse un precio a cambio del acceso a la sala de exhibición, pues asumiendo que fuera fundamental tener acceso a ver el cuerpo de un difunto es innecesario lucrar con ello.

Consideró también que los cadáveres no son tratados con respeto, al ser exhibidos a la sociedad como objetos de espectáculo, mostrándose con una presentación diferente de aquella que se dirige tradicionalmente a un público de estudiantes de medicina, lo que conduce a sospechar sobre los motivos pedagógicos y anatómicos aludidos por los organizadores, afirmó que no es válido sostener que el problema ético se resuelve por el hecho que millones de personas hayan visitado este tipo de exposición calificándola como “extraordinaria” o “sensacional”, pues los objetos de museo que implican vestigios humanos deben ser tratados con el respeto que corresponde a las personas que han vivido.

Al analizar estos casos es ineludible su comparación con la cuestión relativa a la exhibición de los restos humanos tales como esqueletos y momias, cuya exposición, en contraste, no parece causar mayor indignación o sorpresa; sin

149

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/764_16_17506.html
Consultado el 7 de abril de 2014.

embargo, tal circunstancia se debe a que su uso, objetivos, forma de obtención, y regulación son distintos. Esto es así porque mientras los cadáveres sujetos a plastinación se obtienen de personas que voluntariamente manifestaron su conformidad para la utilización con fines de docencia, los cuerpos momificados son indispensables para la investigación arqueológica al constituir evidencia mortuoria respecto a los hábitos alimenticios, enfermedades y patrones genéticos existentes en una época determinada; en el caso de México, siendo piezas etnológicas y paleontológicas se reconocen como bienes nacionales, sujetos al régimen de dominio público, por lo que constituyen una materia diversa de la que se aborda en el presente trabajo.

En efecto, las colecciones de los museos conformadas por restos humanos u objetos con carácter sagrado son clasificadas por el Consejo Internacional de Museos¹⁵⁰ como materiales culturales delicados; el Código de Deontología de dicha organización dispone que este tipo de colecciones debe ser tratado con respeto y adquirirse únicamente si se puede conservar con seguridad, de conformidad con las normas profesionales y los intereses y creencias de las comunidades o grupos étnicos o religiosos de donde provienen, si es que se conocen.

También establece que el museo tendrá que responder con diligencia, respeto y sensibilidad a las peticiones formuladas por las comunidades de las que proceden restos humanos u objetos de carácter sagrado con vistas a que se retiren de la exposición al público o a las peticiones de devolución.

4. Incineración e inhumación

La incineración y la inhumación son los dos actos más comunes de disposición del cadáver, y han sido utilizados por casi todas las civilizaciones desde que el hombre comenzó a practicar rituales funerarios.

“La palabra incineración tiene su origen etimológico en *cines*, cenizas, y cremación en *cremare*: quemar; y consiste en quemar los restos de un difunto a fin de descarnar los restos óseos en mayor o menor medida.

¹⁵⁰ <http://icom.museum/la-vision/codigo-de-deontologia//L/1/>, Consultado el 19 de febrero de 2014.

La inhumación consiste en depositar un cadáver en la tierra (*in*: dentro, en; *humus*: tierra)”¹⁵¹

La utilización de ambas ha variado conforme a las sociedades a lo largo de la historia principalmente por motivos religiosos, encontrándose los principales antecedentes de la práctica funeraria de incineración en las poblaciones nómadas y guerreras, aunque no de manera exclusiva; mientras que la inhumación fue desarrollada en civilizaciones agrícolas sedentarias e “inseparables de la tierra.”¹⁵²

En nuestro país se advierte que ambas figuras, y en especial la cremación antes de la llegada de los españoles, formaban parte de un ritual funerario reservado para hombres nobles, gente del pueblo, o aquellos que habían muerto por enfermedad; sin embargo, con la Conquista y el cristianismo fue prohibida hasta el siglo XIX, en que el progreso de la medicina y la corriente higienista favorecieron el reconocimiento de la cremación como una técnica tolerable ante diversos factores como la “necesidad de evitar focos de emanaciones pútridas o miasmáticas y, más tardíamente, por la influencia de la teoría bacteriana que buscó la eliminación de fuentes productoras de microorganismos.”¹⁵³

En la actualidad ambos actos de disposición coexisten, alternándose incluso en el seno de una misma formación social, así, la Ley General de Salud establece que la inhumación e incineración deben efectuarse entre las doce y las cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la autoridad sanitaria competente o por disposición del Ministerio Público, o de la autoridad judicial y sólo podrá realizarse con la autorización del oficial del Registro Civil que corresponda, quien exigirá la presentación del certificado de defunción. El lapso de tiempo indicado tiene la finalidad de prevenir inhumaciones o cremaciones precipitadas que podrían generar consecuencias desafortunadas, al no existir una correcta constatación del fallecimiento del sujeto.

¹⁵¹ González Villaescusa, Ricardo, *El mundo funerario romano en el país valenciano*, Madrid, Casa de Velázquez, 2001, p.75.

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ Ramos de Viesca, Mariblanca, “La cremación. Un capítulo en la salud pública de México”, *Gaceta Médica de México*, Vol. 138 No. 6, 2002, p.582.

Pacheco ¹⁵⁴ señala que para evitar que la disposición del fallecido respecto a la incineración o inhumación del cadáver sea considerada una mera recomendación, debe expresarse en el testamento como una condición impuesta a los herederos o legatarios, según lo establece el artículo 1344 del Código Civil; de tal suerte que en caso de incumplimiento perderían su derecho al legado o herencia. Esta propuesta se considera aceptable, sin embargo presenta un inconveniente respecto a la temporalidad de estos actos, pues normalmente, el conocimiento del contenido del testamento es posterior a la ejecución del acto de disposición del cadáver.

No se cuestiona la utilidad del cadáver como herramienta para el aprendizaje, susceptible de proporcionar los elementos de un trasplante o de hacer progresar las investigaciones científicas¹⁵⁵; sin embargo, es importante delimitar con claridad los actos y la manera en que pueden ser realizados, además de supervisar que sean efectuados conforme a lo que dispone la legislación, pues se sabe que actualmente es posible que institutos de investigaciones o museos compren cuerpos o partes de cuerpos plastinados.¹⁵⁶ si bien el derecho no puede ocuparse del análisis de las intenciones de los sujetos, lo cierto es que existen conductas manifiestamente contrarias a lo que las leyes disponen, es posible notar cuando una conducta se encamina a fines lucrativos y no altruistas o docentes.

¹⁵⁴ Cfr. Pacheco Escobedo, Alberto, *La persona...op.cit.*, p.118.

¹⁵⁵ Raimbault. Philippe, "Le Corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au « cadavre exquis »", *Droit et société*, Paris - N° 61 (2005), p. 817-844.

¹⁵⁶ <http://www.vonhagens-plastination.com/von-hagens-plastination>. Consultado el 06 de febrero de 2014

CAPÍTULO CUARTO

PANORAMA GENERAL DE LA REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO SOBRE EL CADÁVER EN MÉXICO

I. Legislación federal

A nivel federal se regulan los actos relativos a la donación de órganos o del cadáver con fines terapéuticos y de docencia en tres ordenamientos: la Ley General de Salud, sus Reglamentos en Materia de Trasplantes y en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, como se expone a continuación.

1. Ley General de Salud. Título décimo cuarto. De la donación, trasplantes y pérdida de la vida

Este ordenamiento establece dos supuestos en que se constata la pérdida de la vida, el primero de ellos es cuando se presenta la muerte encefálica, consiste en que, descartando que derive de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas, exista pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales; ausencia de automatismo respiratorio, y 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.

El segundo supuesto consiste en la ausencia completa y permanente de conciencia, de respiración espontánea, de los reflejos del tallo cerebral, y paro cardíaco irreversible.

La muerte encefálica se puede corroborar por medio de un electroencefalograma que demuestre la ausencia total de actividad eléctrica o cualquier otro estudio de gabinete que demuestre en forma documental la ausencia permanente de flujo encefálico arterial.

A partir de lo indicado se obtiene la definición de cadáver: es el cuerpo humano en que se ha comprobado la pérdida de la vida, además la ley establece que no puede ser objeto de propiedad y debe ser tratado con respeto, dignidad y consideración (artículos 314 II y 346).

Puede ser “de persona conocida” o “de persona desconocida”; la segunda categoría comprende a los cadáveres que no se reclaman dentro de las setenta y dos horas posteriores a la pérdida de la vida, o cuya identidad se ignora.

La ley faculta a toda persona para decidir el destino que tendrá su cuerpo con posterioridad a su fallecimiento; y la denomina donador o disponente, establece que es la persona que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo, órganos, tejidos y células en vida o para después de la muerte conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. Prevé, en principio, que cada persona tiene la facultad para disponer del propio cuerpo, sin embargo también establece la figura del disponente secundario, que puede autorizar el uso del cadáver de otro con fines de trasplante cuando no hubiera realizado alguna manifestación al respecto. Esta calidad puede recaer en el cónyuge, concubino, descendientes, ascendientes, hermanos, adoptado o adoptante, en ese orden de prelación. (artículos 314 VI y XVI, 320 y 327).

La disposición será siempre a título gratuito y consiste en el conjunto de actividades relativas a la obtención, extracción, análisis, conservación, preparación, suministro, utilización y destino final de cadáveres de seres humanos o de sus órganos, tejidos, componentes de tejidos, células y productos, lo anterior únicamente con fines terapéuticos, de docencia o de investigación; cabe destacar que la ley prevé que la obtención oportuna y la extracción de órganos, tejidos y células para trasplante se realizará preferentemente a partir de cadáveres (artículos 331 y 314 XVII). El acto que permite la realización de esas actividades es la donación del cadáver o de sus órganos, tejidos y células, y se define por la ley como el consentimiento tácito o expreso de la persona para que después de la muerte su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes. Debe realizarse conforme a los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad.

Cuando el consentimiento para efectuar la donación con fines de trasplante se manifieste en forma expresa es necesario indicar en qué términos se realizará, esto es, si será amplia comprendiendo la totalidad del cuerpo, o limitada únicamente a determinados componentes, además puede realizarse a favor de determinadas personas o instituciones expresando las circunstancias de lugar, tiempo, modo y cualquier otra que la condicione. El consentimiento manifestado por un mayor de edad con capacidad jurídica no puede revocarse por terceros, sólo por la propia persona, en cualquier momento (artículo 322). La manifestación del consentimiento para que el cadáver sea utilizado con fines de trasplante debe expresarse conforme a los lineamientos que establece el Centro Nacional de Trasplantes.

En cambio, el consentimiento tácito es la presunción de la aceptación de una persona para que al fallecer su cuerpo sea utilizado con fines de trasplante cuando no manifestó su negativa al respecto y además se obtenga el consentimiento del cónyuge, concubino, descendientes, ascendientes, hermanos, adoptado o adoptante en ese orden de prelación (artículos 324 y 325).

Respecto de los incapaces la disposición es limitada: en el caso de menores que han perdido la vida, los órganos y tejidos sólo pueden tomarse con el consentimiento expreso de sus representantes legales. Por otra parte, en el caso de personas sujetas a interdicción, existe prohibición total, pues la ley señala que no puede realizarse en vida ni después de su muerte (artículo 332).

Como se desprende de lo anterior, la ley adopta el sistema de consentimiento presunto en cuanto a la donación de órganos, sin embargo la persona que no desee que su cuerpo sea utilizado con estos fines puede manifestarlo en escrito privado o público firmado por ella, o en alguno de los documentos públicos que determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes. El proceso mediante el que se determina el establecimiento de salud donde serán trasplantados los órganos y tejidos obtenidos de un donador que ha perdido la vida se denomina distribución; su coordinación está a cargo del Centro Nacional de Trasplantes por conducto del Registro Nacional de Trasplantes (artículo 314 XXII).

El aspecto relativo a la utilización del cadáver de persona conocida, o parte de él con fines de docencia e investigación requiere la previa manifestación expresa del consentimiento de la persona, sin embargo la ley faculta a las instituciones educativas para utilizar cadáveres de personas desconocidas, proporcionados a por el Ministerio Público o establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social, que deberán dar aviso a la Secretaría de Salud. En este caso las instituciones educativas serán depositarias de los cadáveres durante diez días para dar oportunidad de reclamarlos al cónyuge, concubinario, concubina o familiares, durante este lapso los cadáveres únicamente recibirán el tratamiento para conservación y manejo sanitario que señalen las disposiciones respectivas, y concluido el plazo sin reclamación las instituciones educativas podrán utilizar el cadáver (artículos 350 bis 3 y 350 bis 4). Cuando los cadáveres que se hayan destinado para docencia e investigación ya no sean útiles para tales fines deberán ser inhumados o incinerados.

Generalmente los cadáveres deben inhumarse o incinerarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la autoridad sanitaria competente o por disposición del Ministerio Público o de la autoridad judicial. Ambos actos únicamente pueden efectuarse en lugares facultados por las autoridades sanitarias competentes y con la autorización del oficial del Registro Civil que corresponda, quien exigirá la presentación del certificado de defunción¹⁵⁷ (artículos 348 y 350 bis 5).

Otros actos de destino final son la conservación permanente, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por la Ley y demás disposiciones aplicables (artículo 314 V).

La ley no proporciona un concepto preciso de donación, sólo menciona uno de sus elementos, el consentimiento utilizado como sinónimo de voluntad, lo que

¹⁵⁷ Los certificados de defunción son suministrados por la Secretaría de Salud a las autoridades, profesionales de la salud y personas autorizadas para expedirlos, se requiere para toda persona que haya fallecido después de haber nacido viva. Se presenta en original (para la Secretaría de Salud) y tres copias (una para el INEGI, otra para el Registro Civil y la para la unidad médica) consta de las siguientes partes: Datos del fallecido, datos de la defunción, datos de las muertes accidentales y violentas, datos del informante, datos del certificante, datos del Registro Civil.

dificulta la definición del acto jurídico, ya que por sus características, más que un contrato, puede entenderse como declaración unilateral de la voluntad.

Por otra parte, tampoco es correcta la terminología que utiliza la ley al clasificar al cadáver como “de persona conocida y de persona desconocida” porque el cadáver ya no es persona, sin embargo se advierte que esta clasificación se refiere al conocimiento de la identidad de lo que fue una persona, por lo que sería más adecuado denominarlos cadáver identificado o no identificado.¹⁵⁸

Por último destaca la adopción del sistema de consentimiento tácito respecto a la disposición de órganos, con la particularidad que los disponentes secundarios podrán negarse a ella.

2. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Trasplantes. Capítulo II De los Trasplantes de Donadores que hayan Perdido la Vida

El tema relativo a la disposición del cadáver con fines de trasplante se rige principalmente por este reglamento, que precisa los aspectos expuestos en el punto anterior, y establece que en ningún caso se podrá disponer de órganos, tejidos y células en contra de la voluntad del donador, y que la manifestación de la voluntad se expresará en el formato oficial elaborado por el Centro Nacional de Trasplantes publicado en el Diario Oficial de la Federación,¹⁵⁹ que contendrá por lo menos el nombre completo del otorgante, edad, sexo, nacionalidad, estado civil, ocupación, referencias personales, documento con el que se haya identificado y si se trata de una donación amplia o limitada (artículos 6 y 8).

Conforme a este ordenamiento, para estar en posibilidad de practicar la extracción de órganos, tejidos y células de un donador en el que se haya certificado la pérdida de la vida es necesario corroborar mediante la evaluación médica correspondiente que la persona haya tenido una edad fisiológica útil para fines de la donación al momento de la pérdida de la vida; no haber presentado

¹⁵⁸ Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario...op.cit.*, p.1088

¹⁵⁹ El formato fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el jueves veintiuno de agosto de dos mil catorce. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5357151&fecha=21/08/2014. Consultado el 30 de octubre de 2014

neoplasias malignas con riesgo de metástasis, infecciones u otros padecimientos que pudieren afectar al receptor, y no haber sufrido el efecto deletéreo de una agonía prolongada.

En el caso de mujeres embarazadas en que se haya certificado la pérdida de la vida, se dará preferencia a la vida del producto de la concepción antes de disponer de órganos, tejidos o células para Trasplantes (artículos 20 y 21).

Por otra parte, tratándose de personas cuya identidad se desconozca, en las que se haya certificado la pérdida de la vida, el reglamento prevé dos supuestos:

El primero, en que debe darse intervención al Ministerio Público para que manifieste si los hechos que ocasionaron la pérdida de la vida pueden constituir un delito, de ser así, debe pronunciarse respecto de si la extracción de los órganos, tejidos y células de dicho donador interfiere con su investigación. El otro supuesto previsto en el reglamento consiste en que la autoridad judicial se encuentre conociendo de un delito que originó la pérdida de la vida.

En ambos casos la autoridad en cuestión debe pronunciarse respecto a la interferencia o no de la extracción de los órganos, tejidos y células con la investigación en cuestión, la determinación al respecto no constituye una autorización para efectuar la extracción de los órganos, tejidos y células, puesto que debe hacerse del conocimiento del coordinador hospitalario de la Secretaría de Salud, que corresponda¹⁶⁰ para que en su caso realice las gestiones que permitan cumplir con los requisitos aplicables para la extracción de los órganos, tejidos y células (artículos 65, 66 y 67).

Por último destaca el deber impuesto a los profesionales de la salud de tratar al cadáver con cuidado, respeto y dignidad, y al concluir la extracción de órganos, tejidos o células, entregarlo en las mejores condiciones a los familiares o a la autoridad competente (artículos 12, 23 y 24).

¹⁶⁰ Es el médico especialista o general, debidamente capacitado por la Secretaría de Salud que realiza las funciones de procuración de órganos.

3. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Capítulos IV “De la Disposición de Cadáveres” y V “De la Investigación y Docencia”

Las disposiciones relevantes para el tema en estudio se comprenden en los artículos 58 a 88 de este reglamento.

Una de las nociones fundamentales, prevista en la fracción X del artículo 6, es la de disponente, lo define como la persona que conforme a la ley y el reglamento, autoriza la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres. Se clasifica en originario y secundario.

El primero de ellos se entiende como el sujeto con respecto a su propio cuerpo y sus órganos, tejidos y productos, de los que no se puede disponer en contra de su voluntad, pues el único facultado para otorgar y revocar el consentimiento en cualquier tiempo es él mismo; en consecuencia será nula la revocación que en su caso hagan los disponentes secundarios (artículos 62, 9 y 12).

El reglamento no define el término disponentes secundarios, sin embargo de sus disposiciones se desprende que son quienes pueden otorgar el consentimiento para la disposición del cadáver, órganos y tejidos, del originario de manera supletoria, pueden serlo conforme al siguiente orden de preferencia: el cónyuge, concubino, ascendientes, descendientes y los parientes colaterales del disponente originario hasta el segundo grado; en este caso la preferencia se definirá conforme a las reglas de parentesco que establece el Código Civil.

También puede tener esta calidad la autoridad sanitaria competente; el Ministerio Público en relación en lo relativo a órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones; la autoridad judicial; los representantes legales de menores e incapaces únicamente en relación con 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 los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter (artículos 10 y 11).

Para cualquier acto de disposición de cadáveres se requiere el certificado de defunción, que será expedido una vez comprobado el fallecimiento y determinadas sus causas por profesionales de la medicina o personas facultadas por la autoridad sanitaria competente (artículo 62).

Uno de los actos de disposición regulado con mayor detalle es el relativo a la conservación permanente como destino final, las técnicas para su realización son: el tratamiento a base de parafina y la inclusión en acrílico y otras sustancias plásticas; también se permite la conservación de órganos y tejidos mediante sustancias fijadoras, la conservación de esqueletos y el embalsamamiento permanente. Todo lo anterior para su uso con fines de docencia (artículo 7).

También está permitida la conservación no permanente de cadáveres mediante refrigeración en cámaras cerradas a temperaturas menores de cero grados centígrados; embalsamamiento mediante la inyección intravascular de soluciones antisépticas; la inmersión total del cadáver en recipientes cerrados que contengan soluciones antisépticas, y los demás que determine la Secretaría de Salud, tomando en cuenta los avances científicos sobre la materia (artículo 65).

Las técnicas y procedimientos mencionados sólo pueden aplicarse por médicos con título legalmente expedido y registrado por las autoridades educativas competentes; técnicos o auxiliares en embalsamamiento que cuenten con diplomas legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes, y las demás personas expresamente autorizadas por la Secretaría. Los establecimientos que apliquen las técnicas y procedimientos para la conservación de cadáveres, sólo podrán efectuar los que expresamente les hayan sido autorizados de acuerdo a su capacidad y a las necesidades sanitarias respectivas (artículos 71 y 72).

Las instituciones que reciban los cadáveres para efectos de investigación o docencia son responsables de su uso adecuado y ético y de la realización de los trámites necesarios ante el Registro Civil y las autoridades competentes. La Secretaría de Salud es quien determina anualmente la distribución de cadáveres para las instituciones educativas con base en la información que éstas le proporcionan respecto a sus necesidades y los que se encuentran en su poder; en

caso de requerir una cantidad mayor de cadáveres la institución debe presentar una solicitud en la que exprese los motivos que lo justifiquen (artículos. 78, 86 y 88).

Para utilizar el cadáver de una persona conocida con fines de investigación o docencia es necesario verificar el otorgamiento de su autorización ante la fe del notario público o en documento privado, expedido ante dos testigos idóneos, que deberá contener nombre completo del disponente originario; domicilio; edad; sexo; estado civil; ocupación; nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario, si tuviere; nombre y domicilio de los padres y en caso de haber fallecido, la mención de este hecho; en caso de no tener cónyuge, concubina o concubinario, o padres, el señalamiento del nombre y domicilio de alguno de sus familiares más cercanos; el señalamiento que por su propia voluntad y a título gratuito dispone que su cadáver sea empleado para investigación o docencia; el nombre de la institución educativa beneficiaria del cadáver; el señalamiento de haber recibido información a su satisfacción sobre el empleo que se dará a su cadáver y, en su caso, sobre su destino final; el nombre, domicilio y firma de los testigos cuando se trate de documento privado, y fecha, lugar y firma del disponente originario (artículos 79 y 80).

El cónyuge, concubinario, concubina, ascendientes, descendientes y parientes colaterales del disponente originario hasta el segundo grado; y en su caso los representantes legales de menores e incapaces, podrán consentir, en ese orden de preferencia, que un cadáver sea destinado a investigación o docencia cuando el disponente originario no lo hubiere hecho en vida, siempre que no existiere disposición testamentaria en contrario, al efecto deberán otorgar su autorización por escrito, ante la fe del notario público o ante dos testigos idóneos (artículo 81).

Los cadáveres que el Ministerio Público proporcione a las instituciones educativas para investigación o docencia deben corresponder a personas desconocidas; la documentación necesaria para ello es la autorización del depósito signada por el agente del Ministerio Público con el que se entiende la diligencia, el certificado de defunción y una copia del escrito en que le informe de

la depositaría al Juez o encargado del Registro Civil que debe levantar el acta de defunción, una vez recibido el cadáver, deberá transportarse en un vehículo autorizado para tal servicio (artículo 82).

Los cadáveres que las instituciones educativas reciban para investigación o docencia pueden ser reclamados por algún disponente secundario aún después de concluido el plazo de depósito siempre y cuando no se haya dado destino final. Cuando la institución entregue el cadáver, el reclamante extenderá el recibo correspondiente firmado ante dos testigos y recibirá, junto con el cadáver, el comprobante de embalsamamiento correspondiente (artículos 84 y 85).

Cuando los cadáveres o sus partes no pueden seguir siendo utilizados para investigación o docencia deben incinerarse o conservarse dando aviso a la autoridad sanitaria competente; las instituciones educativas se encargarán de los trámites y gastos que se originen (artículo 87).

La inhumación o incineración sólo puede realizarse con autorización del encargado o Juez del Registro Civil que corresponda, quien debe asegurarse de las causas del fallecimiento y exigir la presentación del certificado de defunción. Los cadáveres inhumados deben permanecer en las fosas, como mínimo seis años tratándose de personas mayores de quince años de edad al momento de su fallecimiento, y cinco años los de las personas menores de quince años de edad al momento de su fallecimiento (artículos 63 y 67).

De la lectura realizada a este ordenamiento se advierten algunas inconsistencias, contiene artículos desfasados, gran parte de sus disposiciones están derogadas, subsiste lo relativo a la disposición de cadáveres y a su utilización para investigación y docencia; en cuanto al contenido de los preceptos, la definición de disponente secundario es imprecisa se entiende que son quienes pueden otorgar el consentimiento para la disposición del cadáver, de órganos y tejidos así como de productos del disponente originario en términos de la Ley y el reglamento, sin embargo no especifica los supuestos en que esto acontece, es decir, de manera subsidiaria, si bien esto se puede inferir de la lectura completa de la ley y el reglamento existiría mayor certeza si se estableciera expresamente; además utiliza el término disponente originario, que ya no existe en la Ley.

Tampoco hay claridad respecto a la prelación de los disponentes secundarios, remite a las reglas de parentesco del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (ordenamiento cuya denominación fue modificada), sin embargo no establece cuáles son esas reglas, además existe contradicción entre este reglamento y la ley, mientras la primera establece la prelación de los descendientes, el segundo lo hace respecto de los ascendientes.

II. Algunas disposiciones locales.

1. Reglamento de Cementerios del Distrito Federal

Este ordenamiento se refiere al control sanitario de cadáveres. No se encuentra actualizado y sus preceptos son imprecisos, sin embargo lo que interesa específicamente es la alusión a dos actos de disposición que implican el destino final: la inhumación y la incineración o cremación.

La cremación es el proceso de incineración de un cadáver, de restos humanos o de restos humanos áridos¹⁶¹; la inhumación consiste en sepultar un cadáver.

Los cadáveres o restos humanos, deberán inhumarse, incinerarse o embalsamarse entre las doce y cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, o por disposición del Ministerio Público o de la autoridad judicial (artículos 11 VII y XV y 45).

La inhumación o incineración de cadáveres, sólo podrá realizarse en los cementerios autorizados por el Gobierno del Distrito Federal¹⁶², con la autorización del encargado o del Juez del Registro Civil que corresponda, quien se asegurará del fallecimiento y sus causas, y exigirá la presentación del certificado de defunción (artículo 42).

¹⁶¹ Restos humanos áridos, la osamenta remanente de un cadáver como resultado del proceso natural de descomposición

¹⁶² El reglamento aún conserva la denominación Departamento del Distrito Federal

Existe imprecisión en el reglamento respecto a la persona que se encargará de decidir el destino del cadáver, utiliza el término custodio y lo define como lo la persona física interesada para los efectos del Reglamento, le reconoce algunas facultades, como la de solicitar la cremación de los restos y recibir las cenizas o “reclamar los restos áridos exhumados por vecinos” sin embargo no señala si es necesario que exista algún tipo de vínculo con el sujeto que fallece (artículos 11 IX, 46, 51 y 55).

2. Códigos Civiles de Entidades Federativas que regulan el derecho sobre el cadáver como un derecho de la personalidad

El derecho a disponer del propio cuerpo para después de la muerte únicamente se prevé como derecho de la personalidad a nivel local en los Códigos Civiles de cinco Entidades Federativas: Coahuila, Puebla, Jalisco, Querétaro y Quintana Roo.

A. Coahuila y Puebla

El Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza (artículos 98 a 100) y el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla (artículos 80 y 81) contienen disposiciones idénticas respecto a este derecho de la personalidad. Ambos establecen que toda persona capaz tiene derecho a disponer de su cuerpo para después de la muerte con fines terapéuticos, de enseñanza o de investigación.

La persona que desee que su cadáver se utilice con los fines mencionados debe comunicarlo por escrito a su cónyuge o a sus parientes más próximos, así como a la institución beneficiaria y a la Dirección General del Registro Civil. Acaecida la defunción las personas mencionadas lo informarán a la institución beneficiaria y ésta gestionará la entrega del cuerpo ante el Oficial y el Director General del Registro Civil.

El Oficial del Registro Civil autorizará la entrega del cuerpo a la institución beneficiaria si no hay inconveniente desde el punto de vista médico y oyendo la opinión de un médico legista. Si se encontraran signos externos que hagan suponer la comisión de algún delito, se requerirá la autorización del Ministerio Público.

El Código Civil para el Estado de Coahuila, a diferencia del de Puebla prohíbe la divulgación de la información relativa a la identidad del donante y a la del receptor, únicamente en caso de necesidad terapéutica los médicos pueden tener acceso a ella. El médico que divulgue esta información, además de los delitos en que incurra conforme al Código Penal, será inhabilitado para el desempeño de la profesión de dos a cinco años y responderá de los daños y perjuicios que ocasione (artículo 100).

B. Jalisco

Conforme al artículo treinta y siete del Código Civil del Estado de Jalisco toda persona puede disponer de su cuerpo total o parcialmente, para después de la muerte, con fines terapéuticos, de enseñanza o investigación, siempre a título gratuito.

El consentimiento para efectuar la disposición puede constar:

- a) En testamento público abierto o documento público en que se haga constar la tutela voluntaria;
- b) Por escrito ratificando su firma ante notario público y depositado ante sus parientes más próximos o con persona de su confianza; y
- c) Por declaración en forma expresa ante las autoridades competentes de vialidad o tránsito, con motivo de la expedición de los documentos en los que conste la autorización para conducir automotores.

Al entregar el cuerpo u órgano al beneficiario la autoridad respectiva deberá percatarse que se cumplieron los requisitos indicados, recabando previamente la opinión de un médico legista (artículo 39).

La disposición de órganos con fines terapéuticos, puede consentirse también por quienes sean los familiares o quienes convivieron con la persona

fallecida durante los dos años que precedieron a su fallecimiento, en el siguiente orden el cónyuge o el concubino en su caso; los descendientes o adoptados capaces; los ascendientes o adoptantes; los demás colaterales dentro del cuarto grado. Cuando concurren dos o más de estos sujetos y exista conflicto para otorgar el consentimiento decidirá quien tenga prelación conforme al libro sexto del Código Civil. Si se trata de sujetos con el mismo derecho, se suspenderá el trámite de la donación de órganos, levantándose constancia para todos los fines legales correspondientes (artículo 40).

C. Querétaro y Quintana Roo

Ambos Códigos regulan escasamente este derecho de la personalidad. El Código Civil para el estado de Querétaro sólo establece el derecho de toda persona capaz de disponer de su cuerpo para después de su muerte con fines terapéuticos, de enseñanza o de investigación (artículo 46).

El Código Civil para el Estado de Quintana Roo únicamente señala que puede disponerse del cuerpo total o parcialmente para después de la muerte, por medio de testamento (artículo 673).

CONCLUSIONES

Primera. Conforme al derecho civil las categorías persona y cosa, excluyentes entre sí, engloban todo lo existente; sin embargo, tal distinción resulta insuficiente e imprecisa al asignar un estatuto jurídico al cadáver del ser humano si se considera que el cuerpo se identifica con la persona como su soporte físico, pues al fallecer y extinguirse la personalidad dicho soporte se torna incompatible con su calidad precedente y adquiere la calidad de cosa, debiendo dilucidar las características aplicables a dicha cosa.

Segunda. El cadáver es una cosa y como tal debería sujetarse a derechos reales como el resto de ellas, sin embargo esta idea generalmente es inadmisibles, tomando en cuenta que ninguna otra cosa ha sido persona previamente, o se ha identificado con ella. Si bien algunos autores proponen su intangibilidad o la prolongación de la calidad de persona, otros lo admiten como una cosa con las mismas características que cualquier otra, la mayoría se sitúa en un plano intermedio y evita una total cosificación, lo circunscribe a un marco legal que lo sustrae a las reglas del mercado y a las situaciones de pertenencia.

Lo anterior conlleva a definir al cadáver como una cosa especial, respetable y de tráfico limitado por tres razones: constituyó un elemento humano, el respeto al sentimiento afectivo de algunos individuos, y el cumplimiento de principios de sanidad. El tráfico limitado no se considera sinónimo de tránsito de mercancías, sino de circulación limitada, la transmisión de unas personas a otras, excluyendo la idea de comerciabilidad.

Tercera. La persona puede disponer de su cadáver con fundamento en un derecho de la personalidad, pues esta categoría se refiere a aspectos no susceptibles de exacta estimación pecuniaria, de tipo afectivo, intransmisibles, que forman parte del patrimonio moral, y que son intrínsecos a cada persona. Con base en este derecho se respeta la decisión de la persona respecto al destino de

lo que fue su cuerpo, aunque la ejecución del acto de disposición será a cargo de un tercero.

Cuarta. Cuando no es posible determinar la voluntad del sujeto, la decisión recae en otra persona, que se denomina disponente secundario, generalmente vinculada con él en razón del matrimonio, concubinato o parentesco, sin importar la calidad de heredero (porque no se trata de una cosa transmisible). Se presume que ellos tendrán la posesión del cadáver al momento del fallecimiento, además de su interés en el destino del mismo.

Existen dos alternativas que explican adecuadamente la facultad de los familiares para decidir respecto al cadáver de otra persona. La primera lo excluye del comercio y evita el reconocimiento de un derecho de propiedad sobre él, se trata de un derecho de la personalidad a través del que se protegen principalmente los sentimientos de afecto y el derecho a decidir el destino final del cadáver, se protegen cuestiones de tipo afectivo y la cosa queda en segundo plano respecto del disponente secundario.

La segunda alternativa es la cuasi propiedad, que toma elementos de los derechos de la personalidad pero también del derecho de bienes. Es una invención de los tribunales de los Estados Unidos; no se relaciona con la propiedad en el sentido ordinario, es limitada e inalienable y excluye a la cosa del comercio para proporcionar una base jurídica de tutela judicial tanto del cuerpo humano después de la muerte como del sentimiento de quienes fueron los familiares. El objetivo es el de “custodiar” el cadáver y cumplir lo que la persona determinó en vida, si se conoce.

Quinta. El aprovechamiento del cadáver resulta ventajoso para la ciencia y la sociedad. Por lo que los actos de disposición no se limitan a la incineración y sepultura, actualmente es posible utilizarlo para fines de docencia, investigación, trasplantes; y bajo los argumentos de vacío legislativo y libre disposición de sí mismo, la conservación mediante diversas técnicas para exposiciones de arte moderno. En este último caso su uso no presenta un interés meramente social o

humanitario, se presenta un cambio en la percepción de los derechos sobre el cadáver al posibilitarse su uso como materia prima para fines artísticos y lucrativos. Lo anterior cuestiona la congruencia entre la teoría y la práctica en cuanto a su inclusión en el comercio y la posibilidad de explotación por el propio titular.

Para contrarrestar lo anterior se considera necesario que el derecho precise el marco en que se circunscribe al cadáver, los actos y facultades sobre él, con la finalidad de evitar un tráfico irresponsable de restos humanos.

Sexta. En México el derecho civil ha abordado escasa y superficialmente este tema, tanto en la doctrina como en la legislación. El aspecto relativo a los actos de disposición se encuentra difuso en ordenamientos de derecho administrativo y aún en ellos las disposiciones son desactualizadas e incompletas. No hay uniformidad en los códigos civiles que regulan al derecho sobre el cadáver como derecho de la personalidad.

Las entidades federativas con la regulación más completa en torno a este derecho son Coahuila y Puebla, la ejecución de sus normas se considera más viable en comparación con las que establecen la disposición por testamento, toda vez que la decisión de la persona se comunica a todos los interesados, al cónyuge o a sus parientes más próximos, así como a la institución beneficiaria y a la Dirección General del Registro Civil, lo que facilita la ejecución de la voluntad del disponente.

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRAFÍA:

- Aguilar Gorronzona, José Luis, *Cosas, Bienes y Derechos Reales: Derecho Civil II*, Caracas, Universidad católica Andrés Bello, 8a. ed., 2007.
- Aguiló Regla, Josep, *Teoría General de las fuentes del derecho y del orden jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000.
- Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil I Introducción y parte general*, 15a. ed., Barcelona, Bosch, 2002.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic H, Antonio, *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general*, t.I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- Alonso Pérez, Mariano, “La protección civil de la personalidad pretérita” en González Porras, José Manuel; Méndez González Fernando P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, España, Universidad de Murcia, 2004, t.I.
- Alvarado Martínez, Israel, *El Cadáver*, México, Porrúa, 1954.
- Arnoux, Irma, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Francia, 2003.
- Barbero U, Omar, *Introducción al derecho privado*, Juris, Argentina 2004.
- Basso, Domingo, *Nacer y morir con dignidad, estudios de bioética contemporánea*, 4a. ed. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.
- Bodas Daga, Eugenia, *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Barcelona, Bosch, 2007.
- Bonaventure De Roquefort, Jean Baptiste, *Dictionnaire étymologique de la langue françoise*, Paris, Decourchant, 1829, t. I, A-K.
- Borrell Maciá, Antonio, *La persona humana derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto*, Barcelona, Bosch, 1954.
- Buffone Giuseppe, *Mandato, agenzia, mediazione. Percorsi giurisprudenziali*, Milán, Giuffrè Editore, 2009.

- Cassman, Vicki, Odegaard Nancy y Joseph Powell, *Human Remains: Guide for Museums and Academic Institutions*, Estados Unidos, Altamira, 2007.
- Castro Sáenz, Alfonso, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1998.
- Ciapozi, Guido, *Successioni e donazioni*, 3a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 2009, t. I.
- Coppola, Cristina, “Le disposizioni concernenti gli organi”, *Trattato delle successioni e delle donazioni*, Milán, Giuffrè Editore, 2009, vol II.
- Correa Donoso, Eduardo, Echeverría Bunster Carlos, Alberto Rojas Osorio, eds., *Ética y humanidad en la medicina actual, reflexiones bioéticas*, Editorial Universitaria, Santiago, 1993.
- Coviello, Nicolás, *Los sujetos y el objeto de los derechos civiles*, Colombia, Leyer, 2006.
- De Ruggiero, Roberto, *Instituciones de derecho civil, Introducción y parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión*. trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1929, vol. I.
- Diez Díaz, Joaquín, *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*, Madrid, Ediciones Santillana, 1963.
- Elías Azar, Edgar, *Frases y Expresiones Latinas*, 4a. ed. México, Porrúa, 2008.
- Enneccerus, Ludwig et. al., *Tratado de derecho civil, Derecho Civil, parte general*, 2a. ed., trad. de Alguer José Pérez González Blas, Barcelona, Bosch, 1954, t. I, vol. I.
- Flor Váscquez, José Joaquín, *Los derechos humanos de la personalidad*, Quito, Cevallos, 2010.
- Flores Ávalos Elvia Lucía, *Responsabilidad civil derivada de las prácticas genéticas*, México, Porrúa, 2011.
- Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso, Parte General. Personas. Familia*, 2a. ed., México, Porrúa, 1976.
- González Villaescusa, Ricardo, *El mundo funerario romano en el país valenciano*, Madrid, Casa de Velázquez, 2001.

- Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio, el pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 8a. ed., México, Porrúa, 1998.
- Ibarrola, Antonio De, *Cosas y Sucesiones*, 7a. ed., México, Porrúa, 2009.
- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Chile, Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1785, en <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf>.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- Labbee, Xavier, *Condition Juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Francia, Presses Universitaires de Lille, 1990.
- Lacruz Berdejo José Luis, Delgado Echevería, Jesús y Parra Lucán María Ángeles, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al derecho*, Madrid, Dykinson 2008.
- Maluquer De Motes, Carlos J., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, 1993.
- Margadant S., Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 22a. ed., México, Esfinge, 1997.
- Martínez Garnelo, Jesús, *La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos humanos*, México, Porrúa, 2002.
- Mccarthy, Tony, *The Facts of Death*, Irlanda, Belgrave, 2006.
- Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. III, 1971.
- Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 4a. ed., México, Oxford University Press, 1998.
- Nogales Gaete Jorge, Donoso S Archibaldo, Verdugo L Renato J eds., *Tratado de Neurología Clínica*, Santiago, Editorial Universitaria, 2005.
- Nwabueze, Remigius, *Biotechnology and the challenge of property, property rights in dead bodies and genetic information*, Inglaterra, Ashgate, 2007.
- Ochoa G., Oscar E., *Derecho Civil I, Personas*, Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello, 2006.

- Pacheco Escobedo, Alberto, *La persona en el derecho civil mexicano*, México, Panorama Editorial, 1983.
- Palomar De Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.
- Papaño, Ricardo et al, *Derechos Reales*, Buenos Aires, Depalma, 2000, t. I.
- Planiol, Marcel y Ripert Georges, *Derecho Civil*, trad. Leonel Pereznieta Castro, México, Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- Popu, Hélène, *La dépouille mortelle, chose sacrée: A la redécouverte d'une catégorie juridique oubliée*, Paris, l'Harmattan, 2009.
- Quiroz Cuarón, Alfonso, *Medicina Forense*, 8a. ed., México, Porrúa, 1977.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, bienes, derechos reales y sucesiones*, México, Porrúa, t. II., 1979,
- Romo Pizarro, Osvaldo, *Medicina Legal: Elementos De Ciencias Forenses*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- Rovetta, Fernando, *El descubrimiento de los Derechos Humanos*, Madrid, Iepala, 2009.
- Salaris, Giuseppina, *Corpo Umano e Diritto Civile*, Milán, Giuffrè, 2007.
- Salgado, Eréndira, "Órganos de reemplazo, problemática jurídica", en García Fernández, Dora y Malpica Hernández, Lorena (coords.), *Temas de Derecho Biomédico*, México, Porrúa, 2010.
- Samper Polo, Francisco trad., *Instituciones Jurídicas de Gayo.*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- Savigny, F, *Sistema del derecho romano actual*, trad. Mesía Jacinto y Poley Manuel, 2a. ed., Madrid, Centro Editorial de Góngora, t.I, 1839.
- Sperling, Daniel, *Posthumous interests*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2008.
- Tissier, Delphine, *La protection du corps humain*, Francia, l'Harmattan, 2013.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

Arbour, Marie-Ève y Lacroix Mariève, "Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit", *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Canada, vol. 40, núm. 1, 2009.

Balganesh, Shyamkrishna, "Quasi-Property: Like, But Not Quite Property" *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 160, Junio de 2012 p.1895. Consultado el 14 de octubre de 2013, en [interests.https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume160/issue7/Balganesh160U.Pa.L.Rev.1889\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume160/issue7/Balganesh160U.Pa.L.Rev.1889(2012).pdf)

Borrillo, Daniel, "El estatuto y la representación del cuerpo humano en el sistema jurídico", *Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 68, 1994. Consultado el 14 de octubre de 2013, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=768167>

Cortinavis, Odile, "Le statut juridique du corps humain: entre "personne" et "chose parmi les choses", *Lampe-tempête*, Francia, núm. 2, marzo de 2007. Consultado el 14 de octubre de 2013, en <http://lampe-tempete.fr/sommaire2.html>.

Demogue, René, "La notion de sujet de droit, caractères et conséquences", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 8, 1909.

Garzón Valdés, Ernesto. "Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos". *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*. México, núm. 1, octubre 1994, p.151-189.

Le Breton, David, "Lo imaginario del cuerpo en la tecnociencia.", *Revista española de investigaciones sociológicas*, España, núm. 68, octubre-diciembre de 1994. Consultado el 14 de octubre de 2013, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=768167>.

Perreau, H, "*Des droits de la personnalité*", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1909, t. 8, p. 501-536.

Raimbault, Philippe, "Le Corps humain après la mort. Quand les juristes jouent au « cadavre exquis » " *Droit et société*, Paris, núm. 61, 2005, pp. 817-844.

Consultado el 08 de agosto de 2013, en <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds61/ds061-10.pdf>.

Ramos De Viesca, Mariblanca, "*La cremación. Un capítulo en la salud pública de México*", Gaceta Médica de México, Vol. 138 núm. 6, 2002

Talavera Fernández, Pedro, "Patentes sobre genes humanos: entre el derecho, el mercado y la ética" Cuadernos de Bioética, España, vol. 15, núm.54, mayo-agosto de 2004. Consultado el 08 de agosto de 2013, en http://garritz.com/andoni_garritz_ruiz/documentos/Lecturas.CS.%20GarritzPGH.Bioetica/Patente.genes.humanos.pdf, pp 213-255.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Estado de Coahuila. Consultado el 06 de marzo de 2014, en <http://www.congresocoahuila.gob.mx/archive/leyesestatalesvigentes/directorioleyes.cfm>

Código Civil para el Distrito Federal. Consultado el 06 de marzo 2014, en <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/Reformas.aspx?IdLey=25996>

Código Civil para el Estado de Jalisco. Consultado el 06 de febrero de 2014, en <http://congreso jal.gob.mx/biblioteca virtual/busquedasleyes/listado.cfm>

Código Civil para el Estado de Puebla. Consultado el 06 de marzo 2014, en <http://legislacion.scjn.gob.mx/LE/Reformas.aspx?idEdo=20&idLey=7615>.

Código Civil para el Estado de Querétaro. Consultado el 06 de marzo 2014, en <http://www.legislaturaqueretaro.gob.mx/repositorios.aspx?s=14&p=1>

Código Civil para el Estado de Quintana Roo. Consultado el 06 de marzo 2014, en <http://legislacion.scjn.gob.mx/LE/Reformas.aspx?idEdo=22&idLey=8618>.

Código de Deontología del Consejo Internacional de Museos. Consultado el 19 de febrero de 2014, en <http://icom.museum/la-vision/codigo-de-deontologia//L/1/> .

Ley General de Salud. Consultada el 06 de marzo de 2014, en <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/Reformas.aspx?IdLey=361>

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Consultado el 06 de marzo de 2014,

en <http://legislacion.scjn.gob.mx/reglamentos/Reformas.aspx?IdLey=331>.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Trasplantes. Consultado el 06 de marzo de 2014, en <http://legislacion.scjn.gob.mx/reglamentos/>

Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 19 de mayo de 2006. Consultada el 06 de marzo de 2014, en <http://legislacion.scjn.gob.mx/>

Código Civil Argentino. Consultado el 06 de marzo 2014, en <http://www.infoleg.gov.ar/>

Código Civil Francés. Consultado el 06 de marzo 2014, en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=84BD9811DA6A178B33EB6AD447F6AF63.tpdjo09v_1?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140430

OTRAS FUENTES

Asociación donantes de cuerpo a la ciencia. Consultado el 7 de abril de 2014, en <http://www.asociaciondonantesdecuerpo.es> <http://www.anatomygifts.org/> y <http://www.biogift.org/>

Decisión N ° 764 de la Primera Sala Civil del Tribunal de Casación Francés de 16 de septiembre 2010. Consultada el 7 de abril de 2014, en http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/764_16_17506.html y http://junon.univ-cezanne.fr/u3iredic/wp-content/jp/2010-2011/cass_civ_16092010_ourbody.pdf.

Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico de la Universidad de Salamanca Consultado el 7 de abril de 2014, en <http://dicciomed.eusal.es/palabra/cadáver>

Gunther Von Hagens, Body worlds. Consultado el 06 de febrero de 2014, en http://www.bodyworlds.com/en/plastination/idea_plastination.html

http://www.bodyworlds.com/en/exhibitions/mission_exhibitions.html

<http://www.vonhagens-plastination.com/von-hagens-plastination>

Principios rectores de la Organización Mundial de la Salud sobre Trasplante de células, tejidos y órganos humanos aprobados por la 63ª Asamblea Mundial de la Salud, de mayo de 2010, en la resolución WHA63.22. Consultado el 7 de abril de 2014, en

<http://www.cucaiba.gba.gov.ar/OMS%20principios.pdf>

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed. Consultado el 7 de abril de 2014, en <http://lema.rae.es/drae/?val=persona>