

58



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

ANALISIS Y ESTUDIO JURIDICO DEL TERMINO
DONACION EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
TRASPLANTES DE ORGANOS, TEJIDOS Y
FLUIDOS HUMANOS.

296792

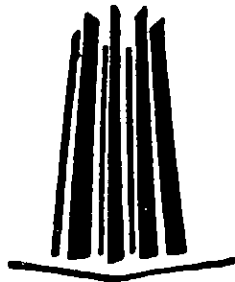
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSE CASILLAS AVELLANEDA

ASESOR: LIC. HECTOR VEGA HERRERA

SAN JUAN DE ARAGON, ESTADO DE MEXICO

2001





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS.

Agradezco infinitamente a Dios,
quien siempre ha estado a mi lado
y porque bajo su gracia divina me ha permitido llegar
a este momento tan trascendente en mi vida

A MI ESPOSA.

NELLELY PEÑUELAS FALCÓN.

Porque tú eres el motivo de mi felicidad,
ya que eres la compañera que siempre quise tener a mi lado,
eres mi apoyo y estímulo, por eso te amo,
tú eres el motivo para albergar en mi mente innumerables proyectos
que juntos concluiremos. Nalle te agradezco todo lo que has hecho por mí.
Y te dedico este trabajo en el que tuviste mucho que ver,
el cual sin tu apoyo no hubiese concluido, gracias mi vida.

A MI HIJA.

REBECA CASILLAS PEÑUELAS.

Porque contigo he vivido los momentos más hermosos de
mi vida, ha aflorado en mi ser los sentimientos más
indescriptibles, eres uno de los motivos más fuertes que
tengo para vivir y seguir adelante en mis propósitos, hija te
dedico este trabajo por lo mucho que te amo y espero que
algún día tu llegues a experimentar algo similar.

A MI ASESOR.

Sr. Lic. HÉCTOR VEGA HERRERA.

Con gran admiración y reconocimiento
por la amistad y apoyo recibido, agradeciendo
sus sabios consejos y su dirección que hizo posible
la materialización de este trabajo,
para usted mi más profundo respeto, confianza y gratitud.

A LA U.N.A.M.

Por haberme dado la oportunidad de obtener una preparación,
por permitirme ser parte de su comunidad, por haber puesto a mi
alcance las herramientas
que han de forjar mi futuro, gracias Alma Mater,
por forjar día a día hombres libres al servicio de nuestra patria.

A LA E.N.E.P. ARAGÓN.

Por ser la institución que mi existencia transformó,
por haberme permitido avivar en sus aulas el anhelo
de llegar a ser profesionalista y brindarme la
oportunidad de ser un egresado de la Máxima
Casa de estudios de nuestro País; privilegio sin
igual.

A MI MAMÁ.

SRA. REYNALDA AVELLANEDA URIETA.

Mamá hay tantas cosas que tengo que agradecerte que llenaría páginas enteras al hacerlo, pero hoy quiero darte gracias por el amor, cuidado, atención y esmero que has puesto en el desarrollo de mi vida, y que hoy me da la oportunidad de concluir mi carrera, te agradezco mamá que siempre estés a mi lado, que hayas forjado en mí un ejemplo de tenacidad y anhelo de ser mejor cada día, contigo decreto que los nuevos tiempos siempre serán mejores.

A MI PAPÁ.

SR. JOSÉ CASILLAS SERRANO.

Porque siempre has estado a mi lado, brindándome amor y cuidado, por haberme siempre inculcado el apego a la tolerancia y al esfuerzo en obtener lo que nos proponemos en la vida, por haber sido siempre el ejemplo de tenacidad y responsabilidad, gracias papá por ser como eres, por tus sabios consejos en los momentos más oportunos los cuales albergo en mi alma como una inspiración de superación y unión familiar.

A MI HERMANO.

EDUARDO CASILLAS AVELLANEDA.

Con entrañable cariño, esperando que este trabajo te sirva de aliciente para que continúes cosechando triunfos en tus estudios y anhelos. Lalo sigue adelante pues el hombre no vale por lo que tiene sino por lo que sabe.

A MI HERMANA.

YÉSICA CASILLAS AVELLANEDA.

Espero que este trabajo te sirva de ejemplo y continúes con entusiasmo tus estudios. Yésica, recuerda siempre que la formación de la persona influye mucho en el cumplimiento de sus anhelos.

A MIS AMIGOS.

LIC. MINERVA AVENDAÑO GONZÁLEZ.

LIC. ERICK MARTÍN ESPARZA NIETO.

LIC. MIGUEL H. COLÍN ZARZA.

LIC. RAÚL MARTÍNEZ MUÑOZ.

LIC. OSCAR SAUCEDO HERNÁNDEZ.

Les agradezco su amistad, confianza y tolerancia
el que siempre hayan estado prestos a mi consulta
y que siempre me hayan compartido el saber de sus experiencias
gracias por haber inculcado en mí la obligación de ser cada día mejor
y ser responsable y comprometido en el ejercicio de esta digna profesión.

A MI TÍO.

SR. ARTURO CASILLAS SERRANO.

Por el cariño que siempre me ha tenido, por los buenos
consejos que me has dado, por ser para mi ejemplo de
nobleza y de que aún existen hombres de buenos
sentimientos, como lo eres tú.

AL VENERABLE JURADO.

Con profundo respeto y agradecimiento
al darme la oportunidad de ser evaluado
para la práctica y desarrollo de la profesión
más bello del mundo, la abogancia.

A MIS MAESTROS.

Con quienes estaré en deuda siempre,
pues gracias a su tolerancia y dedicación en la transmisión
de sus conocimientos hoy me encuentro aquí, ante uno de los
retos más importantes de la vida, gracias maestro por dedicar
su vida a la formación de profesionistas comprometidos con su
sociedad y patria.

MI AGRADECIMIENTO.

A todas aquellas personas que de una y otra forma,
me brindaron la mano para salir adelante en mi
formación profesional.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1.
-------------------	----

CAPITULO I.

ANTECEDENTES DE LA DONACIÓN.

1.1 DERECHO ROMANO.....	5.
1.2 DERECHO FRANCES.....	9.
1.3 DERECHO ALEMAN.....	22.
1.4 DERECHO MEXICANO.....	28.
1.5 ANTECEDENTES DE LA DONACIÓN Y TRASPLANTACION DE ORGANOS, TEJIDOS Y FLUIDOS HUMANOS.....	35.

CAPITULO II.

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN.

2.1 SIGNIFICADO ETIMOLOGICO Y GRAMATICAL DE LA DONACIÓN.....	44.
2.2 CONCEPTO DOCTRINAL.....	45.
2.3 CONCEPTO LEGAL.....	52.
2.4 ELEMENTOS DEL CONCEPTO.....	57.
2.5 SU NATURALEZA JURÍDICA.....	68.

2.5.1 LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.....	76.
2.5.2 LEGISLACION VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO.....	82.
2.5.3 LEGISLACION VIGENTE EN EL ESTADO DE HIDALGO.....	88.
2.5.4 LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA....	98.
2.5.5 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	108.

CAPITULO III.

LA DONACIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANOS.

3.1 DONACIÓN DE TEJIDO.....	112.
3.2 DONACIÓN DE CÉLULAS.....	120.
3.3 DONACIÓN Y TRASPLANTE.....	129.
3.4 EL PROCEDIMIENTO EN MÉXICO PARA LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANOS.....	153.
3.5 GENERALIDADES.....	171.

CAPITULO IV.

MARCO JURÍDICO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS HUMANOS.

4.1 LEY GENERAL DE SALUD.....	184.
4.2 REFORMA A LA LEY GENERAL DE SALUD.....	197.
4.3 CENTRO NACIONAL DE TRASPLANTES.....	217.
4.4 TARJETA UNIFORME DE DONACIÓN.....	221.

CAPITULO V.

ANÁLISIS Y ESTUDIO JURÍDICO DEL TÉRMINO DONACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y FLUIDOS HUMANOS.

5.1 LA INAPLICABILIDAD DEL TÉRMINO DONACIÓN EN LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y FLUIDOS HUMANOS.....	226.
5.2 CONTRADICCIÓN EN LA LEY POR EL USO DEL TÉRMINO DONACIÓN EN TRASPLANTES DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANOS.....	237.
5.3 LA CARENCIA DE LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES Y JURÍDICOS PARA CONSIDERARSE DONACIÓN DE ÓRGANOS.....	249.
5.4 LAS CONSECUENCIAS DEL USO Y APLICACIÓN DEL TÉRMINO DONACIÓN EN LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS HUMANOS.....	252.
5.5 PROPUESTA.....	255.
5.6 FIGURA JURÍDICA QUE SE PROPONE EN LUGAR DEL TÉRMINO DONACIÓN EN LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS HUMANOS.....	259.
5.7 BENEFICIOS JURÍDICOS DE LA INCLUSIÓN DEL NUEVO TÉRMINO.....	261.
CONCLUSIONES.....	264.
BIBLIOGRAFÍA.....	269.

INTRODUCCIÓN

No cabe duda que el derecho debe irse adecuando a los fenómenos sociales existentes, vemos que cada día surgen nuevos conflictos, cuestiones que no se encuentran previstas en la ley, por tanto, deben estudiarse, analizarse para encontrar la forma jurídica de regularles, de prevenir legalmente sus consecuencias en el ámbito social.

Ahora bien, lo que motiva el presente trabajo son varios aspectos importantes, pues tan solo el tema a tratar la donación de órganos humanos es interesante por sí sólo, pero el aspecto de esta investigación estriba esencialmente en hacer notar mediante un análisis exhaustivo de la ley, conceptos doctrinarios y antecedentes históricos el mal empleo del término jurídico donación en los trasplantes de órganos humanos.

En efecto, para nosotros existe una contradicción en la ley, así como una confusión jurídica, cuando en el proceso de trasplantes de órganos se utiliza el término donación, pues tal fenómeno de ninguna manera es donación, tan sólo con hacer hincapié en los requisitos legales y de forma que son necesarios para que un acto jurídico sea considerado donación, nos podremos percatar que ésta no es la figura jurídica aplicable al acto jurídico personalismo de liberalidad por el cual una persona, en vida o después de su muerte dispone de su cuerpo o cualquiera de sus componentes para que éstos sean utilizados para trasplantes y que con ello se beneficie el cuerpo de una persona distinta y así prolongar su vida.

Así las cosas, la donación es un contrato en el cual una persona llamada donante realiza un acto de liberalidad por el cual se obliga a transmitir gratuitamente el dominio respecto a una cosa, un bien mueble o inmueble a otra persona llamada donatario quien recibe para sí la cosa donada adquiriendo su dominio; en los trasplantes de órganos humanos que se llevan a cabo se le atribuye a éstos una

connotación de cosa, de mueble o inmueble, siendo que un órgano humano no puede ser considerado de esa forma, pues éste cuenta con su propio concepto, otro aspecto es sumamente importante ya que toda donación debe ser respecto de una cosa, mueble o inmueble, siendo indispensable que el objeto de la donación exista dentro del comercio; en este sentido los órganos humanos, tejidos y fluidos no se encuentran dentro del comercio, ya que no pueden enajenar, aun más no se les puede atribuir un valor comercial, por tanto, no se puede cuantificar su valor.

Debemos recordar que el Código civil establece que la donación debe revestir ciertas formalidades cuando sobrepasa un arancel predeterminado, entonces cabe preguntarnos qué es lo que sucede en este aspecto, pues bien, tomando en cuenta que los trasplantes de órganos humanos revisten una importancia sobre manera, pero no se puede cuantificar en un modo específico el valor de la supuesta donación y al no verificarse un detrimento en el patrimonio del donante, como un incremento en el patrimonio del donatario, consideramos que tal donación es inexistente.

Por ello es muy válida esta investigación, pues ya existe una reforma a la Ley General de Salud en materia de trasplantes, y no obstante la reforma realizada el legislador le sigue dando una connotación a este hecho jurídico de donación, siendo que esta figura jurídica no se actualiza de ningún modo, y por el contrario de continuarse utilizando el término donación en los trasplantes de órganos se puede correr el riesgo de legitimar un mercado de compraventa de órganos humanos, ya que al considerar la existencia de donación en trasplantes de órganos humanos, implícitamente o tácitamente se acepta que los órganos, tejidos y fluidos son susceptibles de apropiación particular, dándosele una connotación de cosa, lo que es contrario a los derechos de la personalidad, por tanto, se podría en tales circunstancias alegar que si los órganos pueden donarse pero también enajenarse, pues de lo contrario se estaría afectando la esfera jurídica del individuo limitándolo a que pueda disponer de sus órganos, pero sólo por medio de donación y no por otro medio, lo que lesiona en todo caso los derechos del individuo.

Es evidente que la donación no es la figura jurídica aplicable al trasplante de órganos humanos, entonces debe buscarse una figura jurídica que se adecue al fenómeno social, que no afecte otras figuras jurídicas tratando de adecuarse a un hecho social que le es ajeno, que prevenga consecuencias y no las deje flotando en el espacio jurídico para poder ser usadas al arbitrio de "que mejor convenga".

La Ley de salud prohíbe la compraventa de órganos humanos, pero a la vez la acepta tácitamente o implícitamente al aceptar la donación de éstos, siendo que uno de los requisitos legales de la misma es que la cosa a donar se encuentre dentro del comercio, vemos entonces una grave contradicción en nuestra ley, por ello es importante el estudio del tema que se propone.

Aun más, podemos ver que la tarjeta uniforme de donación anatómica, que es el documento por medio del cual una persona dona un órgano, tejido o fluido humano en vida o después de la muerte no reúne los requisitos esenciales de forma y de legalidad de un contrato o donación, sino que se trata de un solo formato que ni siquiera es ratificado ante una autoridad judicial, siendo que el acto jurídico del que se trata es de una importancia vital por encontrarse en riesgo la vida del donante, de nueva cuenta se pone de manifiesto la necesidad de tratar este tema, el cual además de ser de actualidad es necesario resolver dado el mal manejo que el legislador hace de este contrato.

Es imperante tratar este tema, pues no es posible que a estas alturas de nuestra evolución jurídica el legislador tenga errores de esa magnitud, que si bien es cierto, en estos momentos no han propiciado consecuencias, ello no garantiza que con el tiempo no las haya, es por ello nuestra preocupación en este aspecto, con este trabajo pretendemos mostrar una investigación que sustente válidamente nuestras consideraciones y en su momento se legisle al respecto substituyéndose el término donación de trasplantes de órganos, por el término que proponemos y que consideramos será el más aplicable a este caso.

Dentro de nuestro tratado nos abocaremos a la investigación del concepto de donación, escudriñaremos su antecedentes y lo trataremos desde el punto de vista de diversos derechos tales como el Derecho Romano, el Español, Francés, Inglés y por supuesto el Mexicano, analizaremos su concepto legal derivado de la legislación de varias Entidades Federativas de nuestro país, así como de los Códigos civiles de España y Francia, de esta forma adquiriremos una visión amplia de cómo es considerada la donación en diversos derechos y legislaciones, por supuesto que se analizarán sus elementos de existencia, de forma y legales que se requieren para que una donación exista.

En efecto trataremos las consecuencias legales de la donación, plasmaremos nuestra investigación respecto de los diversos conceptos de "cosa", "mueble" e "inmueble", de igual manera abordamos y analizamos los diversos conceptos de "órgano" "tejido" y "fluido" humano para examinar si los segundos pueden encajar dentro de los primeros y ser considerados como cosas, plasmamos el resultado de nuestra investigación, respecto a la interrogante consistente en si en verdad los órganos, tejidos y fluidos pueden ser considerados como cosas dentro del comercio, plasmamos y analizamos el procedimiento en México por medio del cual se lleva a cabo un trasplante de órgano, tejido o fluido humano, para de esta forma estar en actitud de concluir si es correcto la aplicación del término donación, y si es válida la propuesta de otra figura jurídica aplicable al hecho concreto, que se adecua de mejor forma a ese fenómeno social, subsanándose con ello el error en el que incurre el legislador.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA DONACIÓN

1.1 DERECHO ROMANO

Para el Derecho romano la donación es un acto de liberalidad que realiza una persona; la liberalidad es un aspecto fundamental de la donación ya que desde la antigüedad se ha visto como requisito indispensable para que un acto jurídico sea considerado como donación, el derecho romano dejó establecidos ciertos aspectos y requisitos que debe revestir un acto jurídico para que éste sea considerado como donación y no se confunda con alguna otra figura jurídica, por lo que para entrar en materia es necesario estudiar su concepto:

Para el doctor en derecho SABINO VENTURA SILVA, el derecho romano conceptuaba la Donación de la siguiente forma: "Era un acto de liberalidad, por el cual una persona se despojaba de todo o de parte de sus bienes a fin de enriquecer a otra".¹

Para el autor GUILLERMO FLORIS MARGADANT, respecto de la donación señala: "Se trataba de un acto por el cual una persona, el donante se empobrecía voluntariamente y con espíritu de generosidad (*cum animo donandi*) a favor de otro (el donatario), que se enriquecía".²

¹ VENTURA SILVA, Sabino Derecho Romano, 15ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, Pág. 383.

² FLORIS MARGADANT S., Guillermo Derecho Romano, Editorial Esfinge, México, 1982, Pág. 428.

De los anteriores conceptos podemos desentrañar que en el derecho romano la *donatio* o donación era un acto jurídico, en el cual se daban los siguientes elementos fundamentales: 1) un empobrecimiento respecto de los bienes del donante, 2) un incremento en el patrimonio del donatario, 3) el acto de liberalidad o *animus donandi* ejecutado por el donante, 4) inexistencia de alguna obligación jurídica que obligue, a aquél que realiza la donación a un dar, a un hacer o no hacer a favor del donatario, estos elementos aún persisten en el derecho actual.

En el Derecho romano se dieron restricciones en cuanto a la *res* o cosa motivo de la donación, tales como que la donación sólo podía darse respecto a una cosa mueble, inmueble y ésta debía estar dentro del comercio, estas limitantes aún perduran en nuestro derecho.

Se dieron también restricciones en cuanto a la facultad de donar, éstas se encaminaban al hecho de limitar las donaciones en cuanto a su monto para evitar que éstas fueran excesivas y que afectaran el patrimonio de la familia del donante, por lo que se fijó una tasa sobre la cual no podía exceder la donación a excepción de aquéllas con las que tenía el donante un vínculo jurídico como lo era su cónyuge, patrono o pupilo, la ley que reguló esto fue la *Lex cincias* 204 a. de C.

Un aspecto importante que surgió en el Derecho romano desde Justiniano, lo es la *insinuación* que consistía en el hecho de que toda donación debía ser redactada en un documento, debiéndose transcribir ese documento en el Registro Público, pero posteriormente fue el mismo Justiniano quien limitó la formalidad de la transcripción de las donaciones al Registro Público estipulando que sólo cuando la donación excediera de 500 sueldos debía ser transcrita en el Registro público,

donaciones menores a ese monto no requerían formalidad alguna sino sólo el pacto, es decir, la voluntad en donar y la aceptación de la donación.

En el Derecho romano la donación tenía varias clases o tipos que se podían diferenciar plenamente unas de otras, algunas de estas clases de donación son las siguientes: *la donatio modal*, que era la que imponía al donatario un gravamen o *modus* a favor del donante o de un tercero especificado, existiendo en esta figura varias acciones para propiciar el cumplimiento de la carga recaída sobre el donatario, unas de ellas a favor del donante y otra a favor del tercero beneficiado con el gravamen recaído sobre el donatario.

Otra de estas figuras era la *donatio remuneradora*, la cual se daba cuando el donante deseaba premiar un favor o trabajo que le había satisfecho, esto era como un reconocimiento o remuneración extra para que el donante concediera al donatario quien era el que había realizado el favor al donante, también se podía dar esta donación a algún familiar de la persona que había sido autor del favor o trabajo.

Encontrándose una persona ante la muerte o ante alguna contingencia como una enfermedad, accidente, guerra, ésta podía donar, en este caso la donación era conocida como *danatio mortis causa*, esta donación se perfeccionaba con la muerte del donante ya que en caso contrario al salvarse el donante del peligro que le aquejaba, la donación no producía efecto, ya que el motivo que había alentado a la donación era el peligro en el que se encontraba inmerso el donante y al haberse extinguido éste se extinguía así la donación realizada, también tratándose de guerra en el que todo el pueblo se encontraba en peligro, si el donatario moría antes que el donante, la donación no producía efectos

Señala el Doctor FLORIS MARGADANT, que para que existiera donación en el Derecho romano se debía verificar forzosamente un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario, además, que el acto de liberalidad debía ser auténtico, esto que la donación no obedeciera a otra naturaleza distinta al *animus donandi* lo cual era esencial, ya que en caso contrario la donación era nula.

FLORIS MARGADANT, también coincide en señalar que en el antiguo Derecho romano no había formalidad alguna para la donación, aunque como ya se señaló la *lex cincia de donis* impuso una limitante en cuánto al monto de la donación, pero esta limitación no se aplicaba cuando se trataba de parientes cercanos al donante, esta ley era imperfecta pues no tenía sanción alguna en caso de que se desacataran sus estipulaciones.

El autor en comento en su obra manifiesta que el Derecho romano contemplaba acciones para el donante en contra del donatario cuando éste había realizado una promesa de donación excesiva, una de ellas lo era la *exceptio legis cinciae*, en donde el donante debía acreditar que la cosa prometida en donación valía más de lo señalado por la *lex cincia*, este tipo de acción no podía ser ejecutada más que en vida del donante, ya que la muerte del donante extinguía la aplicación de la *lex cincia*, por tanto, los herederos no podían ejercitar esa acción en contra del donatario.

El Derecho romano sólo consideraba que las cosas muebles e inmuebles podían ser susceptibles de donación, no se establece algún precedente respecto a donaciones de órganos, tejidos o fluidos humanos, además, consideraba que sólo las donaciones podían realizarse entre vivos y sus efectos se podían producir en vida o

en muerte; tratándose de la donación *mortis causa*, consideraba como elemento fundamental el *animus donandi*, la donación debía ser expresa y no tácita.

1.2 DERECHO FRANCÉS

En el derecho francés antiguo se considera la donación como un acto de liberalidad de una persona llamada donante, por medio del cual se desprende de parte de sus bienes, transmitiendo su dominio a otra persona llamada donatario quien las acepta para sí, obteniendo con ello un incremento en su patrimonio, mientras que para el donante invariablemente siempre habrá un empobrecimiento.

De hecho lo mismo para el Derecho francés que para otros derechos, la donación en la antigüedad no revistió importancia alguna, tan es así que bastaba el solo pacto para su perfección, fue con el transcurso de los años cuando el legislador se enfrentó a diversos problemas vinculados con esta figura, tales como la simulación de actos jurídicos para la transmisión del dominio de los bienes, en donde con la donación se desprotegia en su totalidad a la familia e inclusive se afectaba la totalidad de los bienes del donante hasta dejársele en la miseria, por ello se implementaron formalidades en la elaboración de los contratos de donación, para frenar estos fenómenos y así garantizar la reflexión y conciencia del donante y donatario, velando por los derechos y patrimonio de la familia del donante, quienes en las más de las ocasiones eran los más vulnerados con las donaciones hechas inconscientemente.

Es evidente que todos los derechos extranjeros ubican a la donación como un acto de liberalidad en el que el donante se desprende de una cosa, un mueble o un

inmueble para transmitir su dominio al donatario, quien al aceptar la donación obtiene un incremento en su patrimonio, así también se evidencia que en la antigüedad la donación no revestía formalidad alguna, ya que sólo bastaba el pacto, la voluntad de donar y la aceptación de la donación por parte del donatario.

Al evolucionar el Derecho francés ha incluido en su legislación formalismos en atención a la trascendencia jurídica que la donación trae consigo, pues este acto jurídico al pasar de los años ha llegado a ser considerado como una relación contractual.

Para los autores franceses HENRI, LEÓN, y JEAN MAZEAUD en su obra titulada "LECCIONES DE DERECHO CIVIL" señalan: "El formalismo del contrato de donación es reciente. En el Derecho romano y en el antiguo Derecho francés hasta el siglo XVII, las donaciones no se encontraban sometidas a forma alguna en particular. A partir del siglo XVII, los parlamentos por desfavor para las donaciones entre vivos y a fin de asegurar la irrevocabilidad que se creía capaz de desalentar a los disponentes, exigieron el otorgamiento de un documento auténtico con escritura matriz. D' Aguesseau consagró esa jurisprudencia en su Ordenanza sobre las donaciones, de 1731, que fue en gran parte reproducida literalmente por los redactores del Código civil".³

A saber la mayoría de los derechos existentes consideran a la donación como un contrato, el cual se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, pero al pasar de los años se ha convertido la donación en un contrato solemne, pues las solemnidades se han incluido como elementos protectores de los derechos de los

³ MAZEAUD Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte IV. Volumen III. Ediciones Jurídicas-Europa-América. Buenos Aires. Pág. 409. año 1959.

dependientes del donante, como es el caso de sus familiares, es por ello que la legislación francesa contempla la intervención de notarios o de un notario y testigos para dar validez al contrato de donación, en ese caso una de las obligaciones del notario además de dar fe de los hechos, es el de crear conciencia en el donante sobre la trascendencia jurídica del contrato que realiza, estas formalidades como es de suponerse no existían en el pasado y se han incluido en la legislación francesa, con el evolucionar del derecho.

El Derecho francés contempla la intervención del notario en la realización del contrato de donación, debido a que la circunstancia de que una persona revela la verdadera intención de una donación, es bastante para hacerle retroceder en su decisión, ya que si ésta no es acorde con los principios y postulados de Derecho no podría verificarse, por el contrario si no se contemplara la intervención de un fedatario público cualquier aspecto fuera de la ley o contrario a los postulados de derecho sería fácil de salvar, y se podría abusar de las donaciones secretas que no requerirían formalismos para producir sus efectos.

Así, se ha pasado de la donación que en la antigüedad sólo se limitaba al *pacto*, es decir, la liberalidad y aceptación, a la donación que debe de revestir formalidades, tales como que se otorgue mediante documento escrito, como lo es la escritura matriz elaborada por un notario, en el que se expresen con toda claridad los pormenores de la donación y los bienes que se afectan.

El artículo 931 del Código civil francés y siguientes prevé tres formalidades 1) que la donación se elabore mediante documento notarial de donación, 2) la aceptación de la donación por el donatario mediante documento notarial y

notificación al donante de la aceptación expresada por el donatario, 3) el estado estimativo de las donaciones mobiliarias.

La misma legislación francesa impone como sanción a la omisión del cumplimiento de los requisitos de formalidad de la donación que ésta será declarada nula de plano; para el legislador francés la donación es un acto que debe revestir solemnidad esencialmente estricta, ejemplo de ello, es que se requiere en toda donación la presencia de dos notarios o la de un notario y dos testigos instrumentales esto al menos en el momento de la lectura y firma del documento, en donde encontrándose presente el donatario que acepte la donación deberá elaborarse constancia por el notario de ese hecho, con ello se perfecciona el contrato de donación.

El Derecho francés sostiene que el objeto motivo de donación no ha variado ya que viene desde la antigüedad, por lo que se considera objeto de donación la cosa mueble o inmueble, que sea posible, que exista en la naturaleza, que se encuentre dentro del comercio, y que no sea contradictoria a la ley.

A diferencia de otros Derechos como el mexicano en el que la donación sólo deberá realizarse en escritura pública cuando sobrepasa una tasa, el Derecho francés no estipula tasa, toda donación deberá revestir las formalidades legales establecidas.

Se contemplan excepciones a la solemnidad de las donaciones, como lo son las donaciones por capitulaciones matrimoniales, en este caso al encontrarse la donación inmersa y derivada de otro acto jurídico como es el matrimonio, se somete

a los requisitos de forma exigidos por el Código civil en materia de capitulaciones matrimoniales y por ello sigue siendo un acto solemne.

También existen donaciones que no revisten la formalidad de un contrato solemne y son válidas aunque no se hayan otorgado mediante documento notarial, ejemplo de ellas son las donaciones en mano, las donaciones indirectas y las donaciones disfrazadas.

En el antiguo Derecho francés, la donación creaba obligaciones pero no transmitía la propiedad de los bienes sino hasta que se verificaba la *tradictio* o tradición de la cosa donada, es decir la entrega física y material de la cosa; fue en el siglo XVII cuando el parlamento ubica a la donación como un contrato que debía revestir solemnidad, pero se exceptuó la donación de bienes muebles realizada por tradición, el fundamento de esto se dio en razón de que la exigencia de solemnidad podría ser muy onerosa con relación al mueble donado que podría ser de un valor mínimo, el parlamento también consideró que la imposición de una solemnidad a la donación en mano sería inoperante al poderse realizar por las partes sin dejar huella alguna de la donación, transmitirse de mano a mano los bienes especialmente el dinero, por ello se considera a la donación como un contrato real

Por otra parte, existen otros actos jurídicos que han evolucionado y que en forma indirecta constituyen una donación al presentar algunos elementos esenciales de la donación, ejemplo de ello lo es la remisión de deuda o el seguro de vida establecido a favor de un tercero, este tipo de donación es un acto real y aunque se realiza sin cumplir con las formalidades establecidas para la donación su validez se encuentra aceptada por la jurisprudencia francesa al considerarlas donaciones indirectas, ya que la jurisprudencia considera que las donaciones que deben de

cumplir con las formalidades establecidas son las directas y no las indirectas como las que se han mencionado en este apartado, los cuales son actos jurídicos reales que se someten a las reglas de fondo y no de forma, que sean propios del acto que nos ocupe.

La donación simulada la cual siempre se verificó desde el antiguo Derecho francés como su nombre lo indica supone un fraude, algunas de estas donaciones se daban disfrazadas mediante un acto jurídico que se pretende hacer ver como oneroso, siendo que no lo es; el pensamiento legal ha evolucionado, la Jurisprudencia admite la validez de la donación disfrazada pero la condena cuando la finalidad de la donación es eludir normas relacionadas con incapaces que pretendieran afectar el patrimonio familiar, sus requisitos de validez son precisamente que se disfrace o que tenga la apariencia de un acto a título oneroso, esto es, que atienda a las normas de forma del acto que se aparenta y a las reglas de prueba de ese acto, se debe ocultar el carácter gratuito del acto cierto.

Los juristas franceses del pasado distinguieron la donación por persona interpuesta, esta recaía sobre la designación del verdadero beneficiario y se sujeta a los requisitos de fondo de las donaciones, siendo nulas cuando se dirigen a un cónyuge o a un incapaz.

Para el Derecho francés la donación es un contrato unilateral así lo refieren los autores franceses HENRI, LEÓN y JEAN MAZEAUD quienes al respecto señalan "La donación es un contrato unilateral; es decir, que no origina obligaciones sino en contra de uno solo de los contratantes: el donante. Sin embargo, excepcionalmente

el donatario puede quedar obligado: cuando la liberalidad vaya acompañada por cargas".⁴

Para los autores franceses Georges Ripert y Jean Boulanger en su obra titulada "TRATADO DE DERECHO CIVIL SEGÚN EL TRATADO DE PLANIOL" señalan de igual forma que los hermanos Mazeaud, que la Donación es un acto de liberalidad que en la antigüedad en el Derecho francés no revestía formalidad alguna y se perfeccionaba sólo con el *animus donandi* o la voluntad de donar y la aceptación de la donación por parte del donatario, y coinciden también en el hecho de que al evolucionar el Derecho francés se ha atribuido a la donación el carácter de un contrato solemne que debe revestir ciertas formalidades de esencia, pues de lo contrario corre riesgo de ser declarada nula la donación, para estos autores las donaciones sólo se dan respecto de cosas muebles, derechos e inmuebles, considerando que éstos deben existir en la naturaleza, deben ser posibles y estar en el comercio.

En el Derecho francés la donación *mortis causa*, que es la que realizaba una persona en vísperas de la muerte o encontrándose ante una enfermedad, un mal o alguna circunstancia que hiciera posible su muerte, se perfecciona con la muerte del donante y la aceptación del donatario, existiendo las limitantes que todos los derechos presentan, tales como era la circunstancia de que el donatario muriera antes que el donante, entonces la donación no producía efectos, lo mismo sucedía si el donante sobrevivía a su dolencia o si se imponía a la circunstancia que le aquejaba, teniendo en este caso el donante derecho a revocar la donación, la misma suerte se corría cuando moría el donante y el donatario no aceptaba la donación.

⁴ Ibidem Pag 459

De acuerdo al Derecho francés antiguo la donación entre vivos, inclusive la donación mortis causa se daba en vida del donante estando éste en la víspera de su muerte, el Derecho francés no contempla la donación tácita de un ser que ha muerto y no dejó disposición expresa respecto a sus bienes, en todo caso se deberá proceder a la sucesión de sus bienes.

La donación directa que no cumpla con los requisitos de formalidad establecidos por la ley tiene como consecuencia la nulidad absoluta, la propia ley estatuye que el acto de la donación debe ser otorgado en protocolo, como minuta la cual debía ser realizada ante la presencia de dos notarios o en su caso de un notario y dos testigos instrumentales, GEORGES RIPERT y JEAN BOULANGER, en su obra y respecto de la intervención de un segundo notario en la donación refieren lo siguiente: "En cuanto a la presencia del segundo notario o de dos testigos instrumentales, no existe problema en el código. Esta era la regla seguida en 1804 para todas las escrituras públicas, por aplicación de la ley de ventoso. La ley del 21 de julio de 1843, regularizando una práctica generalizada, autoriza la recepción de actos en la sola presencia de las partes (t. IV, núm.384). Pero mantuvo para cierto número de actos, la necesidad de la presencia real del segundo notario o de los testigos instrumentales. La donación figura entre esos actos excepcionales y la excepción fue mantenida en 1902. Habría, por lo tanto, vicio de forma si la donación fuese recibida en ausencia del segundo notario o de los testigos instrumentales (L. del 21 de junio de 1843, art. 2; L. De 25 de ventoso del año 12, art. 9 modificado por la ley del 12 de agosto de 1902)".⁵

⁵ GEORGES Ripert y BOULANGER Jean. Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol, Tomo XI, Editorial la Ley, Buenos Aires Argentina Pag 47, año 1963

De lo anterior, se desprende que la Legislación Francesa ha considerado a la donación como un acto jurídico relevante, puesto que para su validez le ha fijado como requisitos de validez el cumplimiento de formalidades, una de ellas la transcrita en el párrafo anterior, y las otras las ya señaladas con anterioridad como lo es la aceptación de la donación por parte del donatario lo cual en todo caso se deberá hacer en presencia del Notario y en el caso de ser posterior a la donación se deberá notificar legalmente la aceptación al donante, y por supuesto el requisito de señalar el estado estimativo en las donaciones de muebles con el fin de asegurar la irrevocabilidad de la donación.

Ahora bien, el Derecho francés distingue en cuanto a las formas de aceptación de la donación la forma expresa y la forma auténtica ya que es fundamental por ser un contrato que cuenta con el consentimiento del donatario; la forma expresa se encuentra vinculada al aspecto de que el donatario manifieste su aceptación respecto a la donación, y aunque no existen términos sacramentales en la minuta debe aparecer por lo menos el término aceptar a diferencia de los contratos ordinarios en los que se puede dar una aceptación tácita o inducirse ésta por ciertas circunstancias como la firma, en la donación forzosamente se requiere el señalamiento expreso de la aceptación de la cosa donada.

En la forma de aceptación auténtica ésta se refiere a que la aceptación debe plasmarse en escritura pública en el cuerpo del protocolo; la aceptación también puede ser instantánea cuando el donatario manifiesta expresamente en el momento mismo en que el donante realiza el acto de liberalidad y en presencia de los notarios o de éste y dos testigos instrumentales su aceptación respecto a lo que se le dona, o por acto separado cuando la donación se realiza en un momento y con posterioridad se le hace de su conocimiento al donatario la donación hecha a su favor, en este

caso la aceptación o negativa del donatario respecto de la donación le deberá ser enterada al donante a la brevedad posible mediante notificación por diligencia del alguacil y en la forma auténtica prevista por la ley para que de este modo el donante no haga uso del bien donado de buena fe, la donación producirá efectos a partir del día de la notificación.

La legislación francesa contempla la aceptación por poder siempre que el apoderado acredite su personalidad con documento auténtico, que se contenga cláusula especial para aceptar donaciones y que corra agregado al acto de aceptación el testimonio respectivo.

La revocación de la oferta de donación opera como en los demás derechos, es decir, cuando el donante realizó la oferta de donación a favor de una determinada persona y ésta no expresó su aceptación en la forma que estipula la ley, el donante podrá revocar su oferta, lo cual lo podrá hacer en forma auténtica o en documento privado siempre que la fecha de dicho documento sea cierta, existe en este caso el principio de que la oferta no aceptada no obliga, la oferta de donación no es ya posible su cumplimiento una vez que fue retirada, en este sentido se puede dar la revocación tácita la cual puede provenir de actos inequívocos tales como la enajenación o el deterioro o destrucción de la cosa donada.

Cuando la donación no es aceptada la oferta fenece y, por tanto, la donación no se verifica al no haberse perfeccionado legalmente

Cuando la aceptación de la donación es irregular acarrea su nulidad y con ello la nulidad de la donación ofertada; la misma suerte corre la aceptación dada respecto de una donación cuando el que acepta es un incapaz y en el acto no se encontró

asistido legalmente o no autorizado legalmente para suscribir el acto jurídico solemne.

Ahora bien, en cuanto al consentimiento y capacidad para donar, estos aspectos debían quedar totalmente demostrados en el acto jurídico de la donación, ya que la omisión de estos elementos de validez propiciaría la nulidad absoluta del contrato de donación, puesto que en los contratos ordinarios la capacidad y consentimiento son fundamentales, y visto que para el derecho francés la donación es un contrato solemne que reviste además de los requisitos exigidos a los contratos ordinarios formalidades tales como las que ya han quedado definidas en este apartado.

GEORGES RIPERT y JEAN BOULANGER, al respecto del consentimiento y la capacidad en la donación señalan en su tratado lo siguiente "Como todo acto jurídico, una liberalidad supone el consentimiento y exige la capacidad de las partes. Pero aun en esta materia obedece a reglas excepcionales. Mientras que el comercio jurídico los actos son dictados por el interés y tienen como efecto transmisiones recíprocas de valores, la liberalidad se inspira en una intención benéfica y despoja al disponente sin ninguna compensación. Nuestro derecho no favorece a estos actos gratuitos. Emanan de una voluntad que puede no ser sana o que ha podido ceder a presiones indirectas; son peligrosos para la familia del disponente y puede hasta perjudicar el interés público con una disposición arbitraria y condicional de los bienes. Por eso se explica estén sometidos pura y simplemente al derecho común" ⁶

Es fácilmente identificable que para que la donación goce de eficacia las partes deban de contar con capacidad, esto es, gozar de pleno uso de sus facultades

mentales y de acuerdo a la ley ser sujetos de derechos y obligaciones, la capacidad volitiva del ser.

Al respecto del consentimiento, sólo hacemos hincapié que en todo contrato éste determina la validez y su afectación produce nulidad, que en este caso es absoluta.

La legislación francesa habla con relación a los sujetos del contrato de donación que éstos deberán estar sanos de espíritu, la ley en este contexto y con relación al disponente se refiere a que además de ser capaz mentalmente, deberá ser dueña de sí misma, consciente de las cosas y de sus consecuencias, lo mismo se refiere para el donatario.

Tratándose de una donación en la que el disponente se encuentra afectado mentalmente y comprobándose este hecho, se declarará la nulidad de la donación por *Insania Mental*, lo que se entiende como una debilidad mental, una afectación que impide a la persona contar con capacidad volitiva

La insania mental puede derivar de una causa permanente "demencia completa, puede ser habitual cuando existen intervalos de lucidez, o también accidental como en el caso de estado de embriaguez, una fiebre, un ataque de nervios, o cualquier circunstancia que afecte pasajeramente la capacidad mental de una persona.

En la donación cuando ha fallecido el disponente y sus herederos van contra el donatario alegando la falta de capacidad por demencia, la acción ejercitada por los

⁶ Ibidem. Pag 101

herederos no prosperará, ya que un acto no puede ser atacado por demencia una vez fallecido su autor, a menos que del propio acto que se impugna se desprenda que éste es obra de un loco, o que el disponente falleciera durante la tramitación del juicio de interdicción.

La prueba de la insania mental corresponde al que demanda y deberá demostrar que existía al momento de la ejecución del acto que se impugna, pero existe jurisprudencia que acepta que tan sólo se compruebe el estado de demencia habitual.

La prescripción para solicitar la nulidad de una donación en el Derecho francés es de diez años, esto es que habiéndose realizado una donación que se estuviese afectada en alguno de sus elementos y que ello propicie su nulidad, ésta se deberá invocar dentro de los diez años siguientes a la fecha en que se tuvo conocimiento de que la donación es nula, pues pasando tal lapso de tiempo opera la prescripción a favor del donatario.

No existe en el Derecho francés antiguo antecedente de donación respecto de órganos, tejidos o fluidos humanos, ya que como se puede desprender de este estudio, la donación operaba respecto de cosas muebles, inmuebles y derechos que debían existir en la naturaleza y ser considerados dentro del comercio.

1.3 DERECHO ALEMÁN

Para el Derecho alemán antiguo la donación consistía en un acto altruista, era considerado una ofrenda sin contraprestación alguna, en este aspecto consistía su valor, era definido como una liberalidad con fines altruistas en que una persona se desprendía de parte de su patrimonio sufriendo voluntariamente una disminución de su riqueza, transmitiéndolo a otra persona quien al aceptar la donación obtenía un incremento en su patrimonio.

El Derecho alemán, al igual que la mayoría de los derechos de otros países en la antigüedad no se exigía formalidad alguna para que la donación se perfeccionara, bastaba con el deseo de liberalidad del donante y la aceptación del donatario respecto a la donación.

La misma suerte corrió el Derecho alemán antiguo que los otros derechos ya que se enfrentó a varios problemas vinculados con la donación, dichos problemas estribaron en la afectación que se propiciaba al patrimonio familiar con donaciones excesivas o donaciones realizadas con apresuramiento, donaciones formuladas en estado de excitación, sin reflexión alguna, sin medición de las consecuencias que la liberalidad podía acarrear en contra del patrimonio de la familia.

Otro problema lo representó el hecho de donar bienes existiendo acreedores del donante de por medio, lo que propició en primera instancia que al evolucionar del derecho se impusieran ciertas formalidades a la donación y que nacieran acciones legales a favor de los acreedores del donante para revocar la donación realizada que afectaba sus derechos o les dejara sin garantía de pago, también surgieron acciones para el donante tratándose de una donación excesiva y hecha sin reflexión alguna.

Los autores alemanes LUDWING ENNECCERUS y THEDOR KIPP en su obra "Tratado de Derecho Civil", señalan con relación a la donación lo siguiente: "Según el antiguo Derecho alemán estipulaba que un donativo sin contraprestación estaba su origen sujeto a una revocación discrecional. Para que ésta quedara excluida, hacía falta corresponder al donativo con una retribución, aunque fuera insignificante o ficticia (el "Launegild" Longobardo); lo más frecuente era la prestación de servicios (prestados o a prestar). En caso de cumplimiento inadecuado el donante tenía derecho a la revocación".⁷

Este principio del Derecho alemán en esencia se dirigía al agradecimiento que el donatario debía tener para con el donante, en realidad la contraprestación en muchos de los casos era un acto simbólico y no material.

El Derecho alemán antiguo contemplaba para el donante el derecho de revocar una donación por causa de ingratitud del donatario.

Al igual que el Derecho romano el Derecho alemán incluyó formas para las donaciones que sobrepasaban un determinado tope en cuanto a su monto, siendo éste 500 solidi, lo que en derecho consuetudinario serían 500 ducados.

El Derecho alemán reconoce en la donación varias características esenciales como son las siguientes:

- 1.- Una atribución patrimonial que enriquece el patrimonio del donatario

⁷ ENNECCERUS, Ludwig y KIPP Theodor. Tratado de Derecho Civil Alemán Obligaciones II Primera Parte Tomo II Editorial Bosch Barcelona Pag 193, año 1976

El enriquecimiento podía consistir en un aumento patrimonial de cualquier especie, como podía ser transmisión de propiedad, alguna concesión, derechos reales, constitución de un crédito, remisión de crédito, etc.

La atribución patrimonial se realizaba comúnmente mediante negocio realizado entre el donante y el donatario, pudiéndose verificar por negocio con un tercero.

2.- Disminución en el patrimonio del donante, este requisito es forzoso para que la donación exista ya que el Derecho alemán no reconocía donación sin una disminución en el patrimonio del donante, no sólo el hecho de que el donante realizara una liberación se consideraba donación, ya que debía verificarse la aceptación de la donación por el donatario, en caso de haber repudio a una donación no se verificaba la disminución patrimonial, luego entonces no había donación, el mismo principio se aplicaba cuando una herencia era repudiada ya que no se consideraba donación puesto que el donatario no había adquirido los bienes heredados, por tanto, el empobrecimiento del patrimonio no se dio.

No era indispensable que el objeto donado haya sido propiedad del donante antes de la donación, sólo bastaba que el donante transmitiera a otro la propiedad de un bien haciendo uso de sus propios recursos, sin haber sido propietario el donante del objeto de donación; ejemplo de ello es el hecho de que el donante pagaba el precio de una finca que sería transmitida al donatario, en el ejemplo se verifica la disminución patrimonial para el donante y el enriquecimiento del donatario, y el donante no había sido propietario de la cosa donada.

El Derecho alemán incluyó restricciones en las donaciones para salvaguardar el patrimonio de la familia.

Al no haberse considerado en el Derecho alemán antiguo forma especial para la donación más que la voluntad de las partes en la realización del acto jurídico, la transmisión de la propiedad de cosas muebles se realizaba por la tradición, es decir, de mano a mano, tratándose de inmuebles se tenía que verificar una transmisión normal, la donación de un crédito se hacía sin sujeción a formalidad, la donación consistente en una remisión de deuda se realizaba mediante relación contractual no sujeta a forma, el derecho común imponía limitantes a las donaciones cuando éstas excedían de 4666 $\frac{2}{3}$ marcos, mientras que el derecho territorial señalaba que las donaciones hechas a personas jurídicas que rebasaban los 5,000 marcos podían estar sujetas a limitaciones.

En relación a la donación *mortis causa* el Derecho alemán retomaba los aspectos prevalecientes de la mayoría de los derechos extranjeros, pues identifica a esta donación como aquella que se realiza por una persona estando en peligro de muerte o en presencia de circunstancias que la hacían temer por su vida.

Este tipo de donación era revocable cuando el donante sobrevivía al incidente que le hacía temer por su vida, en este caso al haber obtenido salud podía revocar la donación realizada o por el contrario confirmar la donación.

Siempre prevaleció el principio jurídico de que el donatario pudiera obligar judicialmente al donante a cumplir con una donación *mortis causa*, por ello, también se le conoció a esta donación como una donación condicionada.

Las condiciones exigidas para que la donación *mortis causa* prevaleciera precisamente era que la muerte del donante se verificara, ya que si éste sobrevivía esta donación podría revocarse.

No se consideraba hecha la donación *mortis causa* cuando el donatario moría antes que el donante, estos casos se verían cuando se daban circunstancias de peligro común como lo eran las guerras, los naufragios, las epidemias, etc.

La donación era inmediata, cuando muerto el donante le sobrevivía el donatario, pudiendo éste disponer en la totalidad de los bienes donados como mejor le conviniera.

El Derecho alemán únicamente reconocía la donación entre vivos y nunca trató la donación tácita, mucho menos consideró la posibilidad de una donación tácita al no haber expresado una persona en vida el manejo de sus bienes una vez que hubiera muerto, pues consideraba que ello implicaba materia del derecho sucesorio, en todo caso al fallecimiento de una persona sin que ésta hubiera dispuesto de sus bienes se tendría que proceder a una sucesión de sus bienes.

Lo mismo para el Derecho común el Derecho alemán exigía que para que se diera una donación, los bienes debían ser propiedad del donante o adquiridos por éste al momento de realizar la donación o que hubieren sido liquidados por el donante a favor del donatario.

En cuanto a la aceptación del donatario respecto de la donación ésta podía ser expresa o tácita, expresa cuando el donatario manifestaba en forma verbal su agrado en recibir los bienes que fueron donados, y era tácita cuando el donatario

daba a conocer la aceptación de la donación mediante actos, signos o actos inequívocos, como el disponer de la cosa que se le había donado.

A pesar de que la donación en el Derecho alemán antiguo era una forma de transmitir y adquirir la propiedad de los bienes, nunca se le consideró propiamente como un contrato por la doctrina, ello a pesar de que el requisito esencial de que el donatario exprese su aceptación respecto a la donación pone de manifiesto su carácter contractual, en la actualidad la legislación alemana ha ordenado que las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se deben regir por las normas que rigen los contratos.

En cuanto a la gratuidad de la donación es un valor esencial de la donación, pues ésta debe estar fundamentada únicamente en una mera liberalidad, cuando la liberalidad no se da con un fin altruista o a cambio de ésta se exige una contraprestación no se podrá hablar de donación por contravenirse a uno de sus aspectos esenciales.

Sin duda, el Derecho alemán antiguo se enfrentó a diversos problemas con relación a la donación que a través del tiempo fue salvando mediante la evolución del derecho, pues impuso limitaciones y formalidades a las donaciones con el fin de crear conciencia en el donante respecto del acto jurídico a realizar y a su vez verificar la capacidad del donatario para poder recibir y aceptar la donación hecha a su favor; verificar que en su caso no se vulnera el patrimonio de familia o se afecte el patrimonio familiar por donaciones excesivas realizadas apresuradamente.

1.4 DERECHO MEXICANO

La donación en el Derecho mexicano se consideró como un acto de liberalidad por medio de la cual una persona se desprendía de parte de su patrimonio, transmitiendo ésta a otra persona que lo aceptaba.

No se requería formalidad alguna para la donación bastaba con la voluntad del donante en realizar la liberalidad a favor de otro, el donatario, quien forzosamente debía aceptar la donación que se le había realizado.

En el antiguo Derecho mexicano se consideró a la donación como un acto de liberalidad, de desprendimiento de algún o algunos bienes propios a favor de otra persona, que se enriquecía con la donación al aceptarla.

La donación se podía realizar en forma verbal o por escrito, en un tiempo fue más frecuente la donación verbal, pero debido a los problemas que surgieron para el donatario, quien no podía acreditar fehacientemente la donación en contra de los herederos del donante se fue optando por realizar la donación en forma escrita para así tener un medio de acreditar la donación realizada.

En la donación verbal nunca ha habido palabras sacramentales bastaba tan sólo que el donante de viva voz expresara su liberalidad a favor de quien dispusiera, y que el donatario enterado de la donación hecha a su favor dijera su aceptación

En cuanto a la forma escrita, ésta no revestía formato alguno ni formalidad, mucho menos se tenía que señalar algún párrafo o anotación sacramental, bastaba con que se plasmara la voluntad del donante en liberar algún bien a favor de otro y

que este otro llamado donatario en ese mismo documento o en su caso en otro diverso expresara su aceptación respecto de la donación.

El Doctor LUIS MUÑOZ señala en su tratado "Derecho Civil Mexicano" una disertación sobre el hecho de que se pueda considerar a la donación como un modo de adquirir la propiedad, o si ésta no transfiere por sí sola la propiedad o si el fin que persigue es transmitir la posesión, o constituir a favor del donatario un derecho real, ceder un crédito, liberar una deuda señala, " Desde este punto de vista la donación se ha podido definir como un contrato principal, traslativo de dominio, normalmente unilateral aun cuando puede convertirse en bilateral, y esencialmente gratuito".⁸ Esta definición fue utilizada por algunos códigos como el de 1928.

Existieron diversos tipos de donaciones los cuales en la actualidad perduran, como era la donación que transfería la propiedad a la que se denomina donación real; la que da origen a un crédito llamada donación obligatoria; las donaciones que extinguían obligaciones a las que se les denominaba obligaciones liberatorias.

Dado que desde la antigüedad se exigía la aceptación ya expresa, ya tácita del donatario respecto de la donación, este acto jurídico ostentaba la naturaleza contractual de la donación, por lo que a través del tiempo se le dio esa connotación, así como pasó de ser un acto que no revestía formalidad alguna a ser un acto que en situaciones concretas necesariamente debía revestir una forma.

⁸ MUÑOZ, Luis Derecho Civil Mexicano Tomo III, Ediciones Modelo, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Mexico D.F. 1971 Pag 318

En el Código civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, en el artículo 2332 señala que la donación es el contrato en virtud del cual una persona transfiere a otra gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes.

De la anterior transcripción podemos ver que desde principios de siglo nuestra legislación considera a la donación como un contrato y, por tanto, debe regirse de acuerdo a las normas de éstos.

Las partes en el contrato de donación lo son el donante y el donatario quienes deberán tener capacidad legal para contratar, es decir, de disponer legalmente, el donante de lo que dona y el donatario contar con la capacidad para aceptar la donación y sus consecuencias.

El objeto del contrato de donación lo fueron únicamente los bienes del donante, no se pueden considerar como objeto de donación los bienes futuros ya que se estaría afectando la capacidad de goce del donante, aunque la legislación al respecto ha señalado que las cosas futuras pueden ser objeto de contrato.

La donación se perfeccionaba desde el momento mismo que el donatario aceptaba la donación y hace saber su aceptación al donante, ya que desde siempre se ha considerado como elemento esencial de esta figura la aceptación del donatario, puesto que si estuviéramos en presencia de una donación no aceptada por el donatario los bienes siguen siendo del donante, por tanto, no se dio la liberalidad exigida para la perfección de la donación, pues no han salido los bienes donados del patrimonio del donante para adherirse al patrimonio del donatario.

En la antigüedad ya se daban diversas especies de donación, tal y como lo era la donación pura, la cual se identificaba como la hecha en términos absolutos; la donación condicional, aquella que dependía de algún acontecimiento de realización incierta; la donación onerosa, aquella que se realizaba imponiendo algunos gravámenes; la remuneratoria aquella que se realizaba en atención a servicios recibidos, servicios prestados, era como una forma de agradecimiento ya que se daba en servicios que se daban al donante sin que éste tuviera la obligación de pagar algo por ese servicio.

Cuando en algún determinado caso el donante hacía donación de todos y cada uno de sus bienes, lo cual era posible en la antigüedad, el donatario debía responder de todas sus deudas contraídas con anterioridad a la donación, este tipo de donación sólo obligaba al donatario a cumplir las deudas del donante hasta el monto de lo donado, no más, pues se estaría afectando el patrimonio del donatario.

En cuanto a las donaciones *mortis causa* e *inter-vivos* éstas se distinguían en relación a sus efectos, ya que la donación *mortis causa* producía sus efectos tras la muerte del donante, mientras que la donación *inter-vivos* producía sus efectos en vida de las partes, en efecto, la donación *mortis causa* dependía de la muerte del donante para que ésta se perfeccionara ya que de lo contrario la donación era revocable del todo.

La donación *mortis causa* debía ser regida de acuerdo a las disposiciones que regulaban las sucesiones.

En cuanto a la revocación de las donaciones, en el derecho pasado se podía dar por el nacimiento de algún hijo del donante o por ingratitud del donatario respecto

del donante; en el primer caso la donación podía ser revocada por el donatario dentro de los cinco años siguientes al nacimiento del hijo en virtud del cual se estaba en posición de revocar la donación, en caso de que la donación no se revocara dentro de este tiempo se volvía irrevocable.

Un caso relevante sucedía en el derecho antiguo, cuando el donante moría pero a su muerte le sucedía un hijo póstumo a éste por medio de quien representara sus derechos le correspondía la acción revocatoria de la donación realizada por su padre, en este menester, la legislación fue contemplando al evolucionar el derecho en el tiempo que la donación hecha en estas circunstancias, fuera revocada en su totalidad.

Posteriormente, se contempló en la ley los casos en los que no se podía revocar una donación por supervivencia de hijos, contemplándose que no cabría la revocación en donaciones menores de doscientos pesos; cuando la donación era antenupcial; cuando la donación era hecha entre consortes; cuando era una donación remuneratoria.

La revocación de la donación por nacimiento de un hijo ya póstumo, ya nacido en vida del donante, buscaba resarcir al donante o al hijo el valor de la donación hecha o de ser posible la cosa donada, en caso de que el donatario hubiera enajenado la cosa donada debía reintegrar su valor al momento de la donación, asimismo el donatario debía responder en caso de que se hubiere aplicado algún gravamen a la cosa donada, debiendo además de restituir ésta, finiquitar el gravamen al que hubiera dado lugar

No se dio en el derecho pasado el caso de aceptar la renuncia anticipada del derecho de revocación de la donación por nacimiento de un hijo.

En el caso de la revocación por ingratitud se daba en los casos en que el donatario por alguna circunstancia delinquía en agravio del donante, o bien realizaba agravio en contra de su honra o de los bienes del donante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge.

También se podía revocar una donación por ingratitud cuando el donante se encontraba ante una racha de pobreza y percatándose de ello el donatario se abstenía de prestarle auxilio.

En el caso de la revocación por ingratitud no era válida la renuncia anticipada de ese derecho, por lo que cualquier disposición de esa naturaleza se consideraba inexistente; en cuanto al período en que prescribía la acción para revocar una donación por ingratitud se consideraba un año para poder ejercitar esta acción, contándose a partir del día en que se tuvo conocimiento del hecho ingrato.

También se contemplaron casos en los cuales las donaciones realizadas podían ser disminuidas y tratándose de varias donaciones algunas de ellas se podían suprimir en su totalidad, en la mayoría de los casos la disminución de la donación se daba cuando el donante tenía un patrimonio insuficiente para cumplir con las obligaciones alimenticias para con sus acreedores

En el caso anterior, habiendo insuficiencia del donante para cumplir con las obligaciones alimenticias se procedía a afectar las donaciones más nuevas hasta llegar a las más antiguas.

En este aspecto, queda evidenciado el interés legal que existía en que las donaciones no afectaran el patrimonio de familia o dejaran en total insolvencia al donante al grado de no poder cumplir con sus acreedores alimenticios, fue por ello que se implementaron a través del tiempo restricciones en cuanto al monto de las donaciones así como acciones para revocarlas o disminuirlas según el caso.

En cuanto a la extinción de las donaciones, el derecho antiguo sólo refiere que había extinción de la donación cuando éstas consistían en alguna prestación o acto de liberalidad periódico, en este caso la donación se extinguía con la muerte del donante.

En nuestro derecho al igual que la mayoría de los derechos extranjeros, las donaciones sólo operaban entre vivos, y se consideraba materia de sucesión testamentaria la disposición de los bienes del donante después de su muerte.

A raíz de los estudios médicos sobre trasplantes de órganos humanos, al considerarse erróneo, contrario a la ley, el hablar y considerar la compraventa de órganos humanos, al establecerse que el ser humano no es materia de compraventa, y que al hablarse de compraventa de órganos se estaría denigrando la calidad humana, se optó por el uso de un término jurídico que aparentemente, en uso de sociedad sonara más suave y no causara revuelo, ni conflictos estructurales, resultando así el uso de donación de órganos, tejidos y fluidos humanos, con este concepto se identificaba la conducta altruista de una persona que consentía voluntariamente y en forma gratuita se trasplantara alguno de sus órganos a otra persona, con el fin de ayudarlo a sobrevivir ante una grave enfermedad o deficiencia.

Es en este aspecto en donde a raíz de los avances médicos surge la figura jurídica conocida como donación de órganos, tejidos y fluidos humanos, esta figura es de reciente creación.

1.5 ANTECEDENTES DE LA DONACIÓN Y TRASPLANTACIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y FLUIDOS HUMANOS.

La donación de órganos, tejidos y fluidos humanos, surge debido a los avances médicos sobre los trasplantes de éstos, se encuentra plenamente identificado que en sus inicios los trasplantes se realizaban entre órganos de animales como cabras y chimpancés a seres humanos, en este aspecto era normal y se veía con naturalidad el poder comprar animales como los ya mencionados, con el fin de realizar experimentos sobre trasplantación en seres humanos.

Con el pasar del tiempo, los avances en la investigación médica demandaron la práctica de experimentos en materia de trasplantación de órganos humanos con órganos de esta misma índole, pero en ningún caso fue sano o bien visto el comerciar con órganos humanos, pues en ese sentido se consideró que se estaría denigrando al ser humano, pues se estaría llegando al grado de tratarsele como cosa y comerciar con sus componentes, por lo que a pesar de que se permitía la venta de sangre este hecho se veía en otro contexto comparado con un órgano humano.

Es en esta etapa de la investigación médica cuando se recurrió a personas que participaran en la experimentación e investigación médica con un fin altruista, sin ánimo de lucro, que se ofrecieran para ser trasplantados y por existir este elemento se optó por llamarle donador a aquella persona que consentía voluntariamente y en forma gratuita que se trasplantara uno de sus órganos con el fin de ayudar a los

avances médicos y con la esperanza de coadyuvar a la supervivencia de otro ser humano que necesitaba un trasplante, ya por enfermedad ya por deficiencia.

Así nos referiremos a los antecedentes de los trasplantes de órganos, tejidos y fluidos humanos.

El autor JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, en su obra titulada "Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos" manifiesta lo siguiente: "El primer injerto del que tenemos noticia es el de sangre. La primera transfusión sanguínea se atribuye a DENIS, quien en 1667, en París, utilizó sangre de cordero y se dice que fue un éxito. BLONDELL, en 1825, aconsejó el uso de sangre humana para todos los casos de transfusiones. No fue sino hasta 1900, cuando LANDSTEINER al descubrir los grupos sanguíneos sentó las bases científicas para este tipo de transfusiones".⁹

Los estudios de la medicina, sus logros y avances permitieron que para el año de 1779 ya se practicaran inseminaciones artificiales en seres humanos, hecho que revolucionó el campo de la genética.

Se sabe que el primero que inició trabajos de trasplantes de órganos humanos fue ALEXIS COREL; quien llevó a cabo estos avances médicos entre los años de 1902 y 1911 tiempo en el que realizó diferentes trabajos relacionados con ellos, sus investigaciones propiciaron la pauta para llegar a los avances que se ven en la actualidad.

⁹ DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos Editorial Porrúa, México, 1993, Pág. 1

Un hecho notable fue el realizado en el año de 1954, cuando se efectuó con éxito el primer trasplante de riñón en el mundo, la operación se realizó en Boston Estado Unidos, y se verificó entre hermanos gemelos monocigóticos.

Posteriormente, el 23 de enero de 1964 se llevó a cabo el primer heterotrasplante realizado por médicos estadounidenses y se realizó en la universidad de Mississipi, la operación consistió en un injerto de corazón de un chimpancé en un ser humano, pero este intento fue fallido pues no tuvo muchos continuadores ya que el receptor del injerto falleció a las pocas horas de haber sido intervenido.

Entre los años de 1964 y 1969, se verificó la realización de otro heterotrasplante, en este caso se utilizó el corazón de una oveja ante la inexistencia de donantes y ante la inminente urgencia de actuar.

Un aspecto relevante en el campo de los trasplantes constituyó la intervención médica que se realizó el día 3 de diciembre de 1967 en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, cuando el Doctor CHRISTIAN BARNARD y un grupo de treinta doctores y enfermeras realizaron el primer homotrasplante cardiaco, dicha operación consistió en implantar el corazón de un joven de nombre DENISE DERVAL a un enfermo cardiaco desahuciado en etapa terminal, LUIS WASHKANSKY quien vivió 18 días, iniciándose así la "era de los trasplantes".

Un hecho que quedó plasmado en la memoria de la clase médico-científica de nuestro país por haber causado grandes decepciones e incluso conflictos fue lo sucedido el día 13 de marzo de 1968 en el Hospital General del Centro Médico

Nacional, ya que por problemas médico-legales, no pudo llevarse a cabo el que hubiera sido el primer trasplante cardiaco realizado en nuestro país.¹⁰

Las estadísticas médicas refieren que en noviembre de 1992, se habían realizado, según informes del Registro Nacional de Trasplantes, 3856 trasplantes renales, 2100 de hueso, 2000 de piel, 67 de médula ósea, 10 de tejido suprarrenal, 17 de hígado, 14 de corazón, 9 de páncreas, y 3 de pulmón, con lo que se ponía de manifiesto los grandes avances en materia de trasplantes y el despertar de la conciencia de la sociedad respecto de este tema que aún es afectado por diversos tabúes.

El libro del maestro Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos titulado "Algunos Aspectos Jurídicos de los trasplantes de Órganos" se señala que las disposiciones legales acerca de los trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos en nuestro país han sido las siguientes:

1928. Reglamento Federal de Cementerios, Inhumaciones, Exhumaciones, Conservación y Traslación de Cadáveres (abrogado)

En este ordenamiento no se contemplaba alguna disposición que regulara los trasplantes, pero en el capítulo III, "De la conservación, traslación, internación y salida de cadáveres", se exigía ya un permiso para la conservación del cadáver por más tiempo del señalado por la ley, como plazo máximo para llevar a cabo su inhumación o cremación.

¹⁰ Cf. DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. *Algunos Aspectos Jurídicos de Órganos*. Editorial Porrúa, México, 1993, Pág. 2

1961. Reglamento de Bancos de Sangre, Servicios de Transfusión y Derivados de la Sangre (abrogado).

En el ordenamiento en comento, se contemplaban dos tipos de donadores de sangre, el autorizado y el eventual, el donador denominado autorizado era la persona que, habiendo obtenido la credencial respectiva, de la entonces existente Secretaría de Salubridad y Asistencia, suministraba habitualmente su sangre a los establecimientos autorizados o a cualquier médico que lo requiriera. El donador voluntario era la persona que de modo espontáneo y ocasional o ante una emergencia o con el fin de fortalecer los bancos de sangre, suministraba ésta por requerimiento de un médico bajo la exclusiva responsabilidad de éste.

En este ordenamiento no se contemplaba ninguna norma respecto de la posibilidad de recibir alguna contraprestación como un pago a cambio de la sangre donada, por lo que se entendía que los donadores autorizados obtenían su licencia y hacían donación de su sangre con el propósito de recibir una remuneración económica o pago. En la legislación actual no se contempla a los donadores autorizados, se prohíbe el comercio de la sangre y no es necesario que el donante exprese su voluntad por escrito.

En este contexto, podemos observar el claro antecedente de la venta de sangre, la cual al no haber disposición expresa al respecto en ese entonces daba la pauta para el comercio de sangre, luego entonces existía quien "donaba" de manera espontánea su sangre y quien lo hacía a cambio de un pago o contraprestación, desde entonces es muy discutible el término aplicado de donación de sangre o donador de sangre.

1969. Proyecto sobre "Bancos y trasplantes de tejidos y órganos humanos y disposición de cadáveres".

1970. Proyecto sobre "Trasplantes y otros aprovechamientos de órganos y tejidos humanos".

1973. Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos (comprendía un título dedicado a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos) (abrogado)

1975. Reglamento del Banco de ojos de la Dirección General de Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal. (vigente)

1976. Reglamento Federal para la Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos (abrogado)

Este reglamento preveía la existencia e integración del Consejo Nacional de Trasplantes como un órgano colegiado y especializado en la materia, que actuara como organismo asesor de la entonces Secretaría de Salubridad y Asistencia.

Al igual que el código sanitario de 1973 ya comentado, este reglamento no permitía que las personas privadas de su libertad y las mujeres embarazadas autorizaran la ablación de un órgano o tejido para ser trasplantado.

En el reglamento en comento, se establecía la preferencia con relación al existir un parentesco en primer grado entre dador y receptor, preferencia no mencionada en la ley actual.

1983. Reforma al artículo 4to. Constitucional (vigente)

El 3 de febrero de 1983 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la adición al artículo 4to. Constitucional, en cuyo párrafo tercero se dispuso que "toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución".

La adición constitucional señalada representa, además de elevar a la máxima jerarquía el derecho social mencionado, la base conforme a la cual se llevarán a cabo los programas de gobierno en materia de salud, así como el fundamento de la nueva legislación sanitaria mexicana.

1984. Ley General de Salud (vigente, con sendas reformas en 1987 y en 1991).

Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación correspondiente al 7 de febrero de 1984, entró en vigor el primero de julio del mismo año.

El 27 de mayo de 1987 se publicó en el periódico Oficial citado un decreto de reformas y adiciones a esta ley y el 14 de junio de 1991 otro más. Dedicó su título decimocuarto al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

En recientes fechas se han realizado proyectos de reforma en materia de donación de órganos humanos, pues ahora se considera que la persona que en vida

no señaló disposición expresa respecto al hecho de constituirse o no en donador de órganos se presume que es donador tácito, luego entonces sus órganos pueden ser trasplantados a su muerte sin necesidad de que medie autorización alguna de familiar.¹¹

Con relación a la donación de órganos, tejidos y fluidos humanos y del procedimiento para llevar a cabo éstos, hablaremos en los siguientes capítulos.

¹¹ Cfr. Proyecto de decreto por el que se reforma la Ley General de Salud. Comisión de Salud y Estudios Legislativos. Pág. IV. año 2000

CAPÍTULO II

CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN.

2.1 SIGNIFICADO ETIMOLÓGICO Y GRAMATICAL DE LA DONACIÓN

"La etimología estudia la verdadera significación de las palabras, mediante el conocimiento de su origen, de su estructura y de sus transformaciones, es decir, el por qué de la razón de su existencia".¹²

Podrá nacer en alguien al leer esta investigación la duda respecto al motivo por el cual se concedió un apartado especial para tratar el aspecto etimológico y gramatical de la donación, pues bien, al respecto consideramos que el motivo fundamental que nos llevó a tratar este punto, es que se pudiera encontrar en la raíz etimológica la naturaleza del vocablo donación y esto nos diera su significado gramatical.

El Diccionario Jurídico de la casa Zepol, en cuanto a la etimología del término donación señala lo siguiente: "Proviene del latín donatio" dar algo.

Por lo que hace a donatario el mismo diccionario nos señala lo siguiente: [Donataire] proviene del latín donatarius (de dona", donar) dar, el contratante a quien se hace la donación:

¹² MATEOS M. Agustín. *Etimologías Grecolatinas*. 13ª Edición. Editorial Estinge, S.A., México, 1977. Pág. 13

Y entre los significados adquiridos que el diccionario en comento aporta respecto del vocablo donación tenemos los siguientes:

I. Contrato solemne por el cual una persona -el donante- se despoja irrevocablemente de un bien, sin contraprestación y con intención liberal, en favor de otra persona -el donatario-, que lo acepta.

II. En el léxico corriente, acto que prueba la donación.

- A título singular [à titre particulier]. Donación de uno o varios bienes determinados.
- A título universal [à titre universel]. Donación de una cuotaparte del patrimonio del donante.
- Con cargos (o sub modo) [avec charges (ou sub modo)]. Donación hecha bajo condición de que todos o parte de los bienes donados están afectados a un uso impuesto por el disponente.
- De bienes futuros [de biens à venir]¹³.

Así pues podemos establecer que la donación tiene como raíz el vocablo donatio, dona, que significa donar, dar algo, realizar una liberalidad.

¹³ Diccionario de Terminología Jurídica. Visión Jurídica Profesional. Casa ESPOI., Mexico, 1998-1999. Pág. 883.

La donación tiene como elemento fundamental el *animus donandi*, voz latina que quiere decir ánimo de donar, esto es la voluntad de dar algo, la voluntad de realizar una liberalidad.

En cuanto al aspecto gramatical de la voz donación, el Diccionario de la Lengua Española de la Casa Zepol, nos señala lo siguiente: "[sust. fem.] Acción y efecto de donar".

- "{Derecho} Liberalidad de una persona que transmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra que la acepta.

- "{Economía} Transferencia de bienes o capitales, sin que exista contrapartida por parte del receptor, es decir, que no resulta onerosa en sí misma al no tener que ser reembolsada".¹⁴

Gramaticalmente donación es un vocablo que denota un dar gratuito, se emplea para señalar una liberalidad, es decir, una transferencia de propiedad de algo sin contraprestación alguna de aquél que la recibe.

2.2 CONCEPTO DOCTRINAL

Existen muy diversos conceptos doctrinales que los estudiosos del derecho han plasmado en sus respectivas obras, los que, sin duda alguna son de gran interés

¹⁴ Diccionario de la Lengua Española. Visión Jurídica Profesional. Casa ZEPOL, México, 1998-1999 Pág. 384

para esta investigación, pero por obvias razones hemos escogido a algunos autores en particular para el efecto de plasmar en este estudio desde diferentes enfoques los conceptos doctrinales de la donación, mismos que a continuación se plasman.

El Doctor LUIS MUÑOZ señala "Es evidente que la donación es un acto de liberalidad en virtud del cual una persona, el donante, se empobrece en una parte de su patrimonio en beneficio de otra persona que se enriquece con ella".¹⁵

El autor en comento incluye en su concepto claramente casi todos los elementos esenciales de la donación, tales como el ánimo de donar, lo que conocemos como liberalidad; que la cosa que se dona o libera sea parte integrante de su patrimonio; que esa liberalidad la hace con el fin de que la cosa donada pase a formar parte del patrimonio de otra persona, es decir, para que se enriquezca aquélla; en este aspecto consideramos que es atinado el concepto que maneja el Doctor Luis Muñoz, salvo que no incluye en su concepto la gratuidad de la donación ya que éste también es un elemento de esencia y también omite el incluir el acuerdo de voluntades de las partes respecto de la donación.

De igual forma el autor en comento no puntualiza en su concepto si la donación es un contrato, o un acto jurídico unilateral, consideramos que un concepto completo de la donación además de contener sus elementos de esencia debe especificar si se trata de una relación contractual, o si por el contrario se trata de un acto jurídico unilateral

¹⁵ MUÑOZ, Luis Derecho Civil Mexicano, Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1971, Pág. 318

Por su parte el maestro RICARDO TREVIÑO GARCÍA, señala que "Mediante el contrato de donación una persona llamada donante se obliga a transmitir gratuitamente el dominio de una parte o de la totalidad de sus bienes presentes a otra llamada donatario que acepta dicha transmisión en vida del donante".¹⁶

Este autor expone en una forma más completa y exacta el concepto de donación, pues incluye los elementos esenciales de ésta, tales como la liberalidad al mencionar la transmisión de una parte o la totalidad de sus bienes; señala que esa transmisión debe ser a título gratuito; debe hacerse hincapié en el hecho de que este autor puntualiza que la materia del contrato lo son los bienes presentes del donante, en este sentido el Maestro Treviño García ya descarta que puedan existir donaciones respecto de bienes futuros pues se estaría afectando la capacidad de goce del donante; además abunda en el hecho de que la donación es un contrato y evidencia la necesidad de que el donatario manifieste expresamente la aceptación respecto de la donación, en esta vertiente debemos considerar que para este autor es necesaria la aceptación del donante respecto de la donación dada la naturaleza contractual de ésta; también hace referencia al hecho de que la aceptación de la donación por parte del donatario debe hacerse en vida del donante, ya que de lo contrario la donación no podría surtir efectos en razón de eventuales problemas jurídicos que se pudieran verificar con los herederos del donante.

En este orden de ideas, el maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ sostiene que "Es un acto de liberalidad en forma de acuerdo de voluntades, en virtud del cual una persona a la que se designa como donante, se obliga a transmitir

¹⁶ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. 5ª Edición. Editorial McGraw Hill, México, 1999, Pág. 89

gratuitamente a otra persona que se designa donatario, una parte o la totalidad de sus bienes pecuniarios presentes".¹⁷

En el concepto del Maestro GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, se contienen varios de los elementos esenciales de la donación, pues especifica que la donación se trata de una liberalidad que realiza una persona a la que se le denomina donante, que esa liberalidad puede ser respecto a una parte o la totalidad de sus bienes pecuniarios, pero al respecto impone una limitación al decir que dichos bienes deben ser presentes, excluyendo así los futuros, respetando con ello la capacidad de goce del donante, deja muy claro que la liberalidad que se realiza mediante la donación debe ser a título gratuito, pues éste es la esencia de la donación, especifica que debe existir un acuerdo de voluntades, esto es que el donante debe tener la plena voluntad de realizar la liberalidad y el donatario debe expresar su aceptación respecto de la donación que le fue realizada, con ello se cumple con el requisito esencial que reviste la aceptación de la donación por parte del donatario, ya que sin este elemento la donación no se perfecciona, pues podría darse una liberalidad respecto de bienes presentes de una persona a la que le denominamos donante, quien realiza esa liberalidad en forma gratuita, pero si ésta repudia esa donación la liberalidad no se da, pues los bienes no han salido del patrimonio del donante, y el donatario al no haber aceptado la donación no obtuvo incremento alguno en su patrimonio, también consideramos que este autor omitió el incluir la importancia que representa que la aceptación del donatario respecto de la donación se realice en vida del donante

¹⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. 10ª Edición. Editorial Porrúa, México, 1996, Pág. 1201

Otro importante tratadista como es RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL, nos dice que la donación es un "Contrato por el que una persona, llamada donante transmite gratuitamente parte de sus bienes presentes a otra persona, llamada donatario, debiendo reservarse para sí bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones".¹⁸

La anterior definición aporta un elemento que otros doctrinarios no mencionan respecto del donante, al señalar que éste debe "reservarse para sí bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones..." en nuestro particular criterio, el maestro Sánchez Medal incluye acertadamente este elemento al considerar que no es factible que una persona realice donación de todos sus bienes quedando desprotegida, procurándose para sí la miseria total, el fin de la donación es el ser altruista, el realizar un fin bondadoso, por tanto, no se puede considerar la realización de un sentimiento altruista a costa de empobrecimiento total del donante, es en razón de ello que este autor no incluye en su definición la totalidad de los bienes y sólo habla de una parte de ellos a diferencia de otros autores que señalan que puede haber donación respecto de una parte o la totalidad de los bienes del donante.

Por otra parte, consideramos que esta limitación se dirige en esencia a la protección de los dependientes del donante, quienes deben contar con una seguridad y estabilidad económica, ya que al realizarse una donación excesiva se afectaría gravemente el patrimonio de la familia del donante, a sus dependientes

¹⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón De los Contratos Civiles 8ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1986, Pág. 201

económicos y a sus acreedores; se acarrearía con ello la miseria total para el donante y ese no es el fin de la donación, además, no sería lógico realizar una donación respecto de la totalidad del patrimonio sin haberse reservado por lo menos lo necesario para vivir, de ahí que en la actualidad esa clase de donaciones se puedan revocar por la afectación que propician al patrimonio de familia.

El autor en comentario omite al igual que el maestro Gutiérrez y González, incluir en su definición la importancia de la aceptación de la donación por parte del donatario, requisito sin el cual como ya mencionamos la donación no sería eficaz, por lo demás consideramos que esta definición reúne la mayoría de los requisitos esenciales de la donación y aporta un elemento importante de considerarse como lo es que el donante reserve lo mínimo necesario para su subsistencia, la de sus dependientes y para cumplir con sus acreedores.

Continuando con los grandes tratadistas nos encontramos con el maestro MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA, quien conceptúa la donación diciendo: "El contrato de donación es aquél por virtud del cual una persona llamada donante se obliga a entregar gratuitamente a la otra llamada donatario, una parte o la totalidad de sus bienes presentes, debiéndose reservar lo necesario para vivir según sus circunstancias y que produce el efecto traslativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato".¹⁹

Observamos de nueva cuenta en el concepto antes vertido que se incluye el elemento que en líneas anteriores hemos tratado, nos referimos al hecho de que el

¹⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. 6ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1996. Pág 127

donante al realizar una donación debe de reservarse lo necesario para vivir, en efecto este elemento es esencial en el sentido de que vela por los intereses de la familia del donante, pues limita la donación a no afectar el patrimonio del donante en su totalidad, dejando a salvo los bienes necesarios para la subsistencia del donante y sus dependientes, este elemento rector se encuentra vigente en la legislación, pues una donación excesiva puede ser disminuida o revocada por los medios legales ya que se afectan derechos de terceros como lo es la familia y los acreedores del donante, en este sentido somos acordes con el autor en cita quien incluye acertadamente en su concepto este elemento al considerarlo de importancia.

ZAMORA Y VALENCIA, manifiesta en su obra "Contratos Civiles" que en su concepto, la donación es un contrato y en ese sentido debemos considerar que debe existir un acuerdo de voluntades entre las partes, es decir, que el donante sin coacción alguna tenga el deseo de realizar una liberalidad y que el donatario tenga la libre voluntad de aceptar esa donación, cierto es que el autor en comento no puntualiza en el hecho de la aceptación de la donación por parte del donatario, pero al señalar que se trata de un contrato debemos entender que existe aceptación de ambas partes en la donación, asimismo el concepto que se analiza estatuye claramente que sólo puede haber donación respecto de bienes presentes y excluye así los futuros, respetando con ello la capacidad de goce del donante, en este aspecto coincidimos con este tratadista y consideramos que su concepto es completo y atinado

Sin duda alguna con relación a los doctrinarios de los cuales hemos vertido sus definiciones respecto de la donación, especifican con claridad los elementos de esencia de esta figura jurídica, algunos de ellos vierten su idea en un sentido más

complejo, pero todos incluyen en sus conceptos entre otras cosas las siguientes: la gratuidad del acto; que sólo existe donación respecto de bienes propios y presentes; que se debe reservar al donante los bienes necesarios para vivir y cumplir con sus dependientes o acreedores, y por considerar a la donación como un contrato también se incluye la voluntad de las partes, uno el donante en realizar la liberalidad sin contraprestación alguna, y el otro el donatario en aceptar sin coacción alguna y sin compromiso la donación que se le hace.

2.3 CONCEPTO LEGAL

En este apartado, como su mismo nombre lo indica, haremos mención del concepto que la ley sobre la donación hace. Como todos sabemos nuestro país se compone de estados federados y la mayoría de éstos, adoptan en líneas generales las prescripciones del Código Civil vigente en el Distrito Federal, pues son las que le sirven de base jurídica, por tal razón son totalmente afines los conceptos legales de donación que contemplan tanto el Código Civil del Distrito Federal, como la de los Estados de la República.

Por lo anterior, solamente plasmaremos la esencia de los preceptos legales que regulan el contrato de donación en los Códigos Civiles del Distrito Federal y de los Estados de México, Hidalgo y Baja California.

LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

El concepto legal de donación lo encontramos plasmado en el Código Civil del Distrito Federal, en el artículo 2332 el cual a la letra dice lo siguiente:

"Artículo 2332. Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes".

Como se desprende de la lectura de este artículo observamos que en efecto, en el Distrito Federal se conceptúa a la donación de una forma muy simple, pero en la que se reúnen los requisitos de esencia, pues señala que se trata de un contrato y que por medio de éste una persona transfiere a otra, gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes, en este aspecto debemos hacer hincapié que la ley de la capital del país considera que la donación sólo se da respecto de los bienes presentes de una persona, es decir, que opera únicamente respecto del patrimonio del donante, en el hecho que éste, debe realizar una liberalidad respecto de sus bienes a otra, en el Distrito Federal se impone una limitación, la cual consiste en que la donación sólo se puede realizar respecto de bienes presentes del donante y así no se afecte su capacidad de goce; en este orden de ideas, esta legislación al comenzar la exposición de su concepto estatuye que la donación es un contrato y, por tanto, al hablar de contrato hace referencia al acuerdo de voluntades que debe existir entre el donante y el donatario; el código en cita fuera de la limitación ya señalada no incluye en su definición alguna otra, como lo pudiera ser el elemento que varios de los doctrinarios que hemos tratado incluyen en sus conceptos, como lo es que el donante se reserve lo necesario para vivir y para cumplir con sus dependientes, aunque debemos señalar que si bien en el concepto no incluye esta

limitación dicho código hace referencia a varias limitaciones en artículos posteriores de los que nos ocuparemos más adelante, sólo debemos resaltar el hecho de que la ley en comento retoma en su concepto que la donación debe darse respecto de bienes, en este aspecto cabría la pregunta ¿los órganos, tejidos y fluidos humanos se pueden considerar bienes que pertenecen al patrimonio de una persona? ¿y si no es así por qué existe la donación de órganos, tejidos y fluidos humanos?, de estas interrogantes nos ocuparemos más adelante.

LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO.

Por su parte la legislación del Estado de México conceptúa la donación en su Código civil de la siguiente manera:

Artículo 2186. Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

No encontramos diferencia alguna entre este concepto y el que expresa el Código Civil del Distrito Federal, pues en el Estado de México la donación también se considera un contrato y por ello la voluntad de los contratantes es condición que determina su existencia y validez, de igual forma se considera que la donación existe solo respecto de bienes, y en este aspecto se considera que se habla de bienes que integran el patrimonio del donante, ya que no habría donación en donde una persona ejerce una liberalidad respecto de bienes que no son de su patrimonio, puesto que los bienes que se deben afectar deben ser los propios, en efecto, además de ello la Legislación Mexiquense refiere que los bienes susceptibles de donar deben ser los presentes, es decir, aquellos que se tienen al momento de realizar la donación, por

tanto, exceptúa a los bienes futuros de poder ser materia de donación pues con ello se afectaría la capacidad de goce del donante, en esta vertiente también es cuestionable la existencia de una donación de órganos tejidos y fluidos humanos, puesto que este Código Civil no da pauta para que los órganos humanos se consideren bienes y mucho menos que formen parte del patrimonio de alguien, entonces cómo es posible que se hable y se dé en la práctica la donación de órganos, tejidos y fluidos humanos siendo que la figura de la donación, este tipo de contrato, no es el aplicable en los procedimientos de trasplantes de órganos ya que como más adelante se evidenciará, los órganos humanos no pueden ser considerados bienes, no pueden ser considerados parte del patrimonio de las personas y mucho menos pueden ser objeto de contratación.

LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL ESTADO DE HIDALGO.

Ahora bien, en cuanto a la legislación vigente en el Estado de Hidalgo encontramos el concepto legal de donación en el Código Civil en el siguiente artículo:

Artículo 2314.- Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

Parece ser que la mayoría de las legislaciones locales de las Entidades federativas que componen nuestro país, han retomado el concepto de donación tomando como base jurídica el concepto establecido en la capital del país, pues no cabe duda que la donación es considerada como un contrato y esto implica el ya tantas veces mencionado acuerdo de voluntades que debe existir entre el donante y

donatario, pero qué pasa en las donaciones de órganos, tejidos y fluidos humanos cuando el donante del órgano, tejido o fluido humano ha muerto y nunca expresó su voluntad de ser donador, en dónde está ese elemento esencial que da la condición de contrato a esta figura jurídica denominada donación, si no hay acuerdo de voluntades, cómo es que la donación se verifica, cómo es que las legislaciones locales no han tomado en cuenta este hecho.

LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA.

Por su parte en el Estado de Baja California en concepto legal de donación lo encontramos en el Código Civil en el artículo que a continuación se plasma:

Artículo 2206. Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

De nueva cuenta nos encontramos frente a otro concepto legal de donación que es similar al plasmado en las legislaciones que hemos tratado en líneas que anteceden, en Baja California se considera a la donación como un contrato, dicho contrato es gratuito, que se verifica respecto de bienes presentes del donante, quien los trasmite ya en parte, ya en su totalidad a otro que en derecho se le conoce como el donatario; en esta legislación no se considera en ninguno de sus preceptos la posibilidad de donación respecto de órganos, tejidos y fluidos humanos, además, todas las legislaciones locales excluyen por lógica jurídica la posibilidad de donaciones de esta índole, pues limitan la materia de las donaciones a bienes, es

decir, muebles, inmuebles, y derechos y en esta clasificación no encuadran los órganos, tejidos y fluidos humanos.

Debemos señalar que el concepto de donación que se maneja en la mayoría de los derechos proviene del antiguo derecho romano, ya que es la filosofía, el pensamiento romano el que prevalece y que sirve como antecedente, dando así origen a los conceptos que en la actualidad se manejan.

Así las cosas, en el derecho romano siempre se puntualizó que la donación era un acto de liberalidad, un acto que se fundaba en un sentimiento altruista, pero solo podía existir respecto de bienes, objetos que se consideran parte del patrimonio de una persona, objetos, muebles, inmuebles e incluso créditos, se imponía como condición que la cosa mueble o inmueble se encontrara dentro del comercio, que fuera posible en la naturaleza, que la donación no fuera contraria a las buenas costumbres y que no afectara derechos de terceros como lo eran los dependientes económicos del donante, sus acreedores y familiares directos como lo son su cónyuge e hijos, estas generalidades y principios han sido retomadas por la mayoría de los derechos existentes.

2.4 ELEMENTOS DEL CONCEPTO

En este apartado enfocaremos nuestro trabajo en especificar cuáles son los elementos esenciales del concepto de donación, identificaremos cuáles son los aspectos que lo diferencian de cualquier otro tipo de acto jurídico, de cualquier otro

contrato y en este sentido tenemos que para el maestro MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA, las características de la donación son las siguientes:

I.- Es un contrato traslativo de dominio, pues para que la donación se verifique forzosamente el donante deberá transmitir el dominio de la cosa mueble o inmueble que libera a favor del donatario, en este sentido la donación no se actualizaría si sólo lo que se transmite es la tenencia o el goce de la cosa, debe haber una liberalidad en toda la extensión de la palabra, esto es que lo que se dona salga en su totalidad del patrimonio del donante, en este aspecto también es muy importante la aceptación de la donación por parte del donatario ya que si la donación fuere repudiada la transmisión del dominio de la cosa no se actualiza y por ende la donación no se perfecciona, teniendo como consecuencia que ésta no exista.

II.- Es un contrato que implica siempre una liberalidad por parte del donante. La transmisión de la propiedad es gratuita. En efecto la donación fundamenta su existencia en una liberalidad que el donante realiza respecto de bienes propios, no se puede concebir una donación en donde el donante realice una liberalidad respecto de bienes ajenos, pues en todo caso sería un acto jurídico nulo, los bienes a afectarse deben ser presentes y propios del donante; la liberalidad siempre deberá a ser a título gratuito, esto es, sin solicitar una contraprestación a cambio de la donación pues en tal sentido estaríamos en presencia de otro tipo de contrato o acto jurídico, debemos entonces recordar que la donación debe estar dotada de ese elemento conocido como *animus donandi*, es decir, el ánimo de donar, ese sentido altruista de ayuda.

III.- El objeto del contrato debe recaer sobre bienes o derechos presentes de carácter patrimonial que sean propiedad del donante en el momento de la celebración del contrato. En este elemento se retoman cuestiones que ya hemos comentado en los anteriores puntos, tales como que el objeto de la donación debe ser forzosamente bienes o derechos presentes del donante, la existencia de esos bienes y derechos al momento de la celebración del contrato es fundamental ya que no se pueden realizar donaciones respecto de bienes o derechos futuros que en esencia afectan la capacidad de goce del donante, pues esto acarrearía la inexistencia de la donación, además, que tratándose de donaciones futuras queda al arbitrio del donante el adquirir o no el bien o derecho materia de la donación futura, se debe considerar en este aspecto que la donación implica un empobrecimiento del donante y un incremento en el patrimonio del donatario que se verifica a raíz de la donación, por ello se exige que la transmisión de dominio del bien o bienes donados se verifique al momento de la aceptación de ésta, o de lo contrario que el bien donado se encuentre dentro del patrimonio del donante aunque la entrega se haga con posterioridad, por ello se considera que la liberalidad debe ser sobre bienes o derechos que constituyan el patrimonio presente del donante.

El maestro ZAMORA Y VALENCIA, realiza una atinada observación al mencionar en su tratado ya citado anteriormente e intitulado "Contratos Civiles" que "No debe confundirse la liberalidad con la donación, ya que toda donación es una liberalidad pero no toda liberalidad es una donación".

En efecto como lo menciona el tratadista en comentario no toda liberalidad es donación puesto que una persona puede realizar una liberalidad con el fin de fincar una donación a favor de una persona, pero si ésta la repudia a pesar de que existe la

liberalidad, la donación no se realiza. De esta forma vemos cómo es necesario que todos y cada uno de los elementos contenidos en el concepto de donación se actualicen para que este contrato exista y por ende, sea eficaz; podemos citar

ejemplos de liberalidades que por no cumplir con los requisitos de esencia de la donación no se consideran como tal, así tenemos el comodato, el depósito, el mandato, la remisión de deuda, la prenda, la hipoteca, etc.

ENNECCERUS LUDWING, señala que "La donación, en primer lugar es un contrato, esto es, que requiere para su perfeccionamiento del acuerdo de voluntades de las partes, para transmitir el dominio de un bien o la titularidad de un derecho en forma gratuita, ya para aceptar esa transmisión. En segundo lugar, debe recaer sobre bienes o derechos de carácter patrimonial que sean propiedad del donante en el momento del perfeccionamiento del contrato y, en tercer lugar, debe existir un aumento en el patrimonio del donatario en la medida que se disminuya el patrimonio del donante".²⁰

El maestro RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL, identifica varios elementos entre ellos elementos personales, reales y formales.²¹

Dentro de los elementos personales de la donación nos habla de la necesidad de que el donante tenga plena capacidad de ejercicio, esto es que se encuentre legalmente legitimado para disponer de aquél o aquellos bienes o derechos de los

²⁰ LUDWIG, Enneccerus. Derecho de Obligaciones. Volumen II. 1ª Parte. , año ¿????????? Pág 194.

²¹ Cfr SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa, Mexico 1988, Pág. 203 a 205

cuales habrá de disponer al realizar la liberalidad. Recalca en su tratado que los incapaces a pesar de tener capacidad de goce carecen de la de ejercicio, por lo que no pueden este tipo de personas realizar liberalidades.

Por lo que hace al donatario SÁNCHEZ MEDAL, afirma en su obra ya citada, que esta persona no requiere de capacidad de ejercicio ni de goce, pues esta última puede anticiparse por una ficción legal ya que se permiten realizar donaciones a un simple concebido, en este caso la aceptación de dicha donación se realiza por quien habrá de representarlo una vez que haya nacido y que haya permanecido vivo y viable, así también un incapaz podrá recibir donaciones al expresar su aceptación respecto de ella por medio de quien legalmente le represente para ello.

Por lo que hace a los elementos reales SÁNCHEZ MEDAL, nos dice que este elemento se refiere a la cosa donada la cual puede ser constituida por una cosa real o por un crédito, especifica que la donación por excepción a las reglas generales de otros contratos, éste tiene por objeto siempre bienes presentes, en este aspecto excluye a los bienes futuros, menciona que la razón de esta exclusión es porque quedaría al arbitrio del donante adquirir o no el bien futuro de cuya adquisición depende la donación que se ha planteado, también tiene que ver el no limitar la iniciativa o capacidad y progreso del trabajo del donante.

El autor en comento considera que el donante no puede realizar donación por la totalidad de sus bienes, pues considera que éste debe de reservarse los necesarios para poder vivir de acuerdo con sus propias circunstancias, además refiere que deberá reservarse bienes para cumplir con las obligaciones alimentarias que tenga, en caso contrario la donación podrá ser declarada nula, o en su caso será

disminuida para deducir las obligaciones del donante como son las obligaciones de alimentos.

En cuanto a los elementos formales SÁNCHEZ MEDAL, manifiesta que las donaciones que tengan un valor menor a doscientos pesos se podrán realizar en forma consensual o verbal y que las que se excedan serán formales; agrega nuestro autor que éste es uno de los contratos que exige más formalidades, pues ningún otro contrato traslativo de dominio requiere de la forma escrita y de la escritura pública cuando el objeto se trata de muebles, por lo que hace a donaciones cuyo objeto sean muebles cuyo valor oscile entre los doscientos y los cinco mil pesos la forma que deberá revestir ese contrato será escrita y cuando el objeto de la liberalidad rebase la cantidad de cinco mil pesos deberá revestir la formalidad de elaborarse mediante escritura pública, la exigencia de estas formalidades en las donaciones dice Sánchez Medal es con el propósito de que el donante reflexione respecto del paso que va a realizar será irreversible y que no se afecte el patrimonio de familia. Por lo que hace a las donaciones que versan sobre inmuebles éstas deberán realizarse en escritura pública siempre que sobrepasen en valor los quinientos pesos, las liberalidades de inmuebles cuyo valor sea menor a quinientos pesos podrán realizarse en documento privado que contenga las firmas de los contratantes y de dos testigos.

También hace referencia a la formalidad que reviste el hecho de la aceptación de la donación por parte del donatario ya que dicha aceptación deberá ser expresa, pues si el donante falleciera la oferta caduca y el contrato no se perfecciona, en esta vertiente se rompe con el principio de que la aceptación en los contratos puede ser tácita.

No sólo con el hecho de aceptar la donación por parte del donatario se perfecciona el contrato ya que se requiere hacer del conocimiento del donante la aceptación expresa realizada por el donatario respecto de la cosa donada para que el contrato se perfeccione y cause efectos jurídicos plenos, pues si el donante falleciere sin haber recibido la aceptación del donatario respecto de la donación ésta caduca y por lo tanto no se perfecciona.

Por lo que hace a las donaciones entre consortes el autor en comento se pronuncia de la siguiente forma: "En relación con estas donaciones entre consortes existe con razón una presunción *iuris tantum* que de cualquier pacto o contrato que un consorte transmita bienes a su cónyuge, aunque sea bajo la apariencia de ser a título oneroso, será considerado como donación y por tanto sujeto a revocación eventual de las donaciones entre consortes".²²

Por su parte el maestro RICARDO TREVIÑO GARCÍA: expresa que dentro de los elementos de la donación encontramos entre otros los siguientes:²³

- a) Es un contrato traslativo de dominio, ya que su principal objeto es transmitir la propiedad de las cosas o bienes que son materia del contrato, pues este aspecto se desprende de la propia definición que encontramos contenida en el artículo 2332 del Código Civil del Distrito federal

²² Cfr. SANCHEZ MEDAL, Ramon. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa, México 1988. Pág. 206

²³ Cfr. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. LOS CONTRATOS CIVILES Y SUS GENERALIDADES. 5ª Edición, Editorial McGraw-Hill, México, 1995. Pág. 90 a 93

- b) Debe ser un contrato gratuito, este elemento se refiere a que sólo hay provecho para una sola de las partes, en efecto ya que la donación implica una liberalidad que es realizada por una sola de las partes y dado que esa liberalidad por requisito debe realizarse sin que exista alguna obligación de dar, hacer o no hacer, lo que implica la inexistencia de contraprestación a cambio de la donación, luego entonces para que la donación se verifique en la realidad debe ser puramente gratuita, tal y como queda establecido en el artículo 2332 del Código Civil del Distrito Federal en donde se incluye "Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente...".

Por lo que hace a las donaciones onerosas señala el tratadista Treviño García "en aquellos casos en que se imponen determinados gravámenes al donatario, como es el caso de las donaciones onerosas, sólo se considera donación el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deduciendo de él las cargas impuestas, por lo que la donación sigue siendo un contrato esencialmente gratuito".²⁴

- c) Es un contrato unilateral tratándose de donaciones simples, en donde no se impone alguna carga al donatario, y por lo que hace al deber de gratitud que existe en todas las donaciones éste es una consecuencia de la gratuidad del contrato; con relación a la consideración que hace el maestro Ricardo Treviño quien considera a la donación un contrato unilateral cuando no existen cargas que deba cumplir el donatario, existen detractores de esta idea quienes señalan que toda donación se considera un contrato y por ende debe existir acuerdo de voluntades, puesto que el

donante al realizar la liberalidad pone de manifiesto su deseo de realizar la donación, pero el donatario debe de aceptar la donación en forma expresa y además de ello debe dar cumplimiento a la policitud, es decir, enterar al donante que ha aceptado la donación que se le realizó.

Pero nuestro autor considera que también existen donaciones que tienen una esencia de bilateralidad, pues considera que las donaciones en las que se les imponen ciertas cargas al donatario o tratándose de donaciones universales el donatario debe responder de las deudas existentes del donante hasta la fecha de la realización de la donación y hasta por el monto del valor de la donación, en este sentido, TREVIÑO GARCÍA, considera que se trata de un contrato bilateral.

- d) El objeto de la donación lo es una parte o la totalidad de los bienes presentes del donante, no se pueden donar bienes futuros, y con relación a los bienes materia de la donación el donante debe tener plena capacidad para disponer legalmente de los bienes que habrá de liberar de su patrimonio.

De lo vertido en este punto de estudio que se dirigió a determinar los elementos del concepto de donación, podremos concluir que dichos elementos son en esencia los siguientes:

1. La donación es un contrato dado que así se ha considerado desde el antiguo derecho romano y esa idea ha prevalecido hasta nuestros días

²⁴ Cfr Ibidem Pag 92

pues en todas las legislaciones de las Entidades federativas de nuestro país se considera un contrato, ya que para que se verifique se necesita forzosamente de un acuerdo de voluntades entre las partes, esto es que el donante tenga la plena intención de donar y que el donatario exprese en forma inequívoca su aceptación respecto de la donación al donante.

2. Se trata de un contrato traslativo de dominio ya que su finalidad es transmitir la propiedad de un o unos bienes o derechos que originalmente son del donante a otra persona llamada donatario, lo que implica que salga del patrimonio del donante una parte de su riqueza sufriendo así por voluntad propia un detrimento en su patrimonio y por su parte el donatario experimenta un enriquecimiento en proporción al empobrecimiento que ha sufrido el donante.

3. Se trata de un contrato en esencia gratuito, pues es condición de la donación que se cumpla con el *animus donandi*, esto es, que con relación a la liberalidad que realiza el donante, el donatario no tiene obligación de realizar contraprestación alguna ya que de lo contrario nos encontraríamos en presencia de otro tipo de contrato pero no del de donación, la donación se debe realizar sin limitación ni condición alguna, pues en las conocidas donaciones onerosas en las que se impone una carga al donatario se considera que sólo es donación la parte o valor que surja como excedente una vez que se haya deducido el valor de las cargas impuestas al donatario, por lo que aún así, sólo se

considera donación lo que se da en forma gratuita sin contraprestación alguna a cambio.

4. Es un contrato bilateral pues se requiere de la voluntad de ambas partes donante y donatario, el primero en realizar la liberalidad y el otro en aceptarla, cabe hacer hincapié que puede haber liberalidad pero si el donatario no acepta la donación entonces ésta no surge, luego entonces no hay donación, por ello consideramos que la donación es un contrato esencialmente bilateral.

5. El objeto del contrato lo es el patrimonio del donante, sus bienes o derechos, pero éstos deben ser presentes, ya que no son materia de donación los bienes o derechos futuros por ser de realización incierta y porque no se cumple con la disminución del patrimonio del donante y el enriquecimiento del patrimonio del donatario, en este orden de ideas, los bienes que son materia de la donación deben ser propiedad del donante pues no puede existir donación si el donante dispone de bienes que no son parte de su patrimonio, ahora bien, como ya lo hemos señalado la donación tiene por objeto transmitir el dominio de los bienes o derechos materia del contrato y por tanto el donante debe estar legitimado para poder afectar su patrimonio, por lo que los incapaces no pueden realizar donaciones, aunque si pueden aceptarlas por medio de quien legalmente los represente y en el caso de los concebidos pero no nacidos pueden aceptar donaciones por medio de quien los representará una vez que hayan nacido y sean viables.

Mucho se ha hablado respecto de que no puede haber donación de la totalidad de los bienes del donante puesto que se afectaría el patrimonio de familia y posiblemente derechos de terceros como pudieren ser acreedores o dependientes económicos, por ello, la ley señala que el donante deberá de reservarse una parte de sus bienes para poder vivir de acuerdo a sus circunstancias y cumplir con sus acreedores alimenticios y de otra índole, y se estipula que las donaciones que se realicen por la totalidad de los bienes de una persona será nula o podrá subsistir una vez que se hayan deducido la parte de los bienes o derechos que sirvan para que el donante cumpla con sus obligaciones ya mencionadas, aún al hablar de la totalidad de los bienes del donante, debe considerarse que ya éste se ha reservado los bienes necesarios para vivir y cumplir con sus obligaciones.

2.5 SU NATURALEZA JURÍDICA

Hablar de la naturaleza jurídica de la donación nos obliga a retomar los elementos de su concepto, retomar sus características ya que de ellas se desprende la naturaleza jurídica de este contrato, así que no debe serles extraño que volvamos a evocar elementos esenciales de la donación.

Desde nuestro particular punto de vista, la naturaleza jurídica del concepto donación se encuentra implícita en los elementos jurídicos que componen su concepto, la donación representa una liberalidad con pleno sentimiento altruista, es decir, de ayuda en la que el autor de la donación a quien se le denomina donante no

impone contraprestación alguna por la liberación que realiza, ya que como explicamos en el capítulo anterior la donación debe ser por esencia gratuita y en las donaciones onerosas sólo se considera que hay donación por cuanto hace al excedente que resulta una vez que se han deducido las cargas impuestas al donatario.

Sin duda alguna al estudiar la naturaleza jurídica de la donación ubicamos que se trata de un contrato, en efecto su naturaleza contractual se encuentra establecida en el acuerdo de voluntades que debe existir entre donante y donatario, el primero en formular la donación sin coacción alguna y el segundo en aceptar la donación que se le ha realizado y hacer del conocimiento del donante su aceptación, es por ello que en todas las legislaciones de las Entidades federativas se considera a la donación como un contrato, en esta vertiente debemos retomar el concepto de contrato el cual establece que es un acuerdo de voluntades que existe entre dos partes con el fin de crear y transferir derechos y obligaciones; una vez que se ha plasmado el concepto genérico de contrato podemos sin lugar a dudas puntualizar que la donación se adecua al concepto de contrato ya que en la donación debe existir un acuerdo de voluntades y éste se formula en razón de la transmisión gratuita de bienes que forman parte del patrimonio del donante y quien los libera sin contraprestación alguna al donatario, quien acepta expresamente la donación, obteniendo con ello un incremento en su patrimonio en proporción al empobrecimiento sufrido voluntariamente por el donante.

Ahora que se ha establecido que la donación es un contrato, podemos observar que éste pertenece a la clasificación de los contratos nominados pues tienen nombre que les distingue de otros contratos, además en las legislaciones

Locales se han establecido capítulos concretos que tratan de la donación, de sus aspectos y formalidades, ya que la donación si no es el contrato más formal es uno de los contratos al que se le exigen más formalidades para que surta efectos jurídicos.

Se trata, sin duda de un contrato bilateral, pues como ya expusimos en párrafos anteriores se requiere del acuerdo de voluntades entre las partes para que surta efectos, es decir, que es necesario que el donante tenga plena voluntad sin coacción alguna de realizar la liberalidad y que en su caso el donatario tenga la voluntad sin coacción alguna de aceptar la donación que se le hace; hemos referido en capítulos precedentes, que no basta que el donante lo libere para que se dé la donación ya que si el donatario repudia, al no verificarse los elementos de esencia de la donación, tales como el empobrecimiento del donante; el incremento del patrimonio del donatario; la aceptación expresa de la donación por el donatario; hacer del conocimiento del donante la aceptación de la donación; la omisión de alguno de estos puntos traería como consecuencia que la donación no exista.

Es un contrato traslativo de dominio, pues su principal fin es transmitir la propiedad de los bienes o derechos que originalmente son del donante al donatario, no basta con transmitir el uso y goce de los bienes, ese no es el fin ni la naturaleza del contrato de donación. Por medio de la donación el donante transfiere al donatario la propiedad de sus bienes o derechos presentes, las legislaciones de todas las Entidades federativas han incluido en sus respectivos códigos civiles que la donación es un contrato traslativo de dominio en razón de que por medio de él se transmite gratuitamente la propiedad de bienes o derechos presentes

Es un contrato principal, pues su naturaleza lo hace autónomo, es decir, que subsiste por sí mismo, no depende de ningún otro contrato para existir.

Es un contrato gratuito debido a que los beneficios o provechos los recibe sólo una de las partes, esto se da en razón de que como el contrato de donación es gratuito y tiene como elemento de esencia que debe existir un empobrecimiento del donante respecto a su patrimonio y el donatario por su parte debe obtener un incremento de su patrimonio en proporción al empobrecimiento del donante.

Es consensual en oposición a real, pues no necesita la entrega de la cosa para su perfeccionamiento ya que a partir del solo consentimiento de las partes la obligación de que el donante haga la entrega de la cosa al donatario es una consecuencia jurídica, así desde que el donatario ha expresado la aceptación de la donación y ha quedado enterado de ello el donante, la donación se perfecciona y produce efectos jurídicos plenos, sucede lo contrario en los contratos de índole real en donde para su perfeccionamiento se requiere de la entrega de la cosa materia del contrato.

Es consensual en oposición a formal, sólo cuando recae sobre bienes muebles cuyo valor no exceda del monto establecido en el Código civil de la Entidad Federativa en la que se realice el contrato, en el Distrito Federal, por ejemplo, se señala en los artículos 2341 a 2343 que no debe de pasar el valor del inmueble de doscientos pesos, visto esto todas las donaciones cuyo valor de los bienes que se donan no excedan los doscientos pesos el contrato será consensual

El contrato será por escrito cuando la donación recaee sobre bienes muebles cuyo valor sea mayor a doscientos pesos así lo señala el artículo 2344 del Código civil del Distrito Federal, pero cuando el valor del mueble exceda de los cinco mil pesos, la donación se deberá realizar en escritura pública.

Es esencialmente formal cuando la donación recaee sobre bienes inmuebles, pues así lo dispone el artículo 2345 del Código Civil del Distrito Federal. Cuando se habla de la formalidad de los contratos se refiere a que éstos deben revestir las formas impuestas en la ley que les regula, así las cosas en la donación cuyo objeto es la transmisión de un bien inmueble se debe cumplir con las formas que establece el Código civil tales como que la donación debe constar en escritura pública pasada ante la fe de un Notario; lo que el legislador buscó al imponer estas formalidades a la donación es fomentar en el donante la conciencia de la trascendencia del acto jurídico que va a realizar ya que las donaciones así realizadas son irrevocables.

Es de tracto sucesivo cuando el bien o derecho que el donante libera no se entrega al donatario al momento del perfeccionamiento del contrato, sino le es entregado al donatario posteriormente.

Es un contrato instantáneo cuando se hace la entrega de la cosa donada una vez que se ha perfeccionado la donación, en este aspecto se considera que el contrato se perfeccionó en un solo momento, tanto por el acuerdo de voluntades de las partes como por la entrega material de la cosa materia del contrato

En cuanto a sus elementos esenciales el Código civil del Distrito Federal señala en su artículo 2224 lo siguiente:

Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por la falta del consentimiento o de objeto que puede ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.

Ahora bien, al referirnos al consentimiento en la donación éste queda de manifiesto cuando el donante expresa su intención de transmitir el dominio de parte de sus bienes o derechos presentes en forma gratuita al donatario y por otra parte el donatario expresa su conformidad con la donación que se ha realizado a su favor, en este aspecto es importante hacer notar que tanto la liberalidad como la aceptación de la donación deberá realizarse tal y como lo establece la ley que regula este contrato, debemos recordar que el legislador estableció la obligación al donatario de hacerle del conocimiento al donante la aceptación de la donación, requisito sin el cual ésta no producirá efectos, y en caso de que muriera el donante sin que se le hubiere hecho saber la aceptación de la donación, en ese caso se correrá la misma suerte ya que no producirá efecto jurídico alguno la donación que así se hubiere pretendido realizar.

El objeto en la donación se refiere a una parte o la totalidad de los bienes o derechos presentes del donante, aunque el Código civil habla de una parte o de la totalidad de sus bienes presentes... esto debe entenderse que el donante se ha reservado los bienes suficientes para vivir según sus circunstancias y para cumplir con sus acreedores. por ello no se puede hablar de la totalidad de los bienes del

donante en un amplio sentido como se pudiera desprender de la lectura simple del concepto legal de donación expresado en el artículo 2332 del Código civil del Distrito Federal.

Por otra parte, la cosa donada debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio, así se estipula en el Código civil del Distrito Federal en su artículo 1825; el artículo 1827 del mismo ordenamiento establece que el objeto debe ser posible y lícito.

En cuanto a los elementos de validez de la donación son los mismos que se establecen para los contratos, en el Código civil del Distrito Federal se establece en el artículo 1795 interpretado a contrario sensu que son elementos de validez la capacidad, la forma, la licitud en el objeto, motivo o fin, la inexistencia de vicios en el consentimiento y cumplir con la forma en que debe ser expresado el consentimiento.

En cuanto a la capacidad para realizar donaciones la ley establece que deberá ser plena, es decir, contar con capacidad de goce y de ejercicio, contar con la mayoría de edad, estar en pleno uso de sus derechos, de sus facultades físicas y mentales.

El menor emancipado puede realizar donaciones de bienes muebles, pero requiere de autorización judicial para realizar donaciones de inmuebles, así lo establece el artículo 643 del Código civil del Distrito Federal.

Las personas que ejercen patria potestad sobre menores no pueden realizar donaciones respecto de los bienes que forman parte del patrimonio de los que se

encuentran bajo su potestad, así lo estatuye el artículo 436 del Código del Distrito Federal.

En cuanto a los cónyuges, éstos no requieren de autorización judicial para realizarse donaciones.

El tutor de un incapacitado, no puede realizar donaciones respecto de los bienes propiedad del incapaz, así lo refiere el artículo 576 del Código civil del Distrito Federal.

En cuanto a la capacidad para recibir donaciones, la ley no exige que se cuente con capacidad de ejercicio, sino sólo la de goce, de tal forma que los incapaces pueden recibir donaciones aceptando éstas por medio de sus tutores, los menores de edad podrán aceptarlas por medio de quienes ejerzan patria potestad sobre ellos, incluso los no nacidos pueden aceptar donaciones gracias a una ficción en la ley que consiste en que quien acepta la donación es quien ejercerá la patria potestad una vez que halla nacido, para que esta donación surta efectos plenos sólo se requiere que una vez que nazca el producto permanezca vivo y viable.

Es claro que el legislador dio la posibilidad para que el concebido reciba donaciones, pero le impone la condición de que deberá nacer viable, esto es permanezca vivo veinticuatro horas o en su caso sea presentado vivo ante el Oficial del Registro Civil.

En la donación que se realiza a un concebido tal parece que se rompe con el aspecto bilateral de este contrato, pues no se verifica la aceptación del donatario,

quien al momento de la donación aún no ha nacido, pero consideramos que la aceptación se encuentra dada ya que la ficción que se realiza al conceder que quien ejercerá la patria potestad sobre el concebido una vez que nazca, pueda aceptar la donación a su nombre y representación, aunque hay detractores de esta idea como lo es el maestro Ricardo Treviño quien considera que en este aspecto se trata de un contrato unilateral.²⁵

Por lo que hace a la forma del contrato de donación volvemos a retomar que es consensual cuando recae sobre bienes muebles cuyo valor no excede los doscientos pesos y se deberá realizar por escrito cuando el mueble sobrepasa la tasa de los doscientos pesos pero no de los cinco mil, y cuando exceda de los cinco mil pesos la donación se elaborará en escritura pública, ahora bien la donación que versa sobre inmuebles deberá cumplir con las formalidades de compraventa, así lo señala el artículo 2345 del Código civil del Distrito Federal, luego entonces dicha donación se realizará en escritura Pública pasada ante la fe de un Notario, debiéndose por tanto inscribir en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del lugar en donde se efectúe la operación.

2.5.1 LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

El Código civil del Distrito Federal nos da el concepto legal de donación en el artículo 2332 en donde nos dice que se trata de un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes. Como ya hemos referido en puntos anteriores este concepto legal es muy simple

²⁵ Op Cit Pág 92

pero contiene elementos de esencia de la donación, aunque es imperante atender a la lectura del título cuarto, capítulo primero de dicho ordenamiento, pues ese apartado se concreta a hablarnos de la donación, sus aspectos, sus consecuencias, sus formalidades.

En este sentido, vemos que el ordenamiento en comento señala en su artículo 2333 que los bienes futuros no son susceptibles de donación.

Nos brinda el Código civil de la capital del país en el artículo 2234 una clasificación de las donaciones que a saber son las siguientes:

- a) Puras.- Las que se otorgan en términos absolutos sin condición alguna de por medio (artículo 2335)

- b) Condicionales.- Aquéllas a las que para que surtan efectos o se puedan perfeccionar dependen de la realización de acontecimiento incierto (artículo 2335)

- c) Onerosa.- Aquélla que se realiza imponiendo el cumplimiento de gravámenes al donatario (artículo 2336)

- d) Remuneratoria.- Aquélla que se realiza en atención a servicios recibidos por el donante y que éste no tiene obligación de pagar (artículo 2336)

Con relación a las donaciones onerosas sólo se considera materia de donación, el exceso que hubiere en el precio de la cosa, una vez que se han deducido las cargas que pesan sobre él (artículo 2337)

Un aspecto muy importante representa lo contenido en el artículo 2338 que señala que la donación sólo puede tener lugar entre vivos y no pueden revocarse sino en los casos que establece la ley.

Con respecto a las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por lo dispuesto en el libro tercero del código que nos ocupa y que se refiere a las sucesiones, así lo señala el artículo 2339, asimismo dicho artículo expresa que las donaciones entre consortes se regirán por lo concerniente al matrimonio, concretamente por lo establecido en el capítulo VII y VIII, del título V, libro I, que se refiere a las donaciones antenuptiales y entre consortes.

Por disposición del artículo 2340 la donación se perfecciona desde que el donatario la acepta y hace saber su aceptación al donador.

Las donaciones verbales sólo se pueden realizar tratándose de bienes muebles y sólo producen efectos si se trata de bienes muebles cuyo valor no excede de doscientos pesos (artículos 241, 242 y 243)

La donación debe ser por escrito cuando excede de doscientos pesos pero no los cinco mil pesos (artículo 2244)

Tratándose de donaciones de bienes inmuebles se deberá cumplir con las exigencias que para una compraventa exige la ley, tales como realizarse en escritura pública pasada ante la fe de un Notario y deberá ser inscrita dicha escritura en el Registro Público de la Propiedad (artículo 2345)

Las donaciones deberán ser aceptadas en la misma forma en que fueron realizadas, esto es si se realizó en forma verbal así se realizará su aceptación, si fue por escrito de la misma forma deberá constar su aceptación, si se realizó la donación mediante escritura pública debe en esa misma forma constar la aceptación de la donación por parte del donatario, pero en todos los casos se deberá enterar al donante de la aceptación de la donación, la aceptación no producirá efectos si no se realizó en vida del donante, existiendo como consecuencia que la donación no se verifique (artículo 2346)

Por su parte el artículo 2347 establece que es nula la donación que se realice por la totalidad de los bienes del donante, si éste no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias. He aquí la aparente contradicción que existe entre el artículo 2332 y el 2347 pues el primero menciona que se puede realizar donación de una parte o de la totalidad de los bienes, mientras que el segundo artículo en comento aclara que es nula la donación que se hace por la totalidad de los bienes si el donante no se reservó en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir de acuerdo a sus circunstancias, en este contexto consideramos que lo señalado en el artículo 2347 es una norma protectora del patrimonio de familia y de los derechos de los acreedores del donante ya alimenticios ya de otra índole pues resultarían afectados ante la realización de una donación por la totalidad de los bienes de su deudor (artículo 2348) Por tanto como fue considerado desde el

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

antiguo Derecho romano al hablar de la totalidad de los bienes del donante se debe entender que son los bienes que resulten una vez que el donante ya se haya reservado en propiedad o en usufructo los bienes necesarios para vivir según sus circunstancias, en caso de una donación general cuando el donante se reserva bienes para testar, sin ninguna otra declaración, se entenderá que se ha reservado la mitad de los bienes donados.

En cuanto a la evicción, el donante sólo se obliga a ésta si así lo expresó en el contrato.

Por lo que hace a donaciones que se realizan con la obligación de pagar deudas del donante, el donatario estará obligado al pago de las deudas que sean ciertas y anteriores a la donación (artículo 2353) Esto quiere decir, que el donatario sólo responderá de las deudas contraídas por el donante y que puedan ser comprobadas como ciertas y anteriores a la fecha de donación.

Si la donación hubiere sido hecha sobre bienes determinados, el donatario no responderá de las deudas del donante, sino sólo en los casos en que sobre el bien donando pese algún gravamen como una hipoteca, prenda, etc. (artículo 2354) Por otra parte el artículo 2355 señala que si la donación comprende todos los bienes del donante el donatario responderá de todas las deudas del donante que haya contraído con anterioridad a la fecha de la donación y cuya fecha sea auténtica, pero sólo responderá de esas deudas hasta por el monto de lo donado

Las donaciones que consisten en prestaciones periódicas se extinguen con la muerte del donante (artículo 2356).

El Código civil del Distrito Federal dispone que los no nacidos puedan adquirir por donación, basta que hayan estado concebidos al tiempo que se hizo aquella y que nazcan viables (artículo 2357).

La donación que se realice mediante la simulación de otro contrato a personas que conforme a la ley no puedan recibirlos será nula ya se haga por un modo indirecto o por interpósita persona (artículo 2358).

La donación puede ser revocada cuando el donante sin hijos realizó donación y con posterioridad a ella le nace algún hijo viable, el término que el donante tiene para revocar la donación es de cinco años, si durante este tiempo el donante no revoca la donación ésta será irrevocable, si el donante muere durante los cinco años que tiene para realizar la revocación sin haber ejercitado su acción también se considerará la donación irrevocable, si durante ese tiempo naciera un hijo póstumo del donante la donación se entenderá revocada en su totalidad (artículo 2359).

Por disposición del artículo 2361 las donaciones no pueden ser revocadas en los siguientes casos:

- 1 Cuando sean menores de doscientos pesos.
- 2 Cuando sea antenupcial.
- 3 Cuando sea entre consortes
- 4 Cuando sea puramente remuneratona

Cuando los bienes no puedan ser restituidos en especie, el valor exigible será aquél que tenían los bienes al tiempo de la donación (artículo 2364).

La donación puede ser revocada por ingratitud del donatario cuando comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge de éste; también cuando el donatario se ha rehusado socorrer al donante que ha venido a pobreza (artículo 2370).

Este ordenamiento contempla la reducción de las donaciones con el fin de que el donante cumpla con su obligación de ministrar alimentos a sus acreedores alimenticios, al respecto se empezará por afectar la donación más reciente hasta llegar a las más anteriores (artículo 2376).

2.5.2 LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL ESTADO DE MÉXICO.

En el Código civil del Estado de México encontramos, en el artículo 2186 el concepto legal de donación en el que se señala que Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes. En este concepto se aprecia que no hay cambio alguno o diferencia en comparación con el contenido en el Distrito Federal, en el concepto de la legislación del Estado de México también se incluyen algunos elementos de esencia, la definición es simple y por ello requiere de la existencia de más artículos que especifiquen las características, aspectos y formalidades, por ello en este

apartado nos referiremos a los preceptos contenidos en el Código civil Mexiquense con relación a la donación.

En el artículo 2187 se establece claramente que no puede haber donación respecto de los bienes futuros.

También en el artículo 2188 se señala la clasificación de las donaciones:

- a) Pura.- La que se otorga en términos absolutos artículo (2189).
- b) Condicional.- Aquélla que para que se verifique depende de un acontecimiento de realización incierta artículo (2189).
- c) Onerosa.- La que se hace imponiéndose al donatario algunos gravámenes. En este aspecto debemos señalar que en las donaciones onerosas sólo se considera materia de donación el excedente que resulte del valor de la cosa una vez que las cargas impuestas en concepto de gravamen se hayan deducido (artículo 2190 y 1291).
- d) Remuneratoria.- La que se hace en atención a servicios prestados al donante y que no tiene obligación de pagar (artículo 2190).

La donación sólo puede tener lugar entre vivos y no puede revocarse sino en los casos declarados por la ley (artículo 2192)

Las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por las disposiciones de las sucesiones y las que se hagan entre consortes

por el capítulo dedicado a donaciones antenupticiales y donaciones entre consortes (artículo 2193).

La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber su aceptación al donante (artículo 2194).

La donación se puede realizar verbalmente o por escrito; las donaciones verbales sólo pueden realizarse cuando son respecto de bienes muebles y sólo surtirán efecto si el bien mueble del que se trate tiene un valor que no exceda de los doscientos pesos; cuando se trate de muebles cuyo valor sea mayor a doscientos pesos y que no exceda de cinco mil pesos se deberá realizar el contrato en la forma escrita (artículos 2195, 2196, 2197 y 2198).

Cuando la donación exceda de los cinco mil pesos se deberá realizar en escritura pública (artículo 2198).

Las donaciones que sean de bienes raíces o inmuebles deberán observar las formalidades que exige la ley para su venta (artículo 2199). En este sentido, debemos de entender que se ha de cumplir con formalidades tales como que la donación se realice en escritura pública pasada ante la fe de un Notario y que dicha escritura se inscriba en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio de la localidad que se trate.

El artículo 2200 establece que la aceptación de la donación deberá realizarse en la misma forma en que se llevó a cabo la donación, esto es que si la donación fue verbal así se hará la aceptación de dicha donación o si en su caso por su monto se

realizó en escritura pública con esa misma formalidad se deberá realizar la aceptación de la donación, en todo caso la aceptación se deberá enterar al donante, lo cual ha de ser en vida de éste ya que de lo contrario la donación no se perfecciona y por tanto no surte efectos legales.

En el Estado de México también se realiza la observación de que las donaciones que se hagan por la totalidad de los bienes del donante serán nulas si el donante no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir de acuerdo a sus circunstancias, en este aspecto se podrá observar que a simple vista existe contradicción entre lo señalado por el artículo 2186 y el 2201 ya que el primero al dar la definición legal de la donación refiere que esta podrá ser por una parte o la totalidad de los bienes, mientras que el segundo de los artículos en comento dispone que es nula la donación hecha por la totalidad de los bienes del donante si éste no se ha reservado en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir de acuerdo a sus circunstancias, en este sentido debemos considerar que al hablarse de la totalidad de los bienes del donante se debe entender que el donante ya se ha reservado lo necesario para vivir de acuerdo a sus circunstancias, de lo contrario la nulidad será una consecuencia legal.

Las donaciones serán inoficiosas si éstas afectan la posibilidad de que el donante cumpla con las obligaciones alimentarias para con sus acreedores (artículo 2202).

Si el que realiza donación general se reserva algunos para testar sin señalar otra declaración se entenderá que se reserva la mitad de los bienes donados (artículo 2203).

El donante sólo es responsable de evicción si así se obligó expresamente el donante (artículo 2205).

Si la donación se realiza con la obligación de que el donatario pague deudas sólo será responsable de pagar las que tengan fecha auténtica al tiempo de la donación. (artículo 2207).

Si la donación fuere de determinados bienes el donatario no se encuentra obligado al pago de las deudas del donante, sino cuando sobre los bienes pesare un gravamen como lo es una hipoteca, una prenda o en caso de fraude en perjuicio de acreedores (artículo 2208).

Si la donación fuere por todos los bienes del donante, entonces el donatario será responsable de las deudas del donante, pero sólo hasta el monto de la donación y siempre que las deudas tengan fecha auténtica.

Las donaciones que consisten en prestaciones periódicas se extinguen con la muerte del donante (artículo 2212).

La legislación del Estado de México también reconoce la capacidad de adquirir por donación a los no nacidos, siempre que éstos se encuentren concebidos al momento en que se realiza la donación y que nazcan viables (artículo 2211).

Las donaciones hechas simulando otro contrato a personas que conforme a la ley no puedan recibirlas, serán nulas, ya se hagan por forma directa o por interpósita persona (artículo 2212).

Las donaciones se pueden revocar: Cuando ésta se realizó, el donante no tenía hijos y posteriormente le sobrevienen, el donante tiene un término de cinco años a partir de que le sobrevino un hijo para revocar la donación realizada, en caso que durante ese tiempo no revoque la donación ésta será irrevocable, lo mismo sucede cuando durante el término de los cinco años muere el donante sin que haya realizado la revocación de la donación, pero en caso de que le naciera un hijo póstumo se considera que la donación es revocada de plano (artículo 2213)

Las donaciones no podrán ser revocadas:

- a) Cuando sea menor de doscientos pesos.
- b) Cuando sea antenupcial.
- c) Cuando sea entre consortes.
- d) Cuando sea puramente remuneratoria.

Cuando no sea posible restituir lo donado en especie el valor exigible será el que tenían los bienes al momento de la donación (artículo 2218).

La acción de revocación por supervivencia de hijos corresponde al donante y al hijo póstumo, pero la reducción por causa de alimentos corresponde a los acreedores alimentistas (artículo 221).

La donación puede ser revocada por ingratitud:

- 1 Si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de sus ascendientes, descendientes o cónyuge de éste.
- 2 Si el donatario rehúsa socorrer al donante cuando éste ha venido a pobreza estando enterado de ello.

La acción de revocación por ingratitud no puede ser renunciada con anticipación y prescribe en un año a partir de que el donador tuvo conocimiento del hecho ingrato (artículo 2226).

Tratándose de reducción de donaciones se afectará la más reciente hasta llegar a la más anterior con el fin de cumplir con las necesidades alimentarias de los acreedores del donante (artículo 2230).

Podemos ver con absoluta claridad que el capítulo respectivo a la donación tanto en el Distrito Federal como en el Estado de México son similares pues retoman los mismos conceptos y ordenamientos, incluso muchos de sus artículos son totalmente idénticos, pero aun así transcribimos la esencia de los artículos más relevantes en relación con este contrato.

2.5.3 LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL ESTADO DE HIDALGO.

Ahora bien en este apartado nos referiremos a la legislación vigente en el Estado de Hidalgo con respecto a la donación, así de esta forma tenemos que en esa entidad se da el concepto legal de este contrato de la siguiente forma:

Artículo 2314 Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

En efecto notamos que no existe diferencia alguna entre este concepto y los contenidos en las legislaciones del Distrito Federal y Estado de México, pues a saber todas las legislaciones de las entidades federativas que componen nuestro país son similares en cuanto al capítulo que respecta a la donación, le definen de igual forma y retoman las normas tendientes a determinar sus efectos, formalidades y características.

Continuaremos transcribiendo los aspectos más fundamentales de las normas que regulan a este contrato, así pues tenemos los siguientes:

La donación no puede comprender los bienes futuros. Esto es evidente y se contiene en todas las legislaciones ya que como hemos señalado si existiera la posibilidad de realizar donaciones respecto de bienes futuros, en primera se afectaría la capacidad de goce del donante y en segunda quedaría al arbitrio del donante el adquirir el bien o derecho materia de la donación futura (artículo 2315)

En cuanto a la clasificación de las donaciones la encontramos en el artículo 2316. En donde se señala: La donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria.

1 **Pura.**-Es la donación que se otorga en términos absolutos (artículo 2317).

2 **Condicional.**- La que depende de algún acontecimiento incierto (artículo 2317)

3 **Onerosa.**- La donación que se hace imponiendo algunos gravámenes (artículo 2318)

4 **Remuneratoria.**- La que se hace en atención a servicios recibidos por el donante y que éste no tenga obligación de pagar (artículo 2318)

Cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas (artículo 2319)

Como ya lo hemos mencionado todas las legislaciones estipulan que las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos y no pueden revocarse sino en los casos declarados en la ley (artículo 2320)

El artículo 2321 señala que las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por las disposiciones relativas del Libro Tercero, es decir, por las disposiciones relativas a las sucesiones, y las que se hagan entre consortes, por lo dispuesto en el Capítulo XI, Título V del Libro Primero, que se refieren a las donaciones antenuptiales y entre consortes

En otro aspecto que coinciden todas las legislaciones de los Estados federados de nuestro país, es que consideran que la donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador (artículo 2322).

En el Estado de Hidalgo al igual que en los demás Estados de la república la donación puede hacerse verbalmente o por escrito (artículo 2323).

La donación verbal sólo puede realizarse por bienes muebles (artículo 2324).

La donación verbal sólo producirá efectos legales cuando el valor de los muebles no pase de doscientos pesos (artículo 2325).

El artículo 2326 del Código civil del Estado de Hidalgo señala la tasa sobre la cual la donación de un mueble debe realizarse en escritura Pública, pero a diferencia de las demás legislaciones de los Estados de la república, la del Estado de Hidalgo señala lo siguiente: Si el valor de los muebles excede de doscientos pesos, pero no de un mil pesos, la donación debe hacerse por escrito. Si excede de un mil pesos, la donación se otorgará en escritura pública. Notamos la diferencia pues las otras legislaciones imponen como tasa límite la cantidad de cinco mil pesos a diferencia de la de Hidalgo que impone como tasa un mil pesos para que se cumpla con la formalidad de realizar la donación en escritura pública

Por lo que hace a la donación de bienes inmuebles, la legislación en comento señala: La donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley (artículo 2327).

La aceptación de las donaciones se hará en la misma forma en que éstas deban hacerse; pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donante (artículo 2328).

Observamos en el artículo 2329 la aclaración que hace la ley respecto de donaciones por la totalidad de los bienes, en este contexto ya hemos hablado que por la totalidad de los bienes del donante se debe entender que el donante ya se ha reservado en propiedad o en usufructo una parte de sus bienes para vivir de acuerdo con sus circunstancias, ya que el artículo en comento expresa lo siguiente: Es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante, si éste no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias.

Las donaciones serán inoficiosas en cuanto perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a aquellas personas a quienes los debe, conforme a la ley (artículo 2230)

En cuanto a la donación general de bienes, el artículo 2331 se señala: Si el que hace donación general de todos sus bienes, se reserva algunos para testar, sin otra declaración, se entenderá reservada la mitad de los bienes donados.

Por lo que respecta a la donación realizada a varias personas y el derecho de acrecer respecto a la donación, el artículo 2332 señala. La donación hecha a varias personas conjuntamente, no produce a favor de éstas el derecho de acrecer, si no es que el donante lo haya establecido de un modo expreso

El donante sólo es responsable de la evicción de la cosa donada si expresamente se obligó a prestarla (artículo 2333). No obstante lo dispuesto en el artículo que precede, el donatario queda subrogado en todos los derechos del donante si se verifica la evicción (artículo 2334).

Respecto de donaciones con cargas onerosas, tenemos lo expresado en el artículo 2335 que dice: Si la donación se hace con la carga de pagar las deudas del donante, sólo se entenderán comprendidas las que existan con fecha auténtica al tiempo de la donación.

Por lo que respecta a las donaciones determinadas, el artículo 2336 señala: Si la donación fuere de ciertos y determinados bienes, el donatario no responderá de las deudas del donante, sino cuando sobre los bienes donados estuviere constituida alguna hipoteca o prenda, o en caso de fraude, en perjuicio de los acreedores.

Respecto de las donaciones genéricas o totales, el artículo 2337 expresa: Si la donación fuere de todos los bienes, el donatario será responsable de todas las deudas del donante anteriormente contraídas; pero sólo hasta la cantidad concurrente con los bienes donados y siempre que las deudas tengan fecha auténtica. La existencia de este artículo es para establecer el límite de la responsabilidad del donatario ya que éste no debe responder con su propio patrimonio por deudas adquiridas por el donante.

Con respecto a las donaciones conocidas como periódicas tenemos lo señalado en el artículo 2338. Salvo que el donador dispusiere otra cosa, las

donaciones que consistan en prestaciones periódicas se extinguen con la muerte del donante.

En el Estado de Hidalgo, el Código civil señala en su artículo 2339: Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hallan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 411. En este aspecto que también ya hemos tocado se debe decir que la ley sólo pide como requisito para que se verifique la donación que el concebido nazca viable, esto es, que permanezca vivo veinticuatro horas o en su defecto sea presentado vivo ante el Oficial del Registro Civil.

Respecto de las simulaciones que se realizan con el fin de beneficiar a una persona que por disposición de la ley no se encuentra legalmente facultada para recibirlas el artículo 2340 señala: Las donaciones hechas simulando otro contrato a personas que conforme a la ley no pueden recibirlas, son nulas, ya se hagan de un modo directo, ya por interpósita persona.

Por lo que hace a la revocación de las donaciones el artículo 2341 señala: Las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevenido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el artículo 411.

Si transcurren cinco años desde que se hizo la donación y el donante no ha tenido hijos o habiéndolos tenido no ha revocado la donación, ésta se volverá irrevocable. Lo mismo sucede si el donante muere dentro de ese plazo de cinco

años sin haber revocado la donación. Si dentro del mencionado plazo naciere un hijo póstumo del donante, la donación se tendrá por revocada en su totalidad.

Respecto a la imposibilidad de revocar una donación el Código civil de Hidalgo en su artículo 2343 expresa: La donación no podrá ser revocada por superveniencia de hijos:

- I.- Cuando sea menor de doscientos pesos;
- II.- Cuando sea antenupcial;
- III.- Cuando sea entre consortes;
- IV.- Cuando sea puramente remuneratoria.

Rescindida la donación por superveniencia de hijos, serán restituidos al donante los bienes donados, o su valor si han sido enajenados antes del nacimiento de los hijos (artículo 2344)

En caso de que el donatario hubiere fincado algún gravamen sobre los bienes donados que son materia de revocación se atenderá a lo establecido en el artículo 2345 que a la letra dice: Si el donatario hubiere hipotecado los bienes donados, subsistirá la hipoteca; pero tendrá derecho el donante de exigir que aquél la redima. Esto mismo tendrá lugar tratándose de usufructo o servidumbre impuestos por el donatario.

Cuando los bienes no puedan ser restituidos en especie, el valor exigible será el que tenían aquéllos al tiempo de la donación (artículo 2346)

Respecto a los frutos de la donación que fue realizada y que se encuentra en posibilidad de ser revocada se atenderá a lo que refiere el artículo 2347: El donatario hace suyos los frutos de los bienes donados hasta el día en que se le notifique la revocación o hasta el día del nacimiento del hijo póstumo, en su caso.

El donante no puede renunciar anticipadamente el derecho de revocación por superveniencia de hijos (artículo 2348)

Respecto a la acción revocatoria de una donación y quienes están facultados para ejercitarla el artículo 2349 dice: La acción de revocación por superveniencia de hijos corresponde exclusivamente al donante y al hijo póstumo; pero la reducción por razón de alimentos tienen derecho de pedirla todos los que sean acreedores alimentistas.

Por lo que hace a las obligaciones que adquiere el donatario respecto del donante, el artículo 2350 dice: El donatario responde sólo del cumplimiento de las cargas que se le imponen con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse a la ejecución de las cargas, abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación.

La donación puede ser revocada por ingratitud

I.- Si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de los ascendientes, descendientes o cónyuge de éste.

II.- Si el donatario rehúsa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza (artículo 2352).

La acción de revocación por causa de ingratitud no puede ser renunciada anticipadamente, y prescribe dentro de un año, contado desde que tuvo conocimiento del hecho el donador (artículo 2354).

Existen limitaciones con relación a la posibilidad de ejercitar la acción revocatoria de una donación, así lo expresa el artículo 2355 al señalar: Esta acción no podrá ejercitarse contra los herederos del donatario, a no ser que en vida de éste hubiese sido intentada. Tampoco puede esta acción ejercitarse por los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese intentado (artículo 2356).

Las donaciones inoficiosas no serán revocadas ni reducidas, cuando muerto el donante, el donatario tome sobre sí la obligación de ministrar los alimentos debidos y la garantice conforme a derecho (artículo 2357).

La reducción de las donaciones comenzará por la última en fecha que será totalmente suprimida si la reducción no bastare a completar los alimentos (artículo 2358) Si el importe de la donación menos antigua no alcanzare, se procederá respecto de la anterior, en los términos establecidos en el artículo que precede, siguiendo el mismo orden hasta llegar a la más antigua (artículo 2359).

Habiendo diversas donaciones otorgadas en el mismo acto o en la misma fecha, se hará la reducción entre ellas a prorrata (artículo 2360)

Si la donación consiste en bienes muebles se tendrá presente para la reducción el valor que tenían al tiempo de ser donados (artículo 2361).

Cuando la donación consiste en bienes raíces que fueren cómodamente divisibles, la reducción se hará en especie (artículo 2362). Cuando el inmueble no pueda ser dividido y el importe de la reducción exceda de la mitad del valor de aquél, recibirá el donatario el resto en dinero (artículo 2363).

Cuando la reducción no exceda de la mitad del valor del inmueble, el donatario pagará el resto (artículo 2364).

Revocada o reducida una donación por inoficiosa, el donatario sólo responderá de los frutos desde que fuere demandado (artículo 2365).

Una vez que hemos abundado respecto de las normas que regulan la donación en el Estado de Hidalgo podemos referir que sus disposiciones legales son similares a las del Distrito Federal y Estado de México pues regulan de la misma forma y con los mismos preceptos jurídicos este contrato.

2.5.4 LEGISLACIÓN VIGENTE EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA.

El concepto legal que encontramos en el artículo 2206 del Código civil de Baja California es el siguiente: Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

De nueva cuenta podemos ver claramente como el concepto legal que manejan las legislaciones de todas las Entidades federativas de nuestro país es similar e incluso no varían en su redacción, ahora bien, plasmaremos en este apartado la esencia de las normas que en Baja California se encargan de regular y señalar las características, consecuencias, formalidades y aspectos de la donación, en este sentido tenemos lo siguiente.

El artículo 2207 es protector de la capacidad de goce del donante y a la vez impide que la posibilidad de una donación quede al arbitrio del donante, en el sentido de que el donante tendría la opción en adquirir o no el bien o derecho que es materia de una donación a futuro, por ello el artículo en comento dispone lo siguiente: La donación no puede comprender los bienes futuros.

La clasificación de las donaciones la encontramos en el artículo 2208 que dice: La donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria.

1 Pura.- Es la donación que se otorga en términos absolutos.

2 Condicional.- La que depende de algún acontecimiento incierto (artículo 2209).

3 Onerosa.- La donación que se hace imponiendo algunos gravámenes

4 Remuneratoria.- La que se hace en atención a servicios recibidos por el donante y que éste no tenga obligación de pagar (artículo 2210)

El artículo 2211 señala: Cuando la donación sea onerosa, sólo se considera donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas.

De nueva cuenta encontramos que en el Código de Baja California por disposición del artículo 2212 señala: Las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos y no pueden revocarse sino en los casos declarados en la Ley.

Las donaciones que se hagan para después de la muerte del donante, se regirán por las disposiciones relativas del Libro Tercero que se refiere a las disposiciones aplicables a las sucesiones; y las que se hagan entre consortes, por lo dispuesto en el Capítulo VIII, Título Quinto del Libro Primero que se refiere a las donaciones antenuptiales y entre consortes (artículo 2213).

En cuanto al momento en que una donación se perfecciona tenemos que el artículo 2214 expresa: La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador.

Por lo que hace a la forma en que pueden realizarse las donaciones el artículo 2215 nos dice que pueden ser verbales y por escrito. Pero limita las donaciones verbales ya que el artículo 2216 refiere que éstas sólo proceden respecto de muebles.

Con relación a los efectos que producen las donaciones verbales el artículo 2217 dice: La donación verbal sólo producirá efectos legales cuando el valor de los muebles no pase de doscientos pesos. Pero el artículo 2218 nos dice: Si el valor de

los muebles excede de doscientos pesos, pero no de cinco mil, la donación debe hacerse por escrito si excede de cinco mil pesos, la donación se reducirá a escritura pública.

Por lo que hace a donaciones de bienes inmuebles el artículo 2219 refiere: La donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la Ley.

En la donación la aceptación del donatario se deberá hacer en la misma forma que para la realización de la donación exige la ley (artículo 2220).

En el artículo 2221 encontramos que es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante si éste no se reservó en propiedad o en usufructo bienes para vivir de acuerdo a sus circunstancias, si comparamos este artículo con el 2206 que señala que donación puede haber por una parte o la totalidad de los bienes, podemos percatarnos que hay una contradicción, pero ésta se despeja de la siguiente forma, cuando la ley habla de la totalidad de los bienes lo hace en el entendido que el donante ya se reservó bienes en propiedad o en usufructo para vivir de acuerdo a sus circunstancias y para cumplir con sus acreedores alimenticios y de otra índole.

Las donaciones serán inoficiosas en cuanto perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a aquellas personas a quienes los debe conforme a la Ley (artículo 2222).

En cuanto a las donaciones generales el artículo 2223 manifiesta: Si el que hace donación general de todos sus bienes, se reserva algunos para testar, sin otra declaración, se entenderá reservada la mitad de los bienes donados.

Referente a las donaciones que se realizan a varias personas y el derecho de acrecer respecto a la donación realizada debemos atender a lo señalado en el artículo 2224 que refiere: La donación hecha a varias personas conjuntamente, no produce a favor de éstas el derecho de acrecer, si no es que el donante lo haya establecido de un modo expreso.

El donante sólo es responsable de la evicción de la cosa donada si expresamente se obligó a prestarla (artículo 2225). Por su parte el artículo 2226 nos dice: No obstante lo dispuesto en el artículo que precede, el donatario queda subrogado en todos los derechos del donante si se verifica la evicción.

En lo referente a las donaciones con cargas u onerosas se debe atender al artículo 2227, que manifiesta: Si la donación se hace con la carga de pagar las deudas del donante, sólo se entenderán comprendidas las que existan con fecha auténtica al tiempo de la donación.

Respecto de la responsabilidad que tiene el donatario para con el donante el artículo 2228 nos expresa: Si la donación fuere de ciertos y determinados bienes, el donatario no responderá de las deudas del donante, sino cuando sobre los bienes donados estuviere constituida alguna hipoteca o prenda, o en caso de fraude, en perjuicio de los acreedores.

Si la donación fuere de todos los bienes, el donatario será responsable de todas las deudas del donante anteriormente contraídas; pero sólo hasta la cantidad concurrente con los bienes donados y siempre que las deudas tengan fecha auténtica (artículo 2229).

En lo relacionado con la extinción de las donaciones que se refieren a prestaciones periódicas, el artículo 2230 señala que éstas se extinguen con la muerte del donante a menos que éste haya estipulado lo contrario.

El Código civil de Baja California da la posibilidad de que un no nacido pero concebido pueda adquirir por donación, sólo requiere que éste se encuentre concebido al momento de la donación y que nazca viable, por viable debemos entender que permanezca vivo veinticuatro horas o que sea presentado vivo ante el Oficial del Registro Civil (artículo 2231).

El artículo 2232 nos dice qué sucede con las simulaciones en las donaciones cuando por medio de ellas se pretende beneficiar a una persona que no se encuentra autorizada por la ley para recibir las, esto ya sea que se simule la recepción de la cosa en forma directa o por interpósita persona.

Respecto a la revocación de las donaciones el artículo 2333 nos manifiesta: Las donaciones legalmente hechas por una persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevenido hijos que han nacido con todas las condiciones que sobre viabilidad exige el artículo 334.

Si transcurren cinco años desde que se hizo la donación y el donante no ha tenido hijos o habiéndolos tenido no ha revocado la donación, ésta se volverá irrevocable. Lo mismo sucede si el donante muere dentro de ese plazo de cinco años sin haber revocado la donación.

Si dentro del mencionado plazo naciere un hijo póstumo del donante, la donación se tendrá por revocada en su totalidad.

Respecto a la imposibilidad de revocar una donación se dan cuatro hipótesis que se encuentran contenidas en el artículo 2235, que nos expresa: La donación no podrá ser revocada por superveniencia de hijos:

- I.- Cuando sea menor de doscientos pesos;
- II.- Cuando sea antenupcial;
- III.- Cuando sea entre consortes;
- IV.- Cuando sea puramente remuneratoria.

Rescindida la donación por superveniencia de hijos, serán restituidos al donante los bienes donados, o su valor si han sido enajenados antes del nacimiento de los hijos (artículo 2336).

Si el donatario hubiere hipotecado los bienes donados, subsistirá la hipoteca; pero tendrá derecho el donante de exigir que aquél la redima. Esto mismo tendrá lugar tratándose de usufructo o servidumbre impuestos por el donatario (artículo 2337) Cuando los bienes no puedan ser restituidos en especie, el valor exigible será el que tenían aquéllos al tiempo de la donación (artículo 2338).

Con relación a los frutos de una donación que se encuentra en posibilidad de ser revocada, el artículo 2339, puntualiza: El donatario, hace suyos los frutos de los bienes donados hasta el día en que se le notifique la revocación o hasta el día del nacimiento del hijo póstumo, en su caso.

En el artículo 2240, señala la imposibilidad de renunciar anticipadamente al derecho de revocación de una donación.

En cuanto a los legitimados para ejercitar la acción revocatoria por superveniencia de hijos corresponde exclusivamente al donante y al hijo póstumo; pero la reducción por razón de alimentos tienen derecho de pedirla todos los que sean acreedores alimentistas (artículo 2241).

El alcance de la responsabilidad de la obligación del donatario de responder por deudas del donante se encuentra regulada en el artículo 2242, que manifiesta lo siguiente: El donatario responde sólo del cumplimiento de las cargas que se le imponen con la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse a la ejecución de las cargas, abandonando la cosa donada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda la obligación.

Los casos en que se puede revocar una donación los encontramos en las hipótesis que establece el artículo 2244.

1.- Si el donatario comete algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante o de los ascendientes, descendientes o cónyuge de éste;

II.- Si el donatario rehúsa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza

La acción de revocación por causa de ingratitud no puede ser renunciada anticipadamente, y prescribe dentro de un año, contado desde que tuvo conocimiento del hecho el donador (artículo 2246). Esta acción no podrá ejercitarse contra los herederos del donatario, a no ser que en vida de éste hubiese sido intentada (artículo 2347).

Tampoco puede esta acción ejercitarse por los herederos del donante si éste, pudiendo, no la hubiese intentado (artículo 2248).

Las donaciones inoficiosas no serán revocadas ni reducidas, cuando muerto el donante, el donatario tome sobre sí la obligación de ministrar los alimentos debidos y la garantice conforme a derecho (artículo 2249).

Con respecto a la reducción de las donaciones encontramos las siguientes disposiciones: La reducción de las donaciones comenzará por la última en fecha, que será totalmente suprimida si la reducción no bastare a completar los alimentos (artículo 2250).

Si el importe de la donación menos antigua no alcanzare, se procederá respecto de la anterior, en los términos establecidos en el artículo que precede, siguiendo el mismo orden hasta llegar a la más antigua (artículo 2251).

Habiendo diversas donaciones otorgadas en el mismo acto o en la misma fecha, se hará la reducción entre ellas a prorrata (artículo 2252).

Si la donación consiste en bienes muebles, se tendrá presente para la reducción el valor que tenían al tiempo de ser donados (artículo 2253).

Cuando la donación consista en bienes raíces que fueren cómodamente divisibles, la reducción se hará en especie (artículo 2254).

Cuando el inmueble no pueda ser dividido y el importe de la reducción exceda de la mitad del valor de aquél, recibirá el donatario el resto en dinero (artículo 2255).

Cuando la reducción no exceda de la mitad del valor del inmueble, el donatario pagará el resto (artículo 2256).

La responsabilidad del donatario ante una revocación de la donación la encontramos en lo dispuesto por el artículo 2257, que señala: Revocada o reducida una donación por inoficiosa, el donatario sólo responderá de los frutos desde que fuere demandado.

Después de haber incursionado en las legislaciones del Distrito Federal, Estado de México, Hidalgo y Baja California, podemos concluir que estas entidades federativas al igual que las demás que conforman nuestra nación no tienen diferencias de fondo con respecto a la forma en que regulan la donación, en este aspecto sólo notamos que la legislación del Estado de Hidalgo varía en cuanto a la formalidad por lo que hace la exigencia que hace respecto de que la donación de un

mueble que exceda de un mil pesos deba realizarse en escritura pública, siendo que en las otras legislaciones que tratamos señalan como límite para la exigencia de esta formalidad que el mueble exceda en cuanto a su valor de los cinco mil pesos.

Consideramos que en este apartado hemos mostrado una visión de conjunto respecto a como varias legislaciones de nuestro país consideran y regulan el contrato de donación, que a decir de nosotros y desde el punto de vista de esta investigación todas las legislaciones regulan y consideran el contrato de donación en la misma forma, sin cambio alguno de fondo entre las diferentes legislaciones.

2.5.5 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El hecho de que hayamos incluido en esta investigación un apartado que tenga que ver con nuestra Carta Magna, es en razón de que el tema de nuestra investigación lo es Análisis y Estudio del Término Donación en los Procedimientos de Transplantes de Órganos, Tejidos Y Fluidos Humanos y en este sentido además de tratar la figura jurídica de la donación, habremos de abundar en los ordenamientos legales que regulan los procedimientos de las donaciones de órganos humanos y por ende los transplantes de los mismos, los cuales tienen su fundamento de origen en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al respecto hemos de mencionar que en el año de 1983, se llevó a cabo la reforma al artículo 4° Constitucional que propició la existencia del precepto legal vigente que a continuación se transcribe:

"La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las Entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

El 3 de Febrero de 1983, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la adición al artículo 4° constitucional, en cuyo párrafo tercero se dispuso que "toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las Entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

La adición constitucional que se ha señalado representa, además de elevar a la máxima jerarquía el derecho social mencionado, las bases conforme a la cual se llevarán a cabo los programas de gobierno estatales y federales en materia de salud, así como el fundamento de donde habrá de emanar la nueva legislación mexicana en materia de salud.

Visto lo anterior, es fundamental señalar el punto de partida de donde emana la legislación en materia de salud que rige en nuestro país, ya que en ella se encuentra establecida la donación de órganos, tejidos y fluidos humanos, así como su procedimiento legal, temas de los cuales nos ocuparemos en los próximos capítulos.

Debemos recordar que el máximo ordenamiento en nuestro país lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de ella emanan las leyes

secundarias, como lo es el caso de la Ley de Salud que encuentra su origen en el artículo 4° de nuestra Carta Magna.

Fue necesario incluir este apartado pues debe quedar definido que nuestra Carta Magna da origen a la Ley General de Salud y ésta a los demás ordenamientos y organismos que tienen que ver con la donación de órganos y trasplantes, de estos temas que abundaremos en los siguientes apartados.

CAPÍTULO III

LA DONACIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANOS.

3.1 DONACIÓN DE TEJIDO

Incluimos este apartado en la presente investigación para que de esta forma estemos en posibilidad de identificar qué es un tejido y qué se conoce como donación de un tejido, quiénes son sus partes y cuál es el objeto de esta presunta donación, para así estar en actitud de poder señalar con bases sólidas si es correcto o no la utilización del término donación, los procedimientos de trasplantes de órganos, tejidos y células humanas.

Hemos visto que la donación es un contrato por el cual una persona denominada donante transmite, en forma gratuita a otra llamada donatario una parte o la totalidad de sus bienes presentes, lo que forzosamente implica tomar en cuenta varios aspectos como lo son: la voluntad de las partes, que la donación sólo tiene que ver con bienes que son patrimonio del donante, que se realiza con un fin altruista, sin contraprestación a cambio, que se debe transmitir la propiedad del bien materia de la donación, pero en cuestiones médicas y de salud se ha tratado de ubicar a la donación en una forma simplista, pues consideran como donación el dar un algo sin pedir nada a cambio, un dar sin contraprestación de por medio, sin tomar en cuenta la naturaleza de la cosa y mucho menos se toma en cuenta la naturaleza jurídica de la donación, por ello, han hecho uso del término donación para denotar que una persona autoriza que se transfiera parte de sus tejidos a otra persona con el fin de que la otra persona se sirva de ellos.

En las notas para la elaboración del anteproyecto de reformas a la Ley General de Salud en materia de trasplantes se define el término tejido de la siguiente forma: "Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función".²⁶

De lo anterior vemos, que se considera tejido a una entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza como lo es la piel.

En efecto la piel es un tejido que puede ser trasplantado de una a otra persona, este tipo de trasplantes se realiza en traumas por quemaduras de la piel derivadas de accidentes como son incendios, pero también se dan en traumas por accidentes como los automovilísticos en los que la piel fue afectada y que por tanto se requiere realizar lo que se conoce como injerto trasplante de piel.

"Con las primeras experiencias en trasplante de órganos se aprendió que sólo los tejidos (por ejemplo, la piel) se pueden cambiar de un sitio a otro, sin que sufran el fenómeno rechazo; por el contrario, si una persona que ha sufrido pérdida de una parte de su piel se le injerta piel de cabra, en pocos días esa piel sufrirá necrosis y será eliminada. El rechazo se hará más rápidamente si el tejido injertado no tiene semejanza con el de la persona que reciba el injerto".²⁷

²⁶ Notas para la elaboración de un anteproyecto de Reformas a la Ley General de Salud en materia de Trasplantes. Versión para discusión 28 de marzo del 2000. Comisión de Salud de la Cámara de Senadores, Pág.

²⁷ TELLO FLORES, Francisco Javier. MEDICINA FORENSE. Editorial Oxford, México 1999, Pág. 196.

Ahora bien dada, la gran actividad humana, la proliferación de enfermedades, el gran índice de accidentes que a diario se suscitan, la forma tan apresurada en que en la actualidad se vive han propiciado una alta tasa de personas que demandan algún tipo de trasplante, pero eso no es todo ya que la demanda de personas que necesitan un trasplante es muy grande, pero eso no es lo más preocupante, sino que además de ser grande el número de personas que necesitan ser trasplantadas lo requieren con urgencia, pues de ello depende el que puedan seguir viviendo y a pesar de la política que ha implementado el Gobierno Federal a través del sector Salud, no ha logrado fincar conciencia en la población respecto a su voluntad en participar en un trasplante de órgano, tejido o células humanos, contribuyendo así a salvar una vida.

En cuanto al concepto de trasplante la Comisión de Salud de la Cámara de Senadores utilizó el siguiente concepto en sus notas para la elaboración del anteproyecto de reformas a la Ley General de Salud en materia de Trasplantes "Transferencia de un órgano. Tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integran al organismo y persisten viables".²⁸

Por lo que hace a donación la mencionada Comisión de Salud, empleó el siguiente concepto: "La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilice para trasplantar".²⁹

²⁸ Notas para la elaboración de un anteproyecto de Reformas a la Ley General de Salud en materia de Trasplantes. Versión para discusión 28 de marzo del 2000. Comisión de Salud de la Cámara de Senadores, Pág.

²⁹ Ibidem. Pág. 4

Tomando en cuenta lo anterior tendríamos que la donación de un tejido es el consentimiento tácito o expreso de una persona para que en vida o después de su muerte su tejido se utilice para trasplantes.

En este contexto tenemos que la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres tienen como elemento fundamental el consentimiento del donador el cual puede ser expreso o tácito, veamos que concepto maneja la comisión de salud de la cámara alta respecto de estos términos:

Donación Expresa: Constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes. En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el disponente las circunstancias de modo, lugar, tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

Por lo que hace al **consentimiento tácito** en las notas para la elaboración de un anteproyecto de reformas a la Ley General de Salud en materia de trasplantes se señala lo siguiente: Habrá consentimiento tácito del disponente cuando no haya manifestado su negativa para que su cuerpo o componentes sean utilizados en trasplantes. El consentimiento tácito dejará de serlo cuando el cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes expresen lo contrario.

En la donación de órganos, tejidos o células humanos, las partes son denominadas disponente que es aquella persona que se desprende del órgano.

tejido o células humanos y el receptor que es la persona que recibirá el órgano, tejido o células humanos que es materia de supuesta donación.

El objeto materia de esta supuesta donación son los órganos, tejidos y células humanos.

El fin de esta supuesta donación lo es el transferir un tejido humano del donante al receptor para que éste se beneficie con dicho trasplante.

Al hablar de trasplante evocamos la imperiosa necesidad de una persona que adolece de alguna función orgánica, o que por alguna afectación ha sufrido la pérdida de un órgano, tejido o células humanos de cuyo reemplazo depende su vida.

Para que una llamada donación de tejido se verifique se necesitan cubrir con varios requisitos y que a saber son los siguientes:

- 1 Ser mayor de edad en pleno uso de sus facultades mentales.
- 2 Tener dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico.
- 3 Tener compatibilidad con el sujeto receptor, de conformidad con pruebas médicas.
- 4 De preferencia ser familiar en primer grado del receptor.

5 Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extirpación del órgano, en su caso, para el donador y las probabilidades de éxito para el receptor, y

6 Haber dado autorización por escrito para el trasplante.

En la actualidad se maneja una tarjeta uniforme de donación en la que aparece el nombre del donante y se manifiesta que hace donación, si es médicamente aceptable para que sea efectiva al momento de su muerte, después se indica según la opción que se escoja con una marca si se dona cualquier órgano o parte de él o en su caso los siguientes órganos, existiendo un espacio para señalar qué órgano u órganos, también se señala el fin por el que se realiza la donación, si lo es para trasplante, para terapia, investigación médica o educación, existe espacio para señalar limitaciones o deseos especiales, dicho documento se debe firmar por el donante o disponente y dos testigos, de este documento nos ocuparemos más adelante pues hemos dispuesto un apartado especial para tratar este punto.

En la actual legislación de salud se establece que hay dos tipos de donadores o disponentes, uno el donador en vida y otro el donador después de su muerte. Como es fácil comprender, el donador en vida es aquél que gozando de buena salud, decide desprenderse de uno de sus órganos, tejidos o células humanos con el fin de ser transplantado a otra persona que lo requiere para seguir viviendo, por estar afectado de su salud.

Con respecto de la donación de tejido, consideramos que no se debe hacer uso del término donación pues este acto jurídico no reúne los requisitos legales para

ser considerado como donación, sobre todo porque vulnera varios de los elementos esenciales de la donación, mismos que prevalecen para todo tipo de donaciones, en razón a ello vemos con descontento que en un acto jurídico tan trascendental como es el trasplante de un órgano, tejido o células humanos, se trate de usar el nombre de un contrato como lo es el de donación y no se cumpla con varias de sus formalidades y elementos de esencia, siendo que dicho acto jurídico tiene una naturaleza distinta a la donación, un fin, un motivo diverso y en cuanto a su materia también son desiguales.

Tan sólo comparar la relevancia que para el contrato de donación representa la aceptación de la donación por parte del donatario; y la formalidad de hacer del conocimiento del donante la aceptación hecha por el donatario respecto de la donación; con la aceptación tácita que impone la Ley General de Salud si una persona no manifiesta en forma expresa su negativa de ser donador de órganos, tejidos y células humanos, por disposición de la ley se presume que es donador, consideración a todas luces que afecta la voluntad de los individuos, pues les obliga a manifestar una negativa siendo que el espíritu de la ley debe ser otro.

O bien comparar el hecho que la donación denota una relación contractual, un acuerdo de voluntades y en la donación de órganos sólo se realiza una declaración unilateral de voluntad, pues en realidad en las donaciones para después de muerto no se sabe quien se beneficiará con la donación y tampoco se sabe si en verdad el trasplante vaya a beneficiar al receptor.

En las donaciones en vida, el mayor índice de ellos se verifica entre familiares, esto es, que ante la inminente necesidad de un trasplante, es la familia del receptor

quien se convierte en donante con el fin de propiciar la salud de su familiar, sólo que en estos casos se identifica plenamente al receptor del órgano.

Si tomamos en cuenta que desde el antiguo derecho romano hasta la actualidad las donaciones sólo tienen como materia bienes y derechos, que su fin es el transmitir la propiedad de algunos bienes o derechos que son del donante al donatario para que se enriquezca con ellos en la misma medida que el donante se empobrece con la donación y que ante todo debe prevalecer al *animus donandi*, como es que hoy en la Ley General de Salud no se respeta el *animus donandi* y más ahora no tan sólo los bienes y derechos son materia de donación sino que el cuerpo mismo, sus componentes, sus órganos, sus tejidos, sus células, se puede considerar un órgano, un tejido, células humanas parte del patrimonio de una persona.

Se ha tomado en uso el término donación de órganos para denotar la esencia gratuita de dicho acto jurídico, circunstancia que por sí sola no es indicativo de que este acto jurídico sea donación ya que para serlo debe de cumplir con requisitos de fondo y de forma que no se adecuan a la naturaleza de los trasplantes.

Ciertamente lo que se denomina como donación de tejido cuenta con aspectos que sugieren el uso del término donación tales como el que ya indicamos, la gratuidad y el sentimiento altruista, pero aún conjugados estos no reúnen los requisitos indispensables para encuadrar en ese contrato tan complejo que es la donación.

Pues bien, así las cosas tenemos que se identifica como donación de tejido el consentimiento que hace una persona para que sus tejidos puedan ser utilizados ya sea en vida o después de su muerte en trasplantes.

Como queda de manifiesto en este trabajo no estamos de acuerdo en que se utilice el término donación en los trasplantes de órganos, tejidos y células humanos, por las razones antes vertidas y por otras más de las que se abundará en otros apartados.

3.2 DONACIÓN DE CÉLULAS

En este apartado abundaremos sobre la complejidad de la donación de células humanas, los cuales se observan más comúnmente en la conocida donación de sangre, en este contexto debemos señalar que si bien es cierto la sangre es un tejido, también lo es que por sus características es considerado como un fluido, el cual tiene un papel fundamental en la función del cuerpo humano.

El trasplante de fluido más común que existe es el de sangre al cual se le conoce como transfusión, por ello en esta parte de nuestra investigación abundaremos sobre la transfusión de sangre ya que se cuenta con disposiciones legales específicas que le regulan y es el más claro ejemplo sobre la trasplantación de un fluido humano.

En forma cotidiana se practica la recepción de sangre, lo cual se lleva a cabo en los numerosos bancos de sangre que se encuentran en los diversos hospitales de

nuestro país, esta actividad ciertamente es fundamental pues a diario se demandan transfusiones de sangre con el fin de garantizar la salud de miles de pacientes.

Así tenemos que para nadie es ajeno que en toda operación se requiere al paciente que aporte donadores de sangre, los cuales deberá presentar en la institución médica en donde se encuentra atendándose, en la actualidad se hace de esta forma por la imperiosa necesidad de mantener dotados los bancos de sangre de donde se echa mano en urgencias médicas.

En efecto el cuerpo humano se compone de muy diversos fluidos que son necesarios para su subsistencia, el cuerpo humano puede sufrir la pérdida o la carencia de calidad de estos fluidos de muy diversas formas, podemos observar que en un accidente puede una persona perder mucha sangre y que de no ser repuesta estaría en peligro su vida, lo mismo sucede cuando se suscita algún problema con la médula ósea que al igual que la sangre se le considera un tejido, pero también por sus características es considerado un fluido humano, debe recurrirse a un transplante de este fluido.

Los fluidos humanos son importantes para el buen funcionamiento del cuerpo humano debido a que se componen de células y además transporta otras tantas a través de todo el cuerpo para que éste cumpla con todas sus funciones, así también tenemos todas las sustancias que son excretadas o expelidas por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales.

Con relación a la donación de fluidos y particularmente sobre la donación de sangre tenemos el siguiente antecedente: "la primera transfusión sanguínea se

atribuye a Denis quien en 1667 en París, utilizó sangre de cordero y se dice que fue con éxito".³⁰

"Para el año de 1799 ya se practicaba en seres humanos la inseminación artificial".³¹

Respecto de la donación de fluidos humanos tenemos que el más común es el de sangre.

Por donación de fluido humano se entiende que es el consentimiento expreso a tácito que realiza una persona para que sus fluidos o alguno de ellos sea utilizado para trasplante estando en vida o después de su muerte.

El reglamento de Bancos de Sangre, Servicios de Transfusión y Derivados de la Sangre publicado en el Diario oficial el 8 de Noviembre de 1961, entró en vigor treinta días después de su publicación, dicho ordenamiento se encontraba compuesto por ocho capítulos que eran los siguientes:

I Generalidades

II De la licencia para la instalación y funcionamiento de bancos de sangre y servicios de transfusión.

³⁰ DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, José Alfredo. Los Derechos de la Personalidad. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. Pág. I.

³¹ Ídem.

Se sabe que en esa época los donadores de sangre autorizados recibían cierta cantidad de dinero por la donación de sangre que realizaban, incluso algunos de estos donadores hacían de ello su modus vivendi, aunque en el Reglamento en comento no se estipuló ninguna disposición concreta sobre la posibilidad de obtener una contraprestación a cambio de la donación de sangre se sabe bien que ésta se daba.

En la actualidad se encuentra prohibido el mercado y comercio de la sangre y en cuanto a su donación no es necesario que se exprese la voluntad de donar por escrito.

Pero la realidad es otra, pues como abundamos al comienzo de este apartado para nadie es ajeno que en la actualidad aún persiste el mercado de sangre, pues cuando a un paciente se le exige que aporte donadores de sangre, ante la imposibilidad de obtenerlos recurre a la compra de donadores, esto es a ofrecer el pago de cierta cantidad de dinero a cambio de que determinada persona se presente supuestamente a donar sangre en la institución médica en la que se le atiende.

En problemas relacionados con la concepción, cuando sufre de infertilidad el masculino, en ocasiones se recurre a los llamados donadores de semen, este producto se considera un fluido humano y sólo se da por medio de la llamada donación de semen, hasta el momento no se ha dado el caso de la venta de semen humano, aunque en recientes fechas se han originado páginas en Internet en las que se comercializan óvulos humanos cuestión que no presenta una regulación legal.

La donación de fluidos se ha regido por las normas de disposición de órganos y tejidos, pero existen reglas en la Ley General de Salud y en su reglamento que son concretas para la transfusión, ello es en razón, a los siguientes elementos que hacen que la transfusión sea un tema delicado que abordaremos aparte.

- a) La gran frecuencia con la que se realiza.
- b) Que constituye un medio por el cual se pueden transmitir muy variadas enfermedades como lo es el VIH, conocido como SIDA.

El tejido hemático con todos sus componentes como lo es el plasma, el suero y sus elementos formes, sólo se pueden obtener por medio de la llamada donación y no podrá ser objeto de actos de lucro u onerosos como lo era antes con los proveedores autorizados, quienes suministraban su sangre a cambio de una remuneración económica.

Por lo que hace a la extracción de la sangre, su manejo, conservación, transfusión y fraccionamiento para la obtención de sus componentes está única y exclusivamente a cargo de los Bancos de sangre legalmente autorizados por la Secretaría de Salud para operar como tales.

Por su parte los bancos de sangre cuentan con el personal capacitado para su buen funcionamiento, así también tienen los instrumentos e insumos necesarios para la debida obtención y manejo del fluido hemático.

La sangre para transfusión se compone de eritrocitos, leucocitos, plaquetas y plasma; la transfusión de ella se deberá realizar con sumo cuidado debiéndose realizar el examen correspondiente para determinar el grupo sanguíneo al que se pertenece y ver la compatibilidad con la sangre del receptor.

Los requisitos que se solicitan a un donador de sangre son los siguientes:

- 1 Tener entre 18 y 65 años de edad.
- 2 Tener un peso mayor a los 50 kilogramos.
- 3 Tratándose de mujeres no estar embarazadas ni en estado lactante.
- 4 No tener antecedentes de:

Hepatitis

Enfermedad de chagas o brucelosis

Sin antecedentes de paludismo por lo menos en los últimos tres años.

No haber sido intervenido en cirugía mayor o parto en los seis meses anteriores.

- 5 No tener antecedentes de acupuntura, tatuajes, transfusión de sangre.
- 6 Estar clínicamente sano.
- 7 Estar dentro del parámetro de las cifras mínimas de hemoglobina.

En ningún caso podrán ser donadores de sangre: los homosexuales, las prostitutas ni los fármaco-dependientes.

El intervalo señalado para una extracción y otra es de 45 días y el volumen máximo de extracción será de 500 mililitros.

En los bancos legales por disposición de la ley se debe contar con reactivos que deberán ser aplicados a la sangre a fin de poder identificar en ella su nivel de hemoglobina, hematrocitos, identificación del grupo sanguíneo, compatibilidad sanguínea con el receptor, detección de sífilis, hepatitis, VIH, y en caso de que el que suministra la sangre salga positivo con alguno de los reactivos se deberá dar aviso a la Secretaría de Salud para el efecto de que se proceda conforme lo establece la Ley de Salud y se eviten contagios, debiendo el personal médico ser cauteloso en el manejo de los fluidos hemáticos infectados guardando también la debida discreción respecto del infectado.

Es importante hacer notar que la sangre que es suministrada a los bancos de sangre es manejada con algunos químicos que hacen posible su anticoagulación sin lo cual no podría permanecer apta para trasplante, pues la sangre que se mantiene en los bancos es analizada, separada en cuanto a sus componentes y se almacena en espera de que sea requerida, por ello cuando no se utiliza y se llega a su periodo de caducidad el cual es determinado por el químico utilizado para impedir su coagulación, la sangre se tendrá que desechar, de ahí la imperiosa necesidad de obtener sangre en los hospitales para siempre tener aseguradas las reservas del banco de sangre ante la necesidad por cualquier emergencia que llegara a suscitarse.

Cabría después de haber expuesto lo anterior preguntarnos, si efectivamente es una donación el suministro de sangre, será posible hablar de donación cuando a

los pacientes se les exige proporcionen donadores de sangre, los cuales en la mayoría de las veces acuden sin verdadera voluntad, sin el ánimo de realizar esa donación de sangre, pues se presentan en los bancos de sangre en atención a una exigencia que se le hace a su familiar o amigo quien se encuentra siendo atendido en ese nosocomio, en otras ocasiones como ya lo hemos adelantado, ante la imposibilidad de encontrar personas, familiares o amigos que se presten a realizar la donación de sangre se recurre a la compra de ésta, es decir, se contacta a alguna persona a la cual se le da una cierta cantidad de dinero a cambio de que este se presente como donador de sangre de parte del paciente al que se lo requirieron en el hospital respectivo y realice la donación.

Acaso cumple la donación de sangre con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley para considerarse como donación, o por el contrario, se ha utilizado el término donación para hacer notar que el suministro de sangre debe ser gratuito y con un sentimiento altruista, ahora bien, se puede considerar a la sangre y demás fluidos del cuerpo humano parte de nuestro patrimonio, y si es así, porque la ley limita que ese patrimonio sólo pueda donarse y no enajenarse, si por el contrario no se considera a la sangre parte del patrimonio del donante como es que se puede donar, máxime que la propia ley exige que para que un acto jurídico se considere donación debe ser objeto de dicho acto bienes patrimonio del donante y forzosamente los bienes deben ser susceptibles de valorarse pecuniariamente, por ello los bienes susceptibles de donación deben estar en el comercio, pero estos aspectos los trataremos en los próximos apartados.

3.3 DONACIÓN Y TRASPLANTE.

En este apartado abundaremos respecto de la donación y los trasplantes para determinar si, en verdad guardan relación entre sí, por ello retomaremos los elementos de esencia de la donación los cuales han venido evolucionando desde el antiguo derecho romano hasta nuestros días, así como la nueva forma en que la legislación en materia de salud ha definido la donación para el caso de trasplantes.

Consideramos que hay una diferencia abismal en cuanto hace al concepto de donación que manejan las legislaciones vigentes en todas las Entidades de nuestro país, con la que maneja y conceptúa la legislación en materia de salud, la cual por supuesto es una ley de aplicación federal en nuestro país.

El derecho civil señala que la donación es un contrato por medio del cual una persona llamada donante transmite gratuitamente a otra persona denominada donatario, una parte o la totalidad de sus bienes presentes. En este aspecto y como ya lo hemos referido a lo largo de esta investigación el objeto de la donación es una parte o la totalidad de los bienes del donante, entendido por la totalidad de los bienes aquéllos restantes que surgen una vez que el donante se haya reservado en usufructo o en propiedad lo necesario para vivir de acuerdo con sus circunstancias, luego entonces el objeto de la donación debe encontrarse dentro del patrimonio del donante.

Por otro lado, en los Apuntes para la elaboración de un Anteproyecto de reformas a la Ley General de Salud en materia de trasplantes y refiriéndose a los trasplantes de órganos, considera que es: "la transferencia de un órgano, tejido o

células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integran al organismo y persisten viables".³²

Ahora bien, respecto a la donación de órganos el texto en comento señala "la donación es el consentimiento expreso o tácito que realiza una persona para que, en vida o después de su muerte se disponga de su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes".³³

De entrada observamos que en la donación del cuerpo o cadáver o de alguno de sus componentes no es necesario el consentimiento expreso como se exige en el derecho civil, pues basta con que el consentimiento sea tácito para que surta su eficacia, ahora bien, debemos preguntarnos si el cuerpo humano y sus componentes pueden ser considerados parte del patrimonio de una persona, para que así ésta lo pueda donar.

En este contexto y con el fin de determinar si hay vinculación verdadera entre la donación y el trasplante de un órgano habremos de abundar en las atribuciones de la persona por lo que para tal efecto estudiaremos la Teoría de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos.

³² Notas para la elaboración de un anteproyecto de Reformas a la Ley General de Salud en materia de Trasplantes. Versión para discusión 28 de marzo del 2000. Comisión de Salud de la Cámara de Senadores. Pág. 3.

³³ Ídem.

Empezaremos por señalar la definición de persona y tenemos que Boecio citado por el doctrinario ALBERTO PACHECO, la define como "Una substancia individual de naturaleza racional".³⁴

El derecho civil señala que Persona es todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones, con esta definición se desprende que bajo el término persona no sólo se incluyen a los seres humanos sino también a los entes, es decir, a las personas morales, las cuales por cierto en materia civil sí pueden realizar donaciones por medio de sus representantes legales, ya que toda persona moral cuenta con patrimonio propio, pero en materia de trasplantes quedan fuera de la posibilidad de donar en razón de su propia naturaleza, pues son entes y carecen de cuerpo físico, a pesar de que cuentan con patrimonio y representatividad legal.

Visto que sólo las personas físicas pueden realizar donaciones, ello por su propia naturaleza, debemos mencionar que las personas tienen atributos los cuales le confieren autonomía y por ende, surge la posibilidad de realizar una donación de cadáver o de algún componente del cuerpo humano; tomando en cuenta lo anterior, será necesario estudiar los atributos de la persona física, para determinar de donde surge la posibilidad de que una persona disponga de su cuerpo y pueda donarlo en su totalidad o parte de él.

Entre dichos atributos tenemos los siguientes:

³⁴ PACHECO ESCOBEDO. Alberto. La persona en el Derecho Civil Mexicano. Panorama Editorial, S. A., México, 1985, Pág. 16.

a) **Capacidad.**- Es uno de los atributos más sublimes de la persona, el derecho civil la divide en capacidad de goce y de ejercicio; la primera es la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones; la segunda es la posibilidad jurídica del sujeto de hacer valer en forma directa sus derechos y celebrar en forma personal sus actos de índole legal, es decir, de contraer y cumplir con obligaciones, así como ejecutar en forma personalísima los actos procesales a que tenga derecho ante los tribunales que correspondan. La capacidad se adquiere desde antes de nacer, esto es que desde que uno es concebido ya se encuentra dotado de capacidad y ésta se extingue con la muerte; para el caso de la realización de una donación del cuerpo ya en su totalidad para después de la muerte o estando en vida de algún órgano, la ley requiere que el donante tenga capacidad de goce y capacidad de ejercicio, pues los incapaces, los afectados de sus facultades mentales no pueden realizar este tipo de donaciones.

b) **Estado Civil.**- Es la situación jurídica que la persona física guarda con relación a los miembros de su familia, así tenemos que se puede pertenecer a un núcleo familiar en estado de esposo, padre, hijo, pariente por consanguinidad, afinidad o adopción. La fuente del estado civil proviene del parentesco, el matrimonio, el divorcio y el concubinato; el estado civil crea derechos a favor de las personas con quien se tiene parentesco, estos derechos pueden ser patrimoniales. El derecho considera que el Estado Civil es intransferible, indivisible, imprescriptible y extrapatrimonial, la única forma de acreditar el estado civil es con constancias del Registro Civil. En materia de donación de órganos se tiene preferencia si el donante tiene algún parentesco con el donatario, aunque no se requiere ser casado, soltero o estar en concubinato para ser donador de la totalidad del cuerpo o de alguno de sus componentes.

c) **Patrimonio.**- Es el conjunto de los bienes y derechos de una persona que son valorados pecuniariamente. Dentro de esta atribución podemos puntualizar que sólo las personas pueden tener patrimonio, pues son susceptibles de tener derechos y obligaciones, el patrimonio es también la aptitud de ser propietario de bienes, toda persona tiene un patrimonio el cual es inseparable de la persona ya que ésta podrá enajenar o donar, transmitir bienes parte de su patrimonio pero nunca podrá transmitir su patrimonio, se considera el patrimonio como la garantía de las deudas contraídas.

d) **El nombre.**- Es el atributo que sirve para individualizar a la persona, el nombre se compone de una serie de palabras que en su conjunto constituye la combinación que individualiza a una persona, el nombre se compone por un nombre al que comúnmente se le llama de pila, el apellido paterno y el materno, el nombre de pila surge de una declaración de voluntad que los padres hacen ante el Oficial del Registro Civil al momento de registrar; el apellido paterno y materno es aquél que corresponde por la filiación o bien en su caso por la adopción o por una sentencia ejecutoriada; sin duda es necesario contar con un nombre que le distinga a uno de los demás pues sólo de esta forma se le podrá atribuir a uno derechos y obligaciones y a la vez nos identifica como miembro de una familia.

e) **El domicilio.**- Es para las personas físicas el lugar en donde reside habitualmente, a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios, a falta de éstos el lugar donde resida y a falta de éste el lugar donde se encuentre; para efectos de determinar el domicilio se reputa como éste el lugar en donde se ha residido por más de seis meses, así tenemos el domicilio real que es el que hemos

señalado y el domicilio legal que es aquél que es señalado por una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y ejercicio de sus derechos, el domicilio convencional es aquél que es señalado para el cumplimiento de determinadas obligaciones.

f) **Nacionalidad.**- Es el vínculo jurídico político que une al individuo con el Estado, este atributo contempla la diferencia de nacional y de extranjero, el atributo nacionalidad implicará forzosamente la ciudadanía la cual se define como la capacidad que tienen las personas físicas de intervenir en los asuntos políticos del Estado una vez que han cumplido con ciertos requisitos establecidos en la ley.

Una vez que hemos abundado respecto de los atributos de las personas estamos en aptitud de tratar acerca de los derechos de la personalidad, para de esa forma poder determinar de dónde surge la posibilidad de que una persona pueda donar su cuerpo o alguno de sus componentes.

En esta vertiente tenemos que en un lenguaje figurado la persona y el derecho son una célula, la primera es el núcleo mientras que el segundo es la membrana que le protege, el derecho es sin duda el regulador y protector de las conductas y características naturales del ser humano.

El ser humano tiene derechos innatos, que le son propios por el simple hecho de ser hombre, estos derechos le son indispensables para obtener sus fines, los estudiosos del derecho les han denominado "Derechos de la Personalidad", estos derechos no surgen por creación sino por reconocimiento del Estado, son derechos naturales.

CASTÁN TOBEÑAS, afirma: "Dicha denominación se basa en que tales derechos están ligados indisolublemente a la personalidad del hombre, sin aclarar que estos derechos son distintos a la personalidad misma, pues ésta, la personalidad, es la abstracta posibilidad de tener derechos, mientras que los derechos de la personalidad son aquellas facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad; por otra parte, hay que anotar que este calificativo no comprende todos los derechos atribuibles a la persona y que dan contenido a la personalidad sino sólo aquéllos que constituyen su núcleo fundamental".³⁵

CASTÁN TOBEÑAS, propone la denominación de "Derechos Esenciales de la Persona" o "derechos Subjetivos Esenciales" título que a su consideración plantea en mejor forma la importancia de los derechos a los que se refiere.

Los derechos de la personalidad en nuestro concepto son aquellos derechos que corresponden al hombre por el simple hecho de serlo y que deben ser respetados, pues de ellos depende la esencia humana y su desarrollo como tal, son derechos que no son creados sino que nacen con el hombre y el Estado debe reconocerlos.

No debemos confundir los derechos públicos del ser humano con los derechos de la personalidad pues los primeros son aquéllos que el ser humano tiene frente al Estado, los derechos de la personalidad son los que se encaminan a la protección de

³⁵ CASTAN TOBEÑAS, José. *Los derechos de la Personalidad*. Instituto Editorial Reus. Madrid 1952, Pág. 12.

determinados bienes, derechos innatos del ser humano que son fundamentales para su desarrollo y progreso.

Por otra parte, a los derechos públicos también se les denomina garantías individuales y éstos los encontramos contemplados dentro de la Constitución Política de nuestro país, pues se trata de normas federales, mientras que los derechos de la personalidad pertenecen al ámbito del derecho privado, pero es tanta la importancia de los derechos de la personalidad que obliga al derecho público a legislar sobre ellos para tutelarlos.

El por qué, de la confusión respecto de los derechos públicos y los derechos de la personalidad estriba en que ambos tutelan derechos similares, tales como el derecho a la libertad, pues ésta es una garantía individual y a la vez se trata de un derecho de la personalidad, la diferencia la podemos identificar en que como un derecho público puede ser oponible a la propia autoridad y como derecho de la personalidad implica justicia para su titular; el titular del derecho puede disponer de él y hacer valer esos derechos frente a terceros en su papel de particulares.

En este contexto cabe realizarnos la pregunta ¿cuál es la naturaleza de los derechos de la personalidad?, y que al buscar la respuesta podamos determinar si en verdad existe un derecho que podamos ejercitar sobre nuestra propia persona, esto es, si existe en verdad un derecho cuyo objeto sea uno mismo.

En este aspecto JORGE ALFREDO GARCÍA VILLALOBOS, cita a Ulpiano quien señala: "El hombre libre tiene sobre sí mismo una acción aquiliana útil, pero no la tiene directa, porque nadie parece ser dueño de sus propios miembros".³⁶

Desde el antiguo derecho romano se sabe que el ser humano no tenía derecho para disponer de sus propios miembros, no podía enajenarlos ni donarlos.

También se estableció desde la antigüedad que no se puede tener relaciones jurídicas con uno mismo.

"Otra posición al respecto establece que los derechos de la personalidad no son derechos sobre la propia personalidad, sino sencillamente derechos a la inviolabilidad de la persona en sus diversas manifestaciones, el derecho a no ser turbado, perturbado o lesionado por los demás".³⁷

Algunos tratadistas como Pacheco Escobedo se plantean el problema señalando que éste no estriba en determinar si uno mismo tiene derecho sobre su cuerpo, sino más bien el problema estriba en determinar si uno puede disponer de partes de nuestro cuerpo en beneficio o perjuicio de otro, o bien, si se puede conceder a otro derechos sobre nuestro cuerpo una vez acaecida nuestra muerte.³⁸

³⁶ DOMINGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Alfredo. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Editorial Porrúa S. A., Mexico 1993, Pag 36

³⁷ Ídem

³⁸ Cfr. PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Persona en el Derecho Civil Mexicano. Panorama Editorial, S.A., México 1985, Pag 16

Resumiendo el criterio del maestro CASTÁN TOBEÑAS, el problema debe plantearse preguntándonos si el sujeto tiene derecho para disponer de sí mismo y constituirse como sujeto y objeto de derecho, y refiere que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra en la misma persona que los detenta ni en las demás personas vinculadas a él, sino que el objeto de los derechos de la personalidad son los bienes conformados por determinados atributos y cualidades físicas o morales del hombre, los cuales han sido individualizados por el orden legal.

Las corrientes positivistas no admiten que los derechos de la personalidad concedan facultad al individuo, si no existe disposición legal creada por el legislador que así lo permita.

Analizando el criterio del tratadista GARCÍA VILLALOBOS, tenemos que no comparte la opinión de esa corriente, pues señala que no sólo el derecho positivo es vigente y aplicable, refiere que debemos considerar que ante todo existe un derecho natural el cual existe por la propia naturaleza humana y es el fundamento de los derechos de la personalidad y estos son preexistentes al derecho vigente.

No debemos olvidar que los derechos de la personalidad son prerrogativas, poderes, facultades del individuo, pero estos derechos no sólo se tienen que respetar por el Estado y por las demás personas, sino también su propio titular se encuentra obligado a respetarlas, por ello el individuo no puede atentar contra su propia vida, sino en casos muy determinados y así pasa con todos los demás derechos, el hombre no puede renunciar a sus derechos naturales, mucho menos puede transmitirlos, son propios de él, le son únicos a cada persona.

Ahora bien, se ha dicho que los derechos de la personalidad son extrapatrimoniales, esto es, que no pueden ser valuados en dinero, en un precio, de esta forma tenemos que el cadáver de una persona, un órgano humano, un tejido y las células de nuestro cuerpo no pueden ser valuados, no tienen un precio ni pueden tenerlo, son derechos de nuestra personalidad, los cuales son invaluable, pues nos brindan la condición de persona, de vivir, de existir.

Retomando nuestra definición de patrimonio en la que mencionamos que es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que tiene un individuo, y los cuales son valuables pecuniariamente. Observamos que hasta el momento el cuerpo de una persona, sus componentes vivos o muertos no tienen una valoración en dinero, no son valuables, no se encuentran dentro del comercio, y en nuestra consideración no pueden ser objeto de contratación, aunque en materia de salud puedan ser donados, circunstancia de la que nos ocuparemos en el capítulo respectivo.

El maestro GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, define al patrimonio "como el conjunto de bienes pecuniarios o morales, y obligaciones de una persona, que constituyen una universalidad de derecho".³⁹

PACHECO ESCOBEDO, como reacción afirma que: "cualquiera que sea el concepto de patrimonio que se tenga, hablar de patrimonio moral, o expresiones semejantes, para poder incluir dentro de los patrimoniales a los derechos de la personalidad es una extensión indebida que se presta a confusiones y a equivocar términos que la doctrina y la ley han consagrado con un sentido bien definido ya que

³⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad. Editorial Jose M. Cajica Jr. S.A., México, 1971, Pág. 36

se admite universalmente que la primera nota de lo patrimonial es la posible valoración económica o estimación dineraria de los bienes y deudas (activo y pasivo) que forman su contenido".⁴⁰

En nuestra consideración los derechos de la personalidad no se encuentran dentro del patrimonio del individuo, por ello no pueden ser motivo de contratación, no pueden ser motivo de algún acto jurídico de esta índole, pues su naturaleza los hace imposible de ser valorados monetariamente.

En el tratado de DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, cita la clasificación que realiza Pacheco Escobedo respecto de los derechos de la personalidad, dicha clasificación es la siguiente:

- 1 Derecho a la vida.
- 2 Derecho sobre el cuerpo humano.
 - a) Derecho sobre el propio cuerpo.
 - b) Derecho sobre el cuerpo ajeno.
- 3 Derecho sobre el cadáver.
- 4 Derecho sobre la libertad personal.
- 5 Derecho a la individualidad.
 - a) Derecho al nombre.

⁴⁰ PACHECO ESCOBEDO, Alberto LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO, Panorma Editorial S.A., Mexico 1985, Pag 71 y 72

- b) Derecho de Autor.
 - c) Derechos patrimoniales.
 - d) Derechos extrapatrimoniales.
- 6 Derecho a la consideración.
- a) Derecho al honor y la fama.
 - b) Derecho a la intimidad personal.
 - c) Derecho a la propia imagen.⁴¹

Domínguez García Villalobos también cita la clasificación de Gutiérrez y González la cual es la siguiente:

A.- Parte social pública.

- a) Derecho al honor o reputación.
- b) Derecho al título profesional.
- c) Derecho al secreto o la reserva.
- d) Derecho al nombre.
- e) Derecho a la presencia estética.

B.- Parte afectiva.

⁴¹ DOMINGUEZ GARCIA VILLALOBOS, José Alfredo Los Derechos de la Personalidad Editorial Porrúa, S A Mexico 1993 Pag 45

a) Derecho de afección.

b') Familiares.

c') De amistad.

C.- Parte físico somática.

a) Derecho a la vida.

b) Derecho a la libertad.

c) Derecho a la integridad física.

d) Derechos relacionados con el cuerpo humano.

a') Disposición total del cuerpo.

b') Disposición de partes del cuerpo.

c') Disposiciones de accesiones del cuerpo.

d') Derechos sobre el cadáver.

a') El cadáver en sí.

b') Partes separadas del cadáver.⁴²

No cabe duda que el más sublime derecho lo es el derecho a la vida, es un derecho innato al hombre por el simple hecho de serlo, frente al derecho a la vida no existe un derecho a la muerte; el derecho a la vida debe ser respetado y hacerse

⁴² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad, Editorial Jose M. Cajica Jr. S.A., México, 1971, Pág. 686.

respetar. Claro que en la ley existe la pena de muerte y también no hay sanción para aquella persona que priva de la vida a otra lo hace en legítima defensa.

La vida no se justifica en sí misma, pues se considera que ésta tiene un fin supremo más allá del propio sujeto, por ello mismo se considera que el sujeto no tiene derecho de disponer de su propia vida ya que cuenta con la obligación de cumplir con el fin supremo para el cual vive.

Para la ley como ya lo hemos visto la vida de una persona empieza desde su concepción, en consideración de ello desde ese momento le protege, pues considera que tiene derecho a vivir tanto el concebido como el nacido, por ello al primero le tiene por nacido para efectos legales desde que ha sido procreado y se encuentra en el vientre materno.

Sintetizando la idea de Gutiérrez y González respecto del derecho a la vida, tenemos que dicho autor considera que este derecho se genera con el nacimiento y que ese derecho no lo tiene el concebido y no hay un derecho a obtener la vida, pues manifiesta que en caso de tener derechos el concebido no podría ejercitarlos porque todavía no es persona.

Si tomamos en cuenta que la legislación contempla el aborto, la posibilidad de que el concebido pueda heredar y ser donatario, y que para ello únicamente imponiendo como condición que el concebido nazca viable, esto es que sea presentado vivo ante el Oficial del Registro Civil, acaso estas disposiciones como la de penalizar el aborto no tutelan la vida del concebido con el fin de que éste pueda nacer.

Definitivamente nosotros como individuos no tenemos derecho a disponer de nuestra vida, pero aquéllos que lo hacen no pueden ser sancionados pues la evolución nos ha mostrado que no se puede castigar a un muerto, pero sí se puede sancionar a todo aquél que induzca al suicidio de alguna persona, pues así lo dispone el Código Penal.

Considerando lo antes vertido, podemos señalar que el individuo tiene la obligación moral de conservar su vida y en este contexto la ley prevé casos en los cuales una persona puede arriesgar su vida sin que exista sanción de por medio como es el caso de los deportes como el boxeo, los actos que se realizan ante una circunstancia de peligro que demanda un acto heroico, o cuando alguien se somete a una intervención médica con el fin mismo de prolongar su vida y obtener salud.

Aun así nuestra legislación contempla casos en los que una persona puede ser privada de su libertad, tenemos el artículo 14 Constitucional que señala:

"Artículo 14.- ... Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a las leyes con anterioridad al hecho".

También tenemos el artículo 22 de nuestra Carta Magna que señala:

"Artículo 22.- ... Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en

guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

Es sin duda alguna inaceptable la pena de muerte pues la vida es un derecho innato al hombre por el simple hecho de serlo.

En el artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal podemos encontrar una limitación al derecho a la vida, pues en dicho precepto se contempla una excluyente de responsabilidad penal, la cual es legalmente aplicable al homicidio:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor;...

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculcado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Es evidente que tanto en el Código Civil como en el Código Penal se encuentran establecidas disposiciones legales tendientes a la protección a la vida, pues tenemos normas civiles que obligan a los pretendientes a presentar un certificado médico que señale que no padecen sífilis, tuberculosis o enfermedad crónica e incurable que sea contagiosa y hereditaria, también existen disposiciones que obligan a los padres a proporcionar alimentos y a falta de estos la obligación recae en los ascendientes más próximos en grado, de igual forma se cuenta con normas que obligan a la reparación del daño que se ha causado a una persona; en materia penal tenemos el delito de homicidio, estas normas como se puede evidenciar no tienen otro fin más que la tutela de la vida de las personas.

Consideramos que el derecho a la vida debe estar contenido dentro de la materia civil, pues es en aquí donde este derecho tiene su origen.

Mucho se ha abundado respecto a que todo individuo tiene derecho a la vida y que como ésta tiene un fin más sublime que el mismo ser, y en razón de ello el individuo no tiene derecho a despreñar su vida; ante este tenor se ha señalado por varios tratadistas que todo individuo tiene una obligación moral de mantener y cuidar su vida.

Así con respecto a esa obligación moral del individuo en mantener su vida, se ha señalado si es válido considerar dentro de la obligación moral el que una persona mantenga su vida con auxilio de mecanismos artificiales siendo que ese individuo no tiene esperanza médica alguna de salir adelante o restablecerse en su salud; en estudio de ello, más de un tratadista ha manifestado que al hablar de obligación moral de mantener la vida debe entenderse como la realización de todos los medios

ordinarios posibles a la mano para conservar la vida, así dentro de estos medios ordinarios encontramos los medicamentos, tratamientos y operaciones de los cuales se espera un resultado positivo para el enfermo y que no constituyan un gasto desmedido, lejos del alcance del paciente, que le propicie grandes sufrimientos o dolores profundos, de ello podemos desprender que el individuo no se encuentra obligado, para conservar su vida a recurrir medios extraordinarios, medios que se encuentran muy distantes de su alcance, tales como medicamentos, tratamientos y operaciones que sólo pueden ser conseguidos mediante gastos desmedidos, que propiciarían la ruina y miseria no nada más del individuo afectado sino de sus familiares y que además de ello propicie dolores e incomodidades parecidas al padecimiento que no constituyan una posibilidad razonable de salir avante del padecimiento.

Para nadie es ajeno que muchas familias se hundan en la miseria y la preocupación, tratando de librar de un padecimiento a un familiar, el cual es bien sabido que no tendrá remedio alguno a su enfermedad o padecimiento, en este caso sería mejor dejar que su agonía cesara en lugar de prolongarla, sin un fin que constituya una esperanza razonable de alivio.

En el devenir de la evolución del derecho se ha abundado respecto al derecho que el hombre tiene de disponer de sus órganos, tejidos y células o también llamados componentes, desde al antiguo derecho romano se señaló que el hombre no podía disponer de su cuerpo, de sus miembros pues no se acepta la posibilidad de realizar relaciones jurídicas con uno mismo.

"Posteriormente, en el siglo XVI, los autores de la escuela tradicional española de Derecho Natural, al estudiar las relaciones que pueden darse entre la persona y su cuerpo, sostuvieron que el hombre sí tiene derecho sobre su propio cuerpo y por lo tanto, puede disponer de él o al menos de alguna de sus partes, sin que esto llegue a significar un derecho de propiedad sobre el mismo. Esta escuela distingue al *ius in se ipsum*, como es llamado a este derecho, de los derechos patrimoniales que se le pueden atribuir a una persona; según esta corriente, tales derechos le dan la facultad al hombre para apropiarse de cosas ajenas que son necesarias para su subsistencia, o que llegan a él por algún justo título jurídico; en cambio en el *ius in se ipsum*, no puede hablarse de ningún derecho patrimonial pues en el cuerpo es parte del mismo cuerpo es parte de la misma persona y no le ha sido entregada por ningún justo título de adquisición".⁴³

En la actualidad se encuentra aceptada aunque limitada la posibilidad de que el hombre pueda disponer de su cuerpo y de sus componentes.

FERRARA, citado por BORREL MACIÁ señala: "Las facultades de disposición del cuerpo humano constituyen la exteriorización de una actividad lícita, no el ejercicio de un derecho".⁴⁴

Penetrando en las ideas de BORREL MACIÁ, autor Español tenemos que resumiendo su postura apreciamos que dicho autor considera que "el ser humano es una entidad indivisible, carne y espíritu, tiene facultad de determinación en

⁴³ DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. Los derechos de la personalidad. Editorial Porrúa S.A., Mexico 1993, Pág. 54

⁴⁴ BORREL MACIÁ, Antonio. La Persona Humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1954. Págs. 16 y 17.

muchísimos actos que le afectan en forma directa y que se encontrarían sin duda afectados en caso de que otro individuo sobrepasara su esfera jurídica penetrando en la de nosotros y es ahí donde surge y aparece el derecho que proporciona acciones para evitar que se nos afecte nuestra esfera jurídica, el derecho al tutelar el derecho a la vida, prohibir que se ofenda el honor de una persona, que se reproduzca su imagen, al aceptar que el individuo pueda dar su sangre para curación de un enfermo le concede una facultad al individuo sobre su propio cuerpo, sobre aquello que constituye su personalidad, cuenta entonces el hombre con una facultad dispositiva sobre nuestro propio cuerpo y la protección de la ley para evitar que alguien haga uso de nuestro cuerpo sin nuestro consentimiento, Borrel considera que no parece difícil concebir un derecho sobre nuestro cuerpo en considerar éste como objeto de aquél, el hombre puede disponer de sus manos, sus ojos, sus energías, puede realizar diversas conductas con su cuerpo en mayor o menor medida, con mayor o menor voluntad a su gusto a su potestad, lo que implica un poder sobre su cuerpo, una facultad sobre él".⁴⁵

El mismo autor, refiere que la técnica tradicional encuentra dificultades para aceptar y reconocer el derecho sobre la propia persona, pues en las relaciones de dominio y propiedad se cuenta con un sujeto de derecho y con objeto de derecho, los cuales deben ser independientes uno y otro, lo cual en el derecho sobre el propio cuerpo viene a darse los dos elementos en uno, pues la persona es el objeto y sujeto de derecho al mismo tiempo, aunado a ello, tenemos que el concepto de dominio implica la necesidad de dos elementos el objeto y el sujeto de derecho, el que posee la cosa y la cosa poseída, y en el caso del derecho sobre el cuerpo como ya lo dijimos el sujeto de derecho y el objeto de éste confluyen en uno mismo, lo que para

⁴⁵ Cfr Ibidem Pág 16 y 17

la técnica tradicional no es válido, no puede darse; en este aspecto Borrel considera que no deben utilizarse moldes tradicionalistas y obligar a que todo encaje en ellos, el hecho de que se acepte un dominio sobre nosotros mismos no implica un abuso en el derecho sobre nuestro cuerpo, significa más bien la libre actividad sobre nuestro propio cuerpo, ante el Estado, ante las demás personas, pero nuestros actos siempre deben estar conducidos por leyes morales.

Concluye BORREL manifestando que "El hecho de aceptar que el hombre no tiene la facultad legal de limitar o destruir su cuerpo constituye un límite al abuso del derecho de propiedad y no es que sea contradictorio con su uso".⁴⁶

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, al respecto refiere que: "el cuerpo humano es materia que afecta a la contratación, en los casos de la donación de sangre, servicios de nodriza, seguro de vida, tratamientos quirúrgicos, etc., y que la facultad o el derecho que tenemos, debe ejercitarse de modo adecuado al objeto sobre el que recaen".⁴⁷

Consideramos que el individuo sí puede disponer de su cuerpo, en tanto esta disposición no ponga en peligro su vida, pues es precisamente la vida de lo cual el individuo no puede disponer ya que se encuentra obligado moralmente a llevar a cabo todos los medios ordinarios para mantener su vida y salud, por ello no negamos que el individuo tiene cierto derecho de disponer de su cuerpo.

⁴⁶ Ibidem. Pág. 25

⁴⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad. Editorial Jose M. Cajica Jr., S.A., México, 1971, Pág. 815.

De todo lo anterior podemos puntualizar que el disponer de nuestro cuerpo constituye un derecho independiente, autónomo, este derecho lo encontramos inmerso en los derechos de la personalidad de los cuales ya hemos hablado, al identificar la posibilidad de disponer de nuestro cuerpo como un derecho de la personalidad, estamos reconociendo que no es posible señalar que existe un derecho de propiedad sobre el cuerpo, ni sobre sus componentes, y en cuanto al derecho de disponer de ellos, este derecho se encuentra limitado, pues no podemos disponer de nuestro cuerpo o de alguno de sus componentes en forma ilimitada o con desmedida exageración, cuando esa disposición representa un peligro latente para la vida del individuo, por el contrario existiendo la salvedad de que al disponer de un componente del cuerpo no se corre peligro de perder la vida, se ejerce un derecho, el cual como ya lo dijimos pertenece a los derechos de la personalidad.

Hemos visto que el patrimonio se encuentra constituido por bienes que son valorados monetariamente; un componente del cuerpo humano, un órgano, un tejido, unas células, a pesar de que una vez que se encuentra desprendido del cuerpo humano adquiere una naturaleza jurídica distinta, pero un componente humano no encaja en la definición de cosa, de mueble, de inmueble, de bien, y por disposición de la ley los órganos humanos se encuentran fuera del comercio, no pueden ser susceptibles de apropiación particular, no son valorables pecuniariamente.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos interrogarnos ¿cómo es posible que un órgano humano que no es susceptible de apropiación particular, que no es valorable en dinero, que no se puede considerar como parte del patrimonio de una persona, sobre el cual no puede haber derecho de propiedad se pueda donar?, siendo que la donación desde la antigüedad y hasta nuestros días es considerada un

contrato que tiene por objeto la transmisión de derechos o bienes que son valorados en dinero y que corresponden al patrimonio del donante quien debe experimentar una disminución de su patrimonio en la misma medida que el donatario experimenta un enriquecimiento, además la donación por esencia es contrato gratuito y en determinados casos de los contratos más solemnes que existen, en la donación se encuentran totalmente identificados el donante y el donatario, tan es así que para que la donación surta efectos debe el donatario manifestar en vida del donante su aceptación respecto de la misma.

La donación ciertamente es una liberalidad por esencia gratuita, pero no por el hecho de que las disposiciones de órganos humanos se deban realizar en forma gratuita y con ánimo altruista deben considerarse donaciones, además en el ámbito civil el individuo tiene la potestad de realizar la liberalidad o no, esto es, desprenderse de un bien de su patrimonio ya por compraventa, ya por donación; en materia de órganos humanos la legislación constriñe al individuo a que realice donación, es decir, que la disposición de sus componentes las haga en forma gratuita, entonces nos preguntamos ¿acaso en las donaciones de órganos existe en verdad una liberalidad para que la disposición de un órgano sea considerada como donación?, ¿cómo es eso posible? siendo que la ley obliga al disponente a donar alguno de sus componentes, esto es, que cualquier persona que desee disponer de alguno de sus órganos lo debe hacer a título gratuito.

Podemos ahora determinar en consideración nuestra que no existen elementos contundentes y suficientes para considerar que existe vinculación entre los trasplantes de órganos y la donación de los mismos, consideramos que la

utilización del término donación en esta materia no es correcto, no existe naturaleza jurídica para su uso.

¿Por qué se utiliza un concepto de donación válido universalmente en todos los derechos y otro concepto de donación en materia de órganos, al respecto consideramos que los trasplantes de órganos que se generan por disposición, son definitivamente positivos para la curación de diversos padecimientos y no estamos en contra de ellos siempre que la disposición del órgano u órganos se realice bajo la supervisión de médicos especializados y no se atente contra la vida del disponente, pero en lo que no estamos de acuerdo, es en que se aplique el término donación en los procesos de trasplantes de órganos humanos, pues dicho término no es el más exacto al caso concreto en particular, esta consideración la sustentamos en las manifestaciones aquí vertidas, así como por el estudio expuesto y en otras consideraciones que serán explicadas más adelante.

3.4 EL PROCEDIMIENTO EN MÉXICO PARA LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANOS.

En este apartado nos abocaremos a señalar y analizar los pasos, etapas, momentos, requisitos, circunstancias por las que se debe pasar para que se lleve a cabo la donación de un órgano, tejido o células humanos y el trasplante del mismo

Consideramos que al realizar un análisis y estudio del término donación en los procedimientos de trasplantes de órganos, tejidos y células humanos, es necesario

abundar en el procedimiento por el cual se realiza una donación y trasplante de órgano, tejido o células humanos, pues de esta investigación se obtendrán datos valiosos que nos ayudarán aún más a determinar si es válido el uso del término donación en materia de órganos.

Tenemos que en el procedimiento de donación y trasplante de órganos en nuestro país contempla la existencia de elementos, los cuales intervienen en la donación y por ende en el trasplante; entonces encontramos que los elementos los hay personales y materiales.

Dentro de los elementos personales encontramos a los siguientes:

I Disponente.- "Aquél que conforme a los términos de la ley corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte".⁴⁸

Dentro del elemento personal disponente podemos encontrar las siguientes variantes:

a) Disponente originario.- Aquella persona que dispone de su propio cuerpo y componentes del mismo.

b) Disponente Secundario.- Es aquella persona que otorga su autorización para que se disponga del cuerpo de otra persona una vez que ésta ya ha fallecido.

⁴⁸ Proyecto de Decreto por el que se Reforma la Ley General de Salud, Texto Comisión de Salud Cámara de Senadores, México año 2000, Art. 314, Pág. II.

Dentro de los disponentes secundarios tenemos: El cónyuge, la concubina, el concubinario, los ascendientes, los descendientes, los parientes colaterales hasta el segundo grado tomando como referencia la persona de la cual se van a disponer los órganos.

También son disponentes secundarios el Agente del Ministerio Público, en relación a los cadáveres, órganos, tejidos y células humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del cumplimiento de su obligación y función pública, de igual forma la Autoridad Judicial es considerada disponente secundario.

Se considera con esa misma atribución al representante legal de los menores incapaces, pero sólo pueden disponer tratándose de cadáveres.

Las instituciones educacionales respecto de los cadáveres, órganos, tejidos y células humanos que les sean proporcionados para llevar a cabo sus investigaciones y prácticas.

Como se evidencia de lo arriba anotado, existen varias personas que pueden disponer del cuerpo de una persona cuando ésta ya ha fallecido, pero estando en vida la persona sólo ella puede disponer libremente de su cuerpo y sus componentes.

En cuanto a los requisitos que debe cubrir el disponente originario están los siguientes:

Tener una edad entre 18 y 60 años, este requisito se exceptúa tratándose de trasplantes de médula ósea.

Contar con un certificado de buena salud física y psicológica.

Que el órgano o parte de él al ser extraído su función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.

Que en atención a pruebas médicas el órgano, tejido o células a trasplantar sea compatible con el receptor.

Haber recibido información completa y bastante respecto de la intervención quirúrgica, sus consecuencias, y las posibilidades de éxito en la intervención.

Haber expresado su consentimiento por escrito.

Tener parentesco por afinidad civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Este requisito no es aplicable en las donaciones de médula ósea.

En los casos en los que deba intervenir el representante legal o tutor de un incapaz o menor de edad para expresar su consentimiento respecto de la disposición de su cuerpo, se le deberá también proporcionar al tutor o representante legal toda la información respecto a la operación, sus riesgos, y la posibilidad de éxito en la misma.

La ley establece estos requisitos con el propósito de que el donante originario y en su caso sus representantes legales o tutores sepan de los pormenores de la operación y estén en actitud y aptitud de poder manifestar libremente su voluntad al respecto, a continuación transcribimos el concepto de receptor.⁴⁹

II Receptor.- "Es la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, células o productos".

Al receptor de un órgano se le requiere que cumpla con los siguientes requisitos:

Que presente un padecimiento que pueda tratarse de manera eficaz por medio de trasplante.

No presentar padecimiento de enfermedades que constituyan una interferencia con el éxito del trasplante.

Contar con un buen estado de salud física y mental, capaz de tolerar el trasplante y su evolución.

Expresar su consentimiento, una vez que se encuentre informado del motivo de la intervención, sus riesgos y posibilidades de éxito.

Ser compatible con el órgano, tejido o células del donante.

⁴⁹ Ibidem, pág III

Sin duda alguna la realización de una intervención quirúrgica con el fin de separar un órgano, tejido o células humanos del cuerpo de un individuo, es una tarea difícil, en la cual debe existir suma responsabilidad y una investigación a fondo sobre compatibilidad e idoneidad, ello para evitar riesgos, de igual forma debe actuarse con el receptor, pues la intervención se debe llevar a cabo con el propósito de mejorar la salud de éste con el menor riesgo posible.

Ya hemos visto los elementos personales, ahora trataremos respecto a los elementos materiales, los cuales son el objeto materia del trasplante o transfusión a saber son los siguientes:

1 Tejido.- "La identidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función".⁵⁰

2 Órgano.- "La entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos".⁵¹

3 Producto.- "Todo tejido, sustancia extraída, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Se consideran productos la placenta y anexos de la piel".⁵²

⁵⁰ Ibidem Pág III

⁵¹ Idem

⁵² Idem

4 Células germinales.- "Células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión".⁵³

En nuestra legislación no se hace referencia a los heterotrasplantes, los cuales consisten en trasplantes de órganos, tejidos y células de animales para ser utilizados en el cuerpo humano, en opinión de tratadistas como la argentina Bergoglio de Brouwer, en toda legislación se deben incluir disposiciones relativas a los heterotrasplantes pues son de gran importancia ya que se utilizan en casos de urgencias médicas, o en tratamientos determinados y complejos, así de esta forma se estaría también protegiendo al receptor en caso de que se pretendiera experimentar con él.

Para el trasplante de un órgano, tejido o células humanos se requiere forzosamente del consentimiento del disponente, a esto es lo que se le denomina como donación, pues el consentimiento de la disposición del órgano debe ser expresa, darse en forma gratuita, con un sentido altruista.

Respecto del consentimiento, como ya quedó plasmado, tratándose de disponentes originarios compete sólo a éstos autorizar el uso de sus componentes, esto es, que ellos y sólo ellos pueden realizar la donación de alguno de los componentes de su cuerpo.

Refiriéndonos al consentimiento del disponente, el artículo 322 del Proyecto de decreto para la reforma a la Ley General de Salud señala:

⁵³ Idem

Artículo 322.- La Donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo otorgue respecto de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

La donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte.

Artículo 323.- Se requerirá consentimiento expreso:

- I Para la donación de órganos y tejidos en vida, y
- II Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas.

En cuanto a la forma en que debe manifestarse la donación de un órgano, ya vimos que debe ser por escrito, pero qué requisitos debe contener ese documento, entre otros datos la donación expresa debe ostentar lo siguiente:

- a) Nombre completo del disponente.
- b) Domicilio.
- c) Edad.
- d) Sexo.

- e) Estado Civil.
- f) Ocupación.
- g) Nombre y domicilio del cónyuge, concubina, concubinario, en caso de que lo haya.
- h) En caso de ser soltero, señalar el nombre de sus padres y a falta de estos nombre de un familiar cercano.
- i) Expresar qué de propia voluntad y a título gratuito consiente la disposición del órgano, tejido o células humanos del que se trate, expresándose si esta disposición es inter vivos o para después de muerto.
- j) Que se estipule claramente de qué órgano, tejido o células humanos se trata.
- k) Cuando se trate de donación inter vivos, señalar el nombre del receptor o bien las condiciones que permitan identificar al receptor en caso de donaciones para después de la muerte.
- l) Que se manifieste que se ha recibido información a satisfacción sobre las consecuencias de la extirpación del órgano o tejido.
- m) Firma o huella dactilar del disponente.
- n) Lugar y fecha en que se elabora el documento.

Consideramos que el hecho de que en el documento en el que se plasma la donación del órgano, se señale el nombre del receptor o bien, tratándose de donación para después de su muerte se establezca condiciones para la identificación del receptor, se hace con el fin de excluir la posibilidad de propiciar el tráfico de órganos, tejidos y células humanos.

No obstante lo anterior, existe una situación razonable y otra demasiado inflexible en el documento en el que se plasma la voluntad de realizar la donación de un órgano; lo razonable lo vemos en el hecho de que al realizar una donación en vida se plasme en el documento a quien va dirigida dicha donación, esto en razón a que se ha evidenciado que las donaciones inter-vivos por lo regular siempre es un familiar el que realiza la donación o en su defecto un amigo muy cercano, por ello con razón debe determinarse a quien se dirige la donación; por lo que hace a lo inflexible este aspecto lo ubicamos en las donaciones que se realizan para después de muerto, al señalar como requisito en el documento donde se expresa la donación se manifiesten condiciones que permitan identificar al receptor, en muchas ocasiones el donador de órganos para después de su muerte no señala a quien en particular dona su cuerpo o componentes en la situación de que en realidad no le importa a quien se beneficie con sus órganos, sino lo que le importa es que sirvan para ayudar a alguien, en este contexto se debe ser más flexible para que las donaciones para después de la muerte ya que en muchas de ellas es imposible el determinar a quien se le quiere donar el cuerpo o sus componentes, incluyendo esta flexibilidad no incurrimos en el error de descartar que una persona pueda señalar a quien quiere donar su cuerpo o sus componentes una vez que fallezca.

Respecto de la revocación en la donación de órganos humanos o del cuerpo en su totalidad, ésta sólo podrá revocarse en vida del donante sin que exista responsabilidad para él por la revocación.

En materia de órganos se ha establecido que no procede la exigencia de pago de daños y perjuicios por la revocación formulada por el donante, algunos tratadistas señalan que la donación de un órgano que se formula para que se verifique en una

fecha determinada produce efectos de un contrato de promesa de donación, el cual en caso de revocación por parte del donante no existe acción alguna para exigir su cumplimiento.

Lo que sí ha quedado bien claro tanto en la práctica como en teoría es que no puede ser revocada una donación por un disponente secundario cuando el donante originario nunca revocó la donación en vida.

También es necesario abundar respecto del consentimiento del receptor de la donación de órgano, pues aunque en la ley no se le ha dado demasiada importancia al receptor como en el caso del donante o disponente originario, es importante tratar este aspecto.

Bien, visto que la donación de un órgano o componente humano persigue un fin primordial, el cual es que el receptor recupere la salud, no obstante ello es necesario contar con su consentimiento, el cual se podrá obtener una vez que se le haya enterado de los pormenores de la operación, así como sus riesgos habiendo contado con información que a su criterio sea suficiente y bastante sobre el trasplante.

Podemos interrogarnos cual es fin de obtener el consentimiento del receptor considerando que es él quien será el más beneficiado en caso de éxito, en primera la voluntad del hombre debe ser respetada sobre todas las cosas, pues es libre de actuar; sin más límite que la ley y la moral, por ello debe señalar expresamente el receptor su consentimiento respecto a la intervención jurídica; por otro lado las lesiones o daños que pudiera experimentar el receptor respecto de la operación se

encontrarían justificadas ya que éstas han sido resultado de la intención de proporcionar salud y mejoría al receptor.

Respecto a los trasplantes siempre se ha considerado que el hombre no puede ni debe ser motivo de experimentación, respecto de éstos se realizarán en animales, para que de los resultados se pueda llegar a conclusiones científicas que al ponerse en práctica en seres humanos no representen riesgos y experimentaciones.

Por lógica jurídica podemos intuir que el consentimiento que debe expresar el receptor respecto del trasplante debe realizarse por escrito, dicho documento entre otras cosas deberá contener los siguientes datos:

- 1 Nombre completo del receptor.
- 2 Domicilio.
- 3 Edad.
- 4 Sexo.
- 5 Estado Civil.
- 6 Ocupación.
- 7 Nombre y domicilio del cónyuge.
- 8 Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos, de algunos de sus familiares más cercanos.
- 9 El señalamiento preciso de que por su propia voluntad consiente en la realización del trasplante, y que fue enterado en forma suficiente del objeto y clase de la intervención, así como de las posibilidades de éxito.
- 10 Firma o huella digital del receptor.

11 Lugar y fecha en que se emite el documento.

Tratándose de receptores, los cuales por alguna causa no pueden expresar su consentimiento, en este caso se actuará como en los casos de disponentes secundarios, esto es que se recabará el consentimiento del cónyuge, concubina, concubinario o en su caso los ascendientes o descendientes y parientes colaterales hasta el segundo grado, tratándose de menores o incapaces el consentimiento se realizará por sus representantes legales, en todos los casos el consentimiento se expresará hasta en tanto quien deba manifestar el consentimiento se encuentre informado de los pormenores de la operación, así como de las posibilidades de éxito. En estos casos el documento en el que se exprese el consentimiento deberá ostentar el grado de parentesco que une al receptor con quien ha expresado el consentimiento de trasplante.

En atención a lo anterior, podríamos plantearnos la interrogante de ¿qué sucede en casos de urgencia? en donde no se puede esperar a que se exprese el consentimiento por un familiar o representante legal, en esta vertiente el Reglamento de trasplantes señala que en casos urgentes quienes deberán expresar el consentimiento para la realización del trasplante deberán ser el cónyuge, la concubina, el concubinario, los ascendientes, los descendientes o los parientes colaterales hasta el segundo grado, a falta de estos el consentimiento podrá ser realizado por la comisión interna de trasplantes del hospital del que se trate.

La legislación de nuestro país no acepta la donación de órganos cuando el que pretende donar el órgano u órganos es menor de edad y se trata de donación inter vivos, así lo especifica el artículo 326 de la Ley General de Salud, pues exige a

quien pretende donar un órgano que tenga una edad entre los dieciocho años como mínimo y los sesenta años como máximo.

Con respecto a la limitante que nuestra legislación en materia de salud impone a los menores de edad, en el sentido de que éstos no pueden donar órganos, tal postura del legislador es debatible, ya que para nadie es ajeno que existe un gran número de menores de edad que por algún padecimiento necesitan de un trasplante y en ocasiones el donante o disponente es un familiar menor de edad, que no puede disponer de sus órganos, por así señalarlo la ley, incrementándose el riesgo y sufrimiento de aquél que requiere el trasplante; al respecto se ha comentado mucho el caso de que el disponente menor de edad fuere hermano del receptor, y este caso se pueda determinar si es válido privar al hermano del receptor de salvar la vida a su hermano; sin duda alguna el legislador debe poner atención en este sentido y ver la forma de incluir casos especiales en los cuales se puede permitir la donación de órganos cuando el donante sea menor de edad.

Este tipo de casos ya se encuentra regulado en países como lo es Francia en donde se autoriza este tipo de donación formulada por menores, siempre que el disponente sea hermano del receptor, que se cuente con el consentimiento del representante legal del menor y también se cuente con el consentimiento de un comité de tres de expertos entre los que deberá haber dos médicos y uno de ellos con al menos veinte años de ejercicio profesional. Así también, la ley de Dinamarca contempla este caso y permite la donación de órganos de menores de edad, la cual en aquel país se obtiene a los veintiún años de edad, en estos casos se debe atender a las condiciones particulares, las cuales de su estudio permitirán la aprobación o no, así también se deberá contar con el consentimiento el tutor.

Se debe hacer hincapié en que pese a las disposiciones contempladas por legislaciones como la de Francia y Dinamarca, si el menor de edad manifiesta su negativa a la extracción ésta no se llevará a cabo.

La legislación en materia de salud de nuestro país en su artículo 328 señala una restricción respecto de las personas privadas de su libertad, pues se aduce en dicho precepto legal que no podrán realizar donación de órganos y tejidos, a menos que, el receptor sea su cónyuge, concubina, concubinario o familiar. Respecto del término familiar la Ley General de Salud es omisa en señalar su significado, pues hablar de familiar puede tener varias connotaciones y de ellas no se establece cual es la aplicable en materia de salud, pero tomando en cuenta el espíritu de la ley se considera que el término familiar en un aspecto restrictivo, entonces podemos señalar que puede ser para nuestra legislación de salud que hablar de familiar es referirse a los ascendientes, descendientes en cualquier grado y en línea colateral hasta el segundo grado, tal y como se trata en los disponentes secundarios.

Tratándose de mujeres embarazadas éstas sólo podrán donar tejidos con fines terapéuticos, pero debe de existir la certeza de que no corra peligro su vida ni la del producto, también es necesario que el receptor se encuentre en inminente peligro de muerte en caso de no recibir la donación del tejido del que se trate, así lo señala el artículo 327 de la Ley General de Salud.

Con lo señalado en el precepto legal antes invocado, nos podemos percatar con facilidad que son varias las circunstancias que se contemplan para que la donación de un tejido realizada por una mujer en estado de gravidez pueda llevarse

a cabo, al respecto consideramos que el espíritu de la ley es el de salvaguardar la vida e integridad de la mujer y del producto, pues se encuentra científicamente comprobado que la extirpación de un órgano, tejido o células humanos puede poner en riesgo la salud del disponente y tratándose de una mujer embarazada los riesgos podrían ser mayores.

Refiriéndonos a problemas médico legales con relación a la donación y trasplante de un órgano, tejido o células humanos, observamos que tratándose de donador vivo, los problemas son menores y superables sin duda con facilidad, pues el hecho de la donación en materia de órganos se reduce a un consentimiento informado que autoriza la remoción de un órgano, tejido o células humanos, por supuesto que el disponente deberá contar con mayoría de edad y con la capacidad de sus facultades mentales.

Respecto de las donaciones que se realizan por un donador vivo, éstas pueden ser de sangre, piel, médula ósea y en cuanto a órganos tenemos que la única donación posible es la de riñón, páncreas, segmento distal e intestino en una porción no más de 50 cm. y sólo puede llevarse a cabo cuando ha quedado demostrada la presencia de dos riñones saludables en el cuerpo del disponente o donador.

Respecto de los trasplantes que se dan en virtud de un donador muerto, en primer término habremos de señalar, que para la legislación toda persona que muera y que no haya expresado en vida de alguna forma su negativa de constituirse en donador de su cuerpo y componentes, se le considerará donador tácito pues el

Proyecto de Decreto por el que se Reforma la Ley General de Salud señala lo siguiente:

Artículo 324.- Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa que su cuerpo o sus componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento expreso de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

El escrito por el que la persona exprese no ser donador, podrá ser privado o público, y deberá estar firmado por éste, o bien la negativa expresa podrá constar en alguno de los documentos públicos que para este propósito determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes.

Las disposiciones reglamentarias determinarán la forma para obtener dicho consentimiento.⁵⁴

De la anterior transcripción se corrobora la consideración que hemos hecho, pero además, se evidencia que para que se disponga del cadáver o algún componente de un donador tácito, se deberá obtener el consentimiento expreso del cónyuge, de la concubina, del concubinario, de los ascendientes, de los descendientes, de los hermanos, del adoptado o el adoptante. En este contexto observamos mayor problemática para la realización de los trasplantes de órganos

⁵⁴ Ibidem Pag. VI

cuando estos provienen de un donador muerto, ya tenga éste la característica de donador tácito o de donador expreso.

Entre las principales dificultades que se suscitan en los trasplantes de órganos que provienen de donador muerto tenemos entre otros los siguientes: El órgano que será motivo de trasplante debe encontrarse en condiciones óptimas, es decir, tener su funcionamiento normal, por citar un ejemplo podemos decir que el riñón debe ser examinado minuciosamente para determinar su estado óptimo; así se debe realizar un estudio del órgano, tejido o células humanos que será dispuesto.

Cuando una persona ha sido declarada clínicamente muerta porque sus signos vitales no son localizados ni identificados durante un lapso mayor de cinco minutos, el cuerpo de dicha persona no podrá ser utilizable para obtener algún órgano para trasplante, pues ya se habrá iniciado un proceso irreversible de autolisis o autodescomposición que propicia su inutilidad para la utilización de sus componentes para trasplante.

La condición que impone que el componente de un cadáver pueda ser utilizable para trasplante, es que el donante se encuentre con muerte cerebral o bien inmerso en un coma irreversible, pues las funciones fisiológicas de los seres que se encuentran en ese estado siguen dándose, lo que propicia que los componentes del cuerpo se encuentren en funcionamiento óptimo, en un estado normal.

3.5 GENERALIDADES

En este apartado habremos de desentrañar como el título lo señala, las generalidades respecto de las donaciones y trasplantes de órganos humanos, pues se debe atender a aspectos y conceptos generales, para que la disposición de un cadáver, sus componentes puedan ser utilizados de la mejor manera y con la mayor salvedad de éxito, en este contexto existe la forma genérica de cómo determinar la muerte de un ser vivo y cuál es el momento idóneo y propicio para la extirpación del componente y su trasplante, también tenemos la consideración general que nos ubica respecto de la propiedad de un cadáver, quiénes pueden disponer de él y en qué forma, por ello habremos de abundar en estos temas, con el fin de dejar claro los aspectos, cuestiones y conceptos que son generales en la donación y trasplante de componentes humanos.

Sin duda es importante el saber los criterios que determinan cuando se considera que una persona ha muerto, para que de esa forma se esté en posibilidad de realizar la extracción trasplante de un órgano con éxito, en esta vertiente comenzaremos por abundar respecto de las definiciones de muerte.

Respecto de la definición de muerte el autor FRANCISCO JAVIER TELLO FLORES, señala que "Es el cese irreversible de las funciones vitales"⁵⁵. El mismo autor respecto de la muerte cerebral refiere que: "Es una destrucción irreversible de ambos hemisferios cerebrales, con exclusión del tallo cerebral y del cerebelo"⁵⁶.

⁵⁵ TELLO FLORES, Francisco Javier. Medicina Forense. Editorial Oxford, México 1999, Pág. 198.

⁵⁶ Idem

La obtención de órganos sanos que mantengan su función normal, depende de un diagnóstico temprano de muerte cerebral, ello proporciona la oportunidad de intervenir en el cuerpo antes de que la circulación sanguínea cese.

Para estar en aptitud de poder determinar una muerte cerebral, se cuenta con tres criterios generales que se sustentan en las siguientes consideraciones:

El primer criterio establece que la causa que ha propiciado el coma debe estar bien claro, esto es que se debe estar en pleno conocimiento que el paciente no se encuentra bajo el influjo de alguna droga que haya producido su estado al haberse sobredosificado, que no se encuentre bajo los efectos de la hipotermia, y que el equilibrio ácido básico y la oxigenación sean normales.

El segundo criterio estatuye la falta de respuesta cerebral, que se hayan realizado dos electroencefalogramas isoelectrícos con un intervalo de 12 a 24 horas y un estudio neurológico a fondo.

El tercer criterio alude la ausencia de las funciones de tallo cerebral, ausencia de respuesta de las pupilas no reactivas, la falta de respuesta oculovestibulares y falta de respiración espontánea.

El maestro TELLO FLORES, en su obra cita el diagnóstico de muerte cerebral de Harbard, el cual señala que para emitir un diagnóstico de este tipo se debe contar con las siguientes características:

Coma sin respuesta.

Apnea.

Ausencia de reflejos cefálicos.

Ausencia de reflejos espinales.

Electroencefalograma isoelectrico.

Persistencia de estas condiciones por lo menos durante 24 horas.

Ausencia de intoxicación por drogas o hipotermia.⁵⁷

El autor en comento también cita el criterio de Minnesota para poder diagnosticar muerte cerebral y para librar tal diagnóstico según dicho criterio se debe contar con las siguientes características:

Requisito básico previo: diagnóstico de lesión cerebral irreparable.

No hay movimientos espontáneos.

No hay respiración espontánea.

Ausencia de reflejos del tallo cerebral.

Persistencia de tal condición sin cambios durante 12 horas.⁵⁸

En nuestro país, el Reglamento Federal de Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de seres Humanos en su artículo 65 establece los términos para que se considere la muerte cerebral, los cuales son los siguientes:

La comprobación de la pérdida de la vida se hará en los términos del artículo 208 del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, ajustándose a los siguientes criterios:

⁵⁷ Ibidem Págs 198 y 199

⁵⁸ Idem.

- I Falta de percepción y respuesta a los estímulos adecuados.
- II Ausencia de los reflejos de los pares craneales y los reflejos medulares.
- III Ausencia de la respiración espontánea.
- IV Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno.
- V Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de brumores, barbitúricos, alcohol o hipotermia.

Para los casos de los incisos anteriores, las circunstancias deberán persistir durante 24 horas. Si antes de las 24 horas citadas se presentare paro cardiaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida.

En el Proyecto de Decreto por el que se Reforma la Ley General de Salud en el Capitulo IV titulado Pérdida de la vida en artículos que a continuación se transcriben se señala el criterio legal para determinar la pérdida de la vida.

Artículo 343.- Para efectos de este Titulo, la pérdida de la vida ocurre cuando:

- I Se presenta la muerte cerebral, o
- II Se presenten los siguientes signos de muerte:
 - a La ausencia completa y permanente de conciencia;
 - b La ausencia permanente de respiración espontánea;
 - c La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y
 - d El paro cardiaco irreversible.

Artículo 344.- La muerte cerebral se presenta cuando existen los siguientes signos:

I. Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales;

II. Ausencia de automatismo respiratorio, y

III. Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.

Los signos señalados en las fracciones anteriores deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas:

I. Angiografía cerebral bilateral que demuestre ausencia de circulación cerebral, o

II. Electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica cerebral en dos ocasiones diferentes con espacio de cinco horas.

Artículo 345.- No existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización de las siguientes personas: el cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los hermanos, el adoptado, o el adoptante, conforme al orden expresado; se prescinda de los medios artificiales que evitan que en aquél que presenta muerte cerebral comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la facción II del artículo 343.

Una vez que una persona ha tomado la determinación de disponer de alguno de sus componentes, con el fin de que éste sea transplantado a otra persona, como se ha señalado, deberá expresar esa circunstancia en un documento por escrito, el cual contendrá los datos que hemos ya citado, pero además se deberá llenar la Tarjeta Uniforme de Donación , documento que a continuación se plasma:

TARJETA UNIFORME DE DONACIÓN

YO _____

Nombre

Apellido paterno

Apellido materno

CON LA ESPERANZA DE QUE PUEDA AYUDAR A OTROS, YO, EL QUE SUSCRIBE,

HAGO ESTA DONACIÓN, SI ES MÉDICAMENTE ACEPTABLE, PARA QUE SEA EFECTIVA EN EL MOMENTO DE MI MUERTE.

LAS PALABRAS Y MARCAS QUE SIGUEN INDICAN MIS DESEOS.

YO DOY

- (A) CUALQUIER ÓRGANO O PARTE DE ÉL
- (B) SOLAMENTE LOS SIGUIENTES ÓRGANOS O PARTE DE ELLOS.

Especifique el órgano(s) o parte(s)

CON EL FIN DE QUE SEA TRASPLANTADO, PARA TERAPIA, INVESTIGACIÓN MÉDICA O EDUCACIÓN.

- (C) MI CUERPO PARA ESTUDIOS ANATÓMICOS SI SE NECESITAN.

LIMITACIONES O DESEOS ESPECIALES

Firmada por el donador y dos testigos, con la presencia de cada uno

Firma del donador

Fecha de nacimiento del donador

Fecha de la firma

Ciudad o Estado

Testigo

Testigo

Podemos concluir que para un exitoso trasplante de órganos, éstos deben de provenir de un donante que haya sido declarado con muerte cerebral o bien sea un donador vivo, aunque también pueden obtenerse componentes viables de cuerpos que han perdido la vida por algún accidente; tratándose de donador con muerte cerebral, que se cuente con el consentimiento expreso de las personas contempladas dentro de las cuales tienen esa facultad, que la declaratoria de muerte cerebral se haga atendiendo al criterio legal establecido, que la extirpación del órgano se haga antes de que el cuerpo comience con su etapa de autodescomposición.

Habiéndose dado el consentimiento para la extirpación del órgano, tejido o células humanos, contándose con dicho componente viable para el trasplante y al estar dados los medios personales y materiales para la intervención, ésta se verificará observando las medidas más adecuadas para ello, siempre actuando con suma responsabilidad y profesionalismo, con el único fin primordial de brindar salud y vida a quien lo necesita.

En nuestro país sólo se realizarán las extirpaciones de componentes humanos y los trasplantes de los mismos en los establecimientos médicos que previamente cuenten con las autorizaciones sanitarias respectivas y que cuenten con el personal y material adecuado para ello.

Ahora bien, partiendo de lo antes vertido y considerando que para que se lleve a cabo la disposición de un componente del cuerpo de una persona que ha sido

declarada con muerte cerebral también se necesita la autorización o consentimiento expreso de alguno de los disponentes secundarios, surge la interrogante ¿cómo se actúa ante la ausencia de alguno de los disponentes secundarios, cómo se puede llevar a cabo la disposición de un órgano en este aspecto? máxime si están dados los medios para un trasplante exitoso, para ventilar esta interrogante habremos de abundar al respecto de otro concepto general en este tema, nos referimos a la propiedad del cadáver; resultando que un ser al ser declarado con muerte cerebral se considera cadáver.

Así las cosas, tenemos que el trato a un cadáver y la forma en que se debe disponer de él, se encuentra matizado por aspectos tanto religiosos como sociales, gran influencia ha tenido la ciencia para poder propiciar los medios para que un trasplante de órgano se vuelva una tarea práctica con pocos riesgos y grandes expectativas de éxito, pero antes de todo esto, debemos dejar establecido los criterios por los cuales se determina a quién pertenece el cuerpo de un cadáver, ello con el fin de que se pueda disponer de sus componentes sin problemas legales.

Al respecto, el Proyecto de Decreto por el que se Reforma la Ley General de Salud establece que un cadáver no puede ser sujeto de apropiación, criterio que ha prevalecido en la mayoría de las legislaciones desde hace años, a continuación se transcriben algunos preceptos del proyecto en comento relacionados con el trato y disposición de cadáveres:

Artículo 346.- Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respecto, dignidad y consideración.

Artículo 347.- Para los efectos de este Título, los cadáveres se clasifican de la siguiente manera:

- I. De personas conocidas, y
- II. De personas desconocidas.

Los cadáveres no reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores a la pérdida de la vida y aquéllos de los que se ignore su identidad serán considerados como personas desconocidas.

Artículo 348.- La inhumación o incineración de cadáveres sólo podrá realizarse con la autorización del Oficial del Registro Civil que corresponda, quien exigirá la presentación del certificado de defunción.

Los cadáveres deberán inhumarse, incinerarse o embalsamarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la autoridad sanitaria competente o por disposición del Ministerio Público o de la autoridad judicial.

La inhumación o incineración de cadáveres sólo podrá realizarse en lugares permitidos por las autoridades sanitarias competentes.

Artículo 349.- El depósito y manejo de los cadáveres deberá efectuarse en establecimientos que reúnan las condiciones sanitarias que fije la Secretaria de Salud.

La propia Secretaría determinará las técnicas y procedimientos que deberán aplicarse para la conservación de los cadáveres.

Artículo 350 bis 3.- Para la utilización de cadáveres o parte de ellos de personas conocidas, con fines de docencia e investigación, se requiere el consentimiento del disponente.

Tratándose de personas desconocidas, las instituciones educativas podrán obtenerlos del Ministerio Público o de establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social. Para tales efectos, las Instituciones educativas deberán dar aviso a la Secretaría de Salud, en los términos de esta Ley y demás disposiciones aplicables.

En atención a lo anterior, podemos señalar que un cadáver no puede ser objeto de apropiación, no se puede ejercer sobre un cuerpo un derecho de propiedad, luego entonces como ya vimos, ante el deceso de una persona sin que ésta haya expresado en alguna forma su negativa de constituirse en donador de su cuerpo y componentes, por disposición de la ley se le considera donador tácito y se deberá recurrir a la autorización de alguno de los disponentes secundarios para que se pueda disponer del cuerpo y componentes de ese cadáver, en los casos de personas desconocidas, en las que por ende no se cuenta con familiar alguno o persona que le reconozca se deberá actuar conforme a las disposiciones legales que hemos transcrito líneas arriba.

En la actualidad existe una gran demanda de órganos, día a día el número de personas que se suma a la lista de quienes requieren un trasplante para sobrevivir va

en aumento, es por ello que el legislador preocupado por esta demanda ha dispuesto la creación de normas que hagan más factible la obtención de componentes humanos, sin embargo, debemos señalar que son muy limitados los donadores vivos, pues en la mayoría de los casos este tipo de donaciones surge entre familiares, esto es, que ante la necesidad de un trasplante un familiar del que se encuentra afectado y requiere la substitución del órgano, surge un familiar quien le dona el órgano que necesite o bien el tejido o células; hay personas que demandan un trasplante y no se encuentran ante la imposibilidad de que un familiar les done, por lo que están esperanzados a la obtención de un órgano que provenga de un donador muerto, que como ya vimos este tipo de donaciones se encuentra sujeta a la realización de varias circunstancias, como lo son el motivo de la muerte, el tiempo de intervención, que el órgano se encuentre viable para el trasplante, la compatibilidad del órgano con el cuerpo del receptor, que estén dadas las condiciones de personal y lugar para realizar la operación y por supuesto que se realice todo el proceso en los términos legales dispuestos para ello, sin duda alguna se debe mostrar suma atención al aspecto legal de las disposiciones de cadáveres, pues del buen manejo de ellos se propiciarían grandes esperanzas para aquéllos que se encuentran afectados de su salud y están en espera de un órgano que les vuelva a la vida.

CAPÍTULO IV

MARCO JURÍDICO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS HUMANOS.

4.1 LEY GENERAL DE SALUD.

Sin duda alguna la Ley General de salud es la que contiene la normatividad en materia de donación de órganos y trasplantes de los mismos, debemos señalar que el aspecto rector en esta materia se le concede a dicha ley la cual encuentra su fundamento de origen en lo dispuesto en el artículo 4º Constitucional, el cual sirve de base y fundamento para nuestra ley sanitaria, dicho precepto Constitucional para mejor proveer a continuación se transcribe:

Artículo 4º.- La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

El 3 de Febrero de 1983 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la adición al artículo 4º constitucional, en cuyo párrafo tercero se dispuso que "toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Así pues, hemos establecido que la Ley General de Salud contiene las normas que se encargan de regular el procedimiento para la donación y trasplante de un órgano humano, en este contexto tenemos que en la reciente reforma a dicha ley se señala lo siguiente:

Artículo 313.- Compete a la Secretaría de Salud:

- I. El Control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado centro nacional de trasplantes, y
- II. La regulación y el control sanitario sobre cadáveres.

La ley General de Salud en su artículo 1º establece claramente lo siguiente:

Artículo 1º.- La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.⁵⁹

Observamos que dicha legislación es de índole federal por su aplicación en toda la República y que su fin primordial es la protección a la salud, a la que tiene

⁵⁹ Proyecto de Decreto por el que se Reforma la Ley General de Salud, Texto Comisión de Salud Cámara de Senadores, México año 2000, Pág 1

derecho todo mexicano por disposición Constitucional ya que se considera una garantía de todo individuo.

En la reciente Reforma a la Ley General de Salud en su artículo 18 se señala que la Secretaría de Salud propondrá la celebración de acuerdos de coordinación con los gobiernos de las entidades federativas para la participación de éstos en la prestación de los servicios a los que se refieren las fracciones I, III, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII del artículo 3º de esta Ley.

Dicho precepto se refiere a que la Secretaría de Salud deberá buscar las bases para realizar acuerdos con los Estados Federados en los siguientes rubros, los cuales emanan del artículo 3º Constitucional:

- I. La organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud a los que se refiere el Artículo 34, fracciones I, III y IV, de esta Ley;
- III. La coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud a los que se refiere el Artículo 34, fracción II;
- .XXI. El programa contra la farmacodependencia;
- XXII. El control sanitario de productos y servicios y de su importación y exportación,
- XXIII. El control sanitario del proceso, uso, mantenimiento, importación, exportación y disposición final de equipos médicos, prótesis, órtesis,

ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos;

XXIV. El control sanitario de los establecimientos dedicados al proceso de los productos incluidos en la fracción XXII y XXIII;

XXV. El control sanitario de la publicidad de las actividades, productos y servicios a que se refiere esta Ley;

XXVI. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos;

XXVII. La sanidad internacional, y

XXVIII. Las demás materias que establezca esta Ley y otros ordenamientos legales, de conformidad con el párrafo tercero del Artículo 4º Constitucional.

En la fracción XXVI, se contiene el señalamiento que hace referencia al control sanitario respecto de la disposición de órganos, tejidos, células y cadáveres, el cual corresponde a la Secretaría de Salud.

La Ley General de Salud actual ha sufrido reformas en el año de 1987, 1997 y las recientes de este año.

En el año de 1987 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Decreto de reformas y adiciones; y en el año de 1991 se elaboró otro decreto más en el que su título décimo cuarto dedicado al Control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. El título en comento, se encontraba estructurado por los siguientes capítulos I, "Disposiciones comunes" que contenía ocho artículos; el capítulo II, "Órganos y tejidos" el cual se componía de 15 artículos; y el capítulo III, "Cadáveres" el cual se encontraba dotado de 15 preceptos jurídicos, estas reformas y adiciones que la Ley General de Salud ha sufrido aunado a la realidad social y las necesidades que imperan sentaron las bases para la reforma actual a la Legislación en materia de salud, cuyo fin primordial es propiciar los mejores avances en materia de salud que constituyan una seguridad para los mexicanos en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 4º Constitucional.

La Ley General de Salud anterior a las recientes reformas no contemplaba la figura de donación de órganos, pues se limitaba a hablar sólo de disposición y toma de órganos como se desprende del artículo 324 el cual señala lo siguiente: "Para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables. Tratándose de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas, bastará el simple consentimiento por escrito del donante. El disponente originario podrá revocar el consentimiento en cualquier momento y sin responsabilidad de su parte".⁶⁰

⁶⁰ Ley General de Salud. Editorial Porrúa. México 1999, artículo 324.

Ahora con las reformas de reciente creación se ha establecido el capítulo II el cual se refiere en concreto a la Donación de órganos y en su artículo 320 señala: "Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total y parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título".⁶¹

Este precepto de reciente creación faculta al individuo para poder disponer libremente de su cuerpo y de sus componentes, pero a su vez le limita al imponerle que sólo pueda realizar donaciones respecto de su cuerpo y componentes, sin duda es el primer precepto legal que concede claramente facultad a la persona para disponer de su cuerpo, pues anteriormente el artículo 324 hablaba al respecto de una toma de órganos, la cual debía realizarse con autorización del disponente originario, esto es, que la Autoridad Sanitaria tenía la facultad de tomar los órganos de algunas personas pero siempre con consentimiento del disponente originario, como se observa en el artículo 320 reformado ya se habla de donación del cuerpo y sus componentes, se le concede plena facultad a la persona para disponer de su cuerpo siempre que dicha disposición sea acorde a los fines y preceptos establecidos en la Ley General de Salud.

El artículo 325 reformado señala "La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes".⁶²

⁶¹ Ídem

⁶² Ídem.

El precepto antes mencionado de reciente creación nos estatuye el concepto de donación comenzando por decir que el concepto que se vierte en dicho artículo es de aplicación en materia de órganos, en este contexto debemos acaso entender que ahora la donación es específica para cada caso concreto y dada la naturaleza del acto jurídico se determinará el concepto, elementos y formalidades de la donación que nos ocupa.

De igual forma, el precepto en comento señala que la donación en materia de órganos se trata de un consentimiento el cual puede ser tácito o expreso de la persona, este hecho es controversial, pues desde siempre la donación se ha caracterizado por el animus donandi, el cual en la donación tácita se pierde por completo, se resta una serie de formalidades de suma importancia, tratando de sustentar esta circunstancia en el hecho de que este tipo de donación es sólo aplicable a la materia de órganos; desde siempre la donación ha sido una en cuanto a sus elementos de esencia, formalidades, objeto y sujetos de la relación, hasta ahora con las recientes reformas motivo de este estudio en el que se da un uso diverso a la donación, en donde los elementos, sujetos, objetos y elementos de esencia son totalmente diversos al concepto original y correcto, lo cual en nuestro criterio es errónea su aplicación.

El concepto en comento señala que la donación hecha respecto del cuerpo o sus componentes son para el uso de trasplantes y omite hablar respecto de estudios científicos, prácticas profesionales de Instituciones educativas o con fines terapéuticos de investigación, circunstancias que se actualizan en la realidad, ya que muchas de las donaciones de cadáveres u órganos sirven para investigación.

Nuestra ley General de Salud recientemente reformada nos habla de dos formas de donaciones de cadáver y de sus componentes, a saber la expresa y la tácita; respecto de la primera señala el artículo 322 "La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

La donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte".⁶³

Respecto a este artículo, observamos que para que una donación sea expresa en materia de órganos sólo se requiere elaborarla por escrito, ya no es necesario la intervención de un notario o en su defecto de dos testigos, como anteriormente a las reformas lo requería el artículo 324, con ello se evidencia que la formalidad en la donación de órganos ha desaparecido reduciéndose a una simple manifestación escrita de la voluntad, olvidándose por completo de la esencia de la verdadera donación, sus requisitos, sus elementos, su objeto y los sujetos que en ella intervienen, razón por la que consideramos que el término donación no es el más aplicable en esta materia y al hecho concreto en particular, pues ya no contiene los elementos de esencia jurídica de la donación, los cuales han prevalecido desde el antiguo derecho hasta la actualidad

Dicho precepto, estatuye que la donación puede ser amplia o limitada, refiriendo que la amplia es respecto de la totalidad del cuerpo y la limitada sólo respecto de algún o algunos órganos, en este sentido reconocemos que el individuo tiene derecho a disponer de su cuerpo y sus componentes siempre que tal disposición no ponga en peligro su vida, en este contexto consideramos que tratándose de órganos debe respetarse la voluntad del disponente, en el sentido de que disponga de todo su cuerpo para después de su muerte o de alguno de sus componentes una vez habiéndose verificado el deceso o bien disponga de los componentes que puedan ser materia de disposición sin que se ponga en peligro la vida, no existe donación tácita en el derecho, sólo la encontramos en materia de órganos, lo tácito no es compatible con la donación, pues para que exista donación debe haber una liberalidad, una voluntad de dar, desprenderse voluntariamente de algo, lo que en materia de órganos no se verifica en la realidad.

En el segundo párrafo del artículo en comento que alude a la posibilidad de que el donante en materia de órganos pueda señalar en el documento en el cual plasma su donación expresa a favor de quien realiza la donación ya sea persona o instituciones, esta circunstancia está por demás pues en toda donación el donante tiene esa facultad implícita en su liberalidad, pues libera en este caso sus componentes o su cuerpo y puede hacerlo a quien desee ya sea persona o institución, pues esta facultad se encuentra implícita en el reconocimiento de que el individuo pueda disponer libremente de su cuerpo y componentes.

⁶³ Ídem.

Nos llama la atención lo contenido en el segundo párrafo del artículo que analizamos, pues en él se estatuye que el donante puede señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar y cualquier otra que condicione la donación, con respecto a esto cabe interrogarnos ¿qué acaso estamos hablando de la posibilidad de una donación onerosa?, ¿hasta dónde se puede llegar una condición en una donación?, ¿cuáles son los límites de este precepto legal?, todas estas interrogantes caben pues queda ambiguo y abierto a la interpretación desde distintos puntos de vista de dicho precepto, constituyendo con esto una laguna que a la postre representará un problema legal al respecto.

Ahora bien, con respecto al consentimiento tácito de donación al que se hace referencia en el artículo 324 reformado que refiere:

Artículo 324.- Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes siempre y cuando se obtenga también el consentimiento expreso de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante: conforme a la prelación señalada.

El escrito por el cual una persona exprese no ser donador, podrá ser privado o público, y deberá estar firmado por éste, o bien, la negativa expresa podrá constar en alguno de los documentos públicos que para este propósito determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes.

Las disposiciones reglamentarias determinarán la forma para obtener dicho consentimiento.⁶⁴

Observamos que en materia de órganos se contempla la donación tácita la cual en ninguna otra materia es posible, pues la esencia de la donación como la hemos referido es la voluntad de realizar una liberación sin coacción alguna y esa voluntad debe expresarse en forma contundente, al respecto de ello consideramos que si una persona no ha manifestado expresamente su voluntad de disponer de su cuerpo o de sus órganos ya en vida o para después de su muerte según sea el caso, es porque no tiene voluntad en hacerlo, en este contexto podemos interrogarnos que acaso no existe una coacción de la ley al obligar al individuo a expresar su negativa de constituirse en donador, siendo que debería ser por el contrario, es decir que la ley contemplara que aquella persona que dispone de su cuerpo o de sus componentes exprese su voluntad en disponer de ellos en forma contundente, en la que no haya lugar a dudas de cuál es su voluntad y no considerar que toda persona que no exprese su negativa en ser donador sea considerado como un donador en potencia, como actualmente se encuentra establecido, pues todos somos donadores aunque no lo expresemos ya que existe consentimiento tácito hasta en tanto no manifestemos nuestra negativa por escrito.

La Ley General de Salud tiene como principio rector en lo que respecta a trasplantes, el que una persona física y mentalmente sana mayor de edad tiene la facultad de disponer de su cuerpo y sus componentes con fines terapéuticos,

⁶⁴ Ibidem Pág V

médicos o científicos, pudiendo realizarse esta disposición en vida siempre que tal disposición no represente peligro de perder la vida o para después de la muerte.

La ley que nos ocupa dispone entre otras cosas al respecto, que la disposición se hará en base al consentimiento expreso de la persona o en su defecto de sus familiares una vez que éste haya fallecido, también establece una orden de prioridad respecto de las personas que podrán disponer o autorizar respecto del cuerpo y componentes de un familiar que ha fallecido, poniendo en primer término al cónyuge, luego los hijos mayores de edad, después los ascendientes como lo son los padres y enseguida los descendientes como lo son los hijos, a continuación el tutor o la persona legalmente facultada para ello.

Nuestra Ley General de Salud estatuye claramente que tendrán preferencia los designios de la persona que señaló expresamente su voluntad de que se disponga de su cuerpo o componentes para después de su muerte en contraposición con cualesquiera otras disposiciones que desea hacer al respecto el pariente más cercano.

Como ha quedado establecido, anteriormente a las reformas más recientes en materia de Salud, se señalaba que el consentimiento expreso de una donación de órgano o tejido humano debía realizarse por escrito con la asistencia de un Notario que diera fe del hecho o en su caso expresarse por escrito ante la presencia de dos testigos, esta circunstancia la encontramos establecida en el artículo 324, pero en las reformas de este año el artículo 322 señala: "La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

Ahora bien, con las reformas de reciente creación se impone también el requisito de que la donación de sangre, componentes sanguíneos, células progenitoras hematopoyéticas se realice por escrito, circunstancia que antes de la reforma no era necesario pues interpretado a contrario sensu el contenido del artículo 324 anterior a la reforma señala que sólo se requiere consentimiento expreso y por escrito para la donación de órganos y tejidos, es decir, que para la sangre, sus componentes y células progenitoras hematopoyéticas no se requería consentimiento expreso, sino sólo por escrito, entendiendo que había consentimiento expreso cuando se contaba con la asistencia de un Notario o en su caso dos testigos idóneos, esto es, que bastaba con señalar en forma escrita la voluntad de donar sangre o células progenitoras hematopoyéticas para que se realizara, entendido éste como aquél que se plasma por escrito sin la intervención de la fe de un Notario o de testigos idóneos.

Sin duda alguna las normas establecidas en la Ley General de Salud que regulan las formas y procedimientos así como las circunstancias para la donación de órganos y sus trasplantes surgen como un resultado del trabajo realizado por el legislador con la firme voluntad de adecuar el derecho a la realidad social, en donde día a día hay más demanda de trasplantes de órganos para brindar posibilidades de vida a personas que se encuentran afectadas de salud, una de estas resultantes la encontramos establecida en el artículo 324 y 325 reformados en este año y que nos hablan al respecto del donador tácito, tema del cual hablaremos en el apartado de las reformas a la Ley General de Salud, por el momento sólo basta citarlo como un ejemplo del resultado del trabajo del legislador por dar a la sociedad lo que reclama, más flexibilidad en materia de Trasplantes, pero al respecto consideramos que es

buena la intención del legislador, pero sin duda utiliza mal el término donación al tratarlo de aplicar en materia de órganos en donde no encuadra pues no se dan sus elementos de esencia.

Bien, hemos tratado varios aspectos de la Ley General de Salud a lo largo de esta investigación y el motivo de que hayamos incluido este apartado es con el fin de dejar en claro primeramente que esta es la Ley Reglamentaria del Artículo 4º Constitucional, y que su aplicación es de indole Federal, que es el ordenamiento de donde dimanán las disposiciones que regulan los procesos, procedimientos y circunstancias que tienen que ver con la obtención de órganos, tejidos, células y fluidos humanos, que de esta Ley surgen reglamentos de importancia trascendental como lo es el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, el reglamento del Banco de Ojos de la Dirección General de Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal, así como de varias normas Técnicas de aplicación general.

4.2 REFORMAS A LA LEY GENERAL DE SALUD.

En recientes fechas se suscitaron reformas a la Ley General de Salud en materia de trasplantes, esto motivado por Decreto por el cual se reforma el artículo 18 segundo párrafo, la denominación del título décimo cuarto para quedar como "Donación, Trasplantes y Pérdida de la vida"; los artículos 313 a 319; el capítulo II, del título décimo cuarto denominado "Órganos, Tejidos y Células" para denominarse "Donación", comprendiendo los artículos 320 a 329; el capítulo III, del título décimo cuarto denominado "Cadáveres" para denominarse "Trasplantes", comprendiendo los

artículos 330 a 342; 375, fracción V; 419; 420; 421; 462, primer párrafo y fracción II, y 462 bis primer párrafo; se adiciona con un capítulo IV, el título décimo cuarto, para denominarse "Pérdida de la vida", comprendiendo los artículos 343 a 345; un capítulo V al título décimo cuarto, para denominarse "Cadáveres", comprendiendo los artículos 346 a 350 bis 7, y el artículo 462 con una fracción III de la Ley General de Salud.

Por lo que respecta al artículo 18 de la Ley en comento, la reforma consiste en que anteriormente el segundo párrafo hablaba de que la Ley General de Salud procurará la celebración de acuerdos de coordinación con las Entidades Federativas para la participación de éstos en la prestación de los servicios en varios rubros a saber los contenidos en las fracciones II y XXI a la XXVII, pues bien ahora con la reforma dicho párrafo del artículo reformado ya no habla de que la Secretaría de Salud procurará este tipo de acuerdos sino que sólo los propondrá, en virtud de que antes la Secretaría de Salud debía de fincar las bases y trabajar arduamente para que se verificaran acuerdos con los Estados de la República, ahora con la reforma la Secretaría se libera de esa carga para sólo quedar en una posición cómoda en la que propone únicamente y las Entidades resuelven, además se incluye en la reforma la fracción I del artículo 3º de la propia Ley, la cual habla de "La organización, control, vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud a la que se refiere el artículo 34 fracciones I, III y IV de esta Ley.

Respecto al artículo 313 reformado señala que compete a la Secretaría de Salud el control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos por conducto del Centro Nacional de Trasplantes, así como el control sanitario sobre cadáveres; este artículo es el que faculta a la

Secretaría de Salud para ejercer el control en lo que respecta al manejo de órganos y trasplantes, anteriormente dicho artículo hablaba de que la Secretaría de Salud determinará en qué casos la publicidad de productos y servicios a que se refiere esta Ley deberá incluir, además de los ya expresados en este Capítulo, otros textos de advertencia de riesgos para la salud.

El artículo 314 reformado nos señala que debemos entender por células, cadáver, componentes, componentes sanguíneos, destino final, disponente, donador o donante, embrión, feto, órgano, producto, receptor, tejido, trasplante; anteriormente este artículo nos hablaba de qué se entiende por: Disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos, separación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos.

El artículo 315 reformado nos habla de los establecimientos de salud que requieren autorización sanitaria para su funcionamiento y a la vez faculta a la Secretaría de Salud para que ésta otorgue la autorización de funcionamiento a los establecimientos que cumplan con los requisitos que la misma Ley señala, anteriormente a la reforma el artículo en comento hablaba de qué se considera como disponente originario.

Por lo que respecta al artículo 316 reformado, nos habla de que los establecimientos dedicados al manejo de órganos, tejidos y células deben contar con un responsable sanitario quien deberá presentar aviso ante la Secretaría de Salud, además nos señala que los establecimientos en los que se extraigan o se realicen trasplantes de órganos y tejidos deberán contar con un comité interno de

trasplantes y con un coordinador de estas acciones que será supervisado por el comité de bioética respectivo, antes de la reforma este artículo nos hablaba de quiénes se consideran disponentes secundarios.

El artículo 317 reformado nos habla de que los órganos, tejidos y células no podrán salir del territorio Nacional, y sólo podrán concederse cuando las necesidades de éstos se encuentren satisfechos en el país, salvo casos de urgencia, anteriormente éste artículo nos hablaba de cuales eran los signos que debían tomarse en cuenta para declarar la muerte de una persona.

El artículo 318 reformado nos habla del control sanitario y de la disposición del embrión y de las células gremiales, señalando que se estará a lo dispuesto en esta ley en lo que resulte aplicable y a las demás disposiciones generales que al efecto se expidan, anteriormente a la reforma este artículo nos hablaba de que la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del artículo 317 o de aquéllos en que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III, y IV del mismo artículo, y además las siguientes circunstancias:

I. Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno, dentro del tiempo indicado, y

II. Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central, o hipotermia.

Si antes de ese término se presentara un paro cardíaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.

La certificación de muerte respectiva será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante.

El artículo 319 nos habla de lo que es una disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres, anteriormente se nos hablaba en este artículo de los establecimientos en los cuales se realicen actos de disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células requieren de autorización sanitaria. En el caso de los establecimientos en los que se realicen actos relacionados con cadáveres de seres humanos, se deberá presentar el aviso correspondiente a la Secretaría de Salud en los términos de esta ley y demás disposiciones generales aplicables. Los profesionales responsables de los actos a que se refieren los párrafos anteriores también deberán presentar aviso.

El artículo 320 reformado nos habla de que toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, anteriormente este artículo establecía: Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, a aquélla que se realiza en contra de la ley y el orden público.

El artículo 321 reformado nos habla de en qué consiste la donación en materia de órganos, mientras que este mismo artículo antes de la reforma nos hablaba de que se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, a aquélla que se realiza en contra de la ley y el orden público.

El artículo 322 reformado nos habla de la donación expresa y sus características, antes de la reforma este precepto nos hablaba de que salvo tratándose de la sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas, la obtención de órganos o tejidos y sus componentes de seres humanos con fines terapéuticos, se hará preferentemente en cadáveres.

El artículo 323 reformado nos señala los casos en los que se requiere consentimiento expreso para la donación de órganos, tejidos y células, anteriormente este artículo hablaba de la selección del disponente originario y del receptor de órganos, tejidos y sus componentes y células, para trasplante o transfusión, se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.

El artículo 324 nos habla de cuando hay consentimiento tácito del donante, mientras que este artículo anteriormente hablaba de que para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables. Tratándose de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas, bastará el simple consentimiento por escrito del donante. El disponente originario podrá revocar el consentimiento en cualquier momento y sin responsabilidad de su parte.

El artículo 325 reformado señala que el consentimiento tácito sólo se aplicará cuando se haya confirmado la pérdida de la vida del disponente, este artículo anteriormente hablaba de que cuando el disponente originario no haya otorgado su

consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y sus componentes de cadáveres, se requerirá consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta ley; excepto cuando la autoridad competente, de conformidad con la ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

Las disposiciones reglamentarias señalarán los requisitos a que se sujetará la obtención de órganos y tejidos en los casos a que se refiere este artículo.

El artículo 326 reformado nos habla de las restricciones del consentimiento en materia de trasplantes, anteriormente se señalaba; no será válido el consentimiento otorgado por:

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

El artículo 327 reformado señala que se encuentra prohibido el comercio de órganos, tejidos y células; anteriormente se señalaba: cuando el consentimiento provenga de una mujer embarazada, sólo será admisible para la toma de tejidos con fines terapéuticos si el receptor correspondiente estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

El artículo 328 reformado nos dice que sólo cuando la pérdida de la vida del donante se encuentre relacionada con la averiguación de un delito, se dará intervención al Ministerio Público y a la autoridad judicial, para la extracción de órganos y tejidos; anteriormente este artículo señalaba: Las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para la utilización de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina o familiar del disponente originario de que se trate.

El artículo 329 reformado señala que el Centro Nacional de Trasplantes hará constar su mérito y altruismo del donador y de su familia mediante la expedición del testimonio correspondiente que les reconozca como benefactores de la sociedad, anteriormente este artículo señalaba: Los establecimientos de salud, previa autorización de la Secretaría de Salud, podrán instalar y mantener para fines terapéuticos: bancos de órganos, tejidos y sus componentes y de células, los que serán utilizados bajo la responsabilidad técnica de la dirección del establecimiento de que se trate y de conformidad con las disposiciones aplicables.

El artículo 330 señala cuándo se pueden llevar a cabo los trasplantes de órganos humanos entre vivos, asimismo que está prohibido el trasplante de gónadas o tejidos gonadales, tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos, este artículo anteriormente señalaba: La disposición de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos estará a cargo de bancos de sangre y servicios de transfusión, que se instalarán y funcionarán de acuerdo con las disposiciones aplicables y previa autorización de la Secretaría de Salud. La sangre será considerada como tejido.

El artículo 331 reformado señala que la obtención de órganos o tejidos para trasplantes se hará preferentemente de sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida, mientras que anteriormente a la reforma decía: La Secretaría de Salud otorgará la autorización a que se refiere el artículo anterior, a los establecimientos que cuenten con el personal técnico y el equipo instrumental necesario para la obtención, análisis, preservación sanitaria y suministro de la sangre y sus componentes y derivados con fines terapéuticos, y que tengan como responsable a un profesional médico capacitado en la materia.

El artículo 332 habla de que la selección del donante y del receptor se hará por prescripción médica, también se señala que no se podrán tomar órganos y tejidos de menores de edad vivos excepto en trasplantes de médula ósea en la que se deberá contar con el consentimiento expreso de los representantes legales del menor y tratándose de incapaces éstos no podrán disponer de sus componente en vida ni después de su muerte, anteriormente este precepto señalaba: La sangre humana, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas, sólo podrán obtenerse de voluntarios que los proporcionen gratuitamente y en ningún caso podrán ser objeto de actos de comercio.

El artículo 333 reformado señala los requisitos que debe cumplir el donante para poder realizarse un trasplante entre vivos, anteriormente este precepto señalaba: Los órganos y tejidos de seres humanos, incluyendo la sangre y hemoderivados, no podrán internarse o salir del territorio nacional sin permiso previo de la Secretaría de Salud, aplicándose, en lo conducente, las disposiciones del Capítulo XIII del Título Décimo Segundo de esta Ley.

Los permisos para que la sangre y hemoderivados puedan salir del territorio nacional, se concederán siempre y cuando estén satisfechas las necesidades de ellos en el país, salvo casos de emergencia.

El artículo 334 reformado señala los requisitos que deben cumplirse para que se lleve a cabo un trasplante de donante que haya perdido la vida, anteriormente este precepto señalaba: Cualquier órgano o tejido que haya sido desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final será la incineración, salvo que se requiera para fines terapéuticos, de docencia o de investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán disponer de ellos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salud, en los términos de esta ley y demás disposiciones generales aplicables.

El artículo 335 reformado señala que los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en la extracción de órganos y tejidos o en trasplantes deberán contar con el entrenamiento especializado respectivo, anteriormente este precepto decía: El control sanitario de los productos a que se refiere este Título, se llevará a cabo de conformidad con las disposiciones de esta Ley, en lo conducente, y de las demás disposiciones aplicables.

El artículo 336 reformado señala las circunstancias y criterios a tomarse para la asignación de órganos y tejidos provenientes de donador no vivo, anteriormente este precepto señalaba: Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración.

El artículo 337 reformado señala que los concesionarios de los diversos medios de transporte otorgarán todas las facilidades que requiera el traslado de órganos y tejidos destinados a trasplantes, anteriormente esta norma señalaba: Para los efectos de este Título, los cadáveres se clasifican de la siguiente manera:

- I. De personas conocidas, y
- II. De personas desconocidas.

Los cadáveres no reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores al fallecimiento y aquéllos de los que se ignore su identidad, serán considerados como de personas desconocidas.

El artículo 338 reformado señala que el Centro Nacional de Trasplantes tendrá a su cargo el Registro Nacional de Trasplantes y establece que información deberá tener actualizada, anteriormente este artículo establecía: La inhumación o incineración de cadáveres sólo podrá realizarse 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.

El artículo 339 reformado refiere que el Centro Nacional de Trasplantes y los Centros Estatales de Trasplantes de los Gobiernos de las Entidades Federativas decidirán y vigilarán la asignación de órganos, tejidos y células dentro de sus ámbitos de competencia y actuarán en coordinación con el fomento de la cultura de la donación y participarán con el Consejo Nacional de Trasplantes y proporcionarán datos al Registro Nacional de Trasplantes, anteriormente este artículo señalaba: Los cadáveres deberán inhumarse, incinerarse o embalsamarse entre las doce y

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 sanitaria competente o por disposición del Ministerio Público o de la autoridad judicial.

Artículo 340 reformado señala que el control sanitario de la disposición de sangre lo ejercerá la Secretaría de Salud a través del Centro Nacional de Transfusión Sanguínea, anteriormente este artículo decía: El depósito y manipulación de cadáveres, excluida la inhumación, deberán efectuarse en establecimientos que reúnan las condiciones sanitarias que fije la Secretaría de Salud en las autorizaciones respectivas.

La propia Secretaría determinará las técnicas y procedimientos que deberán aplicarse para la conservación de cadáveres.

El artículo 341 reformado señala que la sangre, sus componentes y las células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos estará a cargo de bancos de sangre y servicios de transfusión, además refiere que la sangre será considerada como tejido, anteriormente este artículo decía: Las autoridades sanitarias competentes ejercerán el control sanitario de las personas que se dediquen a la prestación de servicios funerarios. Asimismo, verificarán que los locales en que se presten los servicios reúnan las condiciones sanitarias exigibles en los términos de los reglamentos correspondientes.

La Secretaría de Comercio y Fomento Industrial fijará las tarifas máximas a que deberá sujetarse la prestación de los servicios funerarios.

Artículo 342 reformado habla de que todo órgano que haya sido extraído o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito y que constituya un desecho deberá ser manejado higiénicamente y su destino final será conforme a las disposiciones generales aplicables, este artículo anteriormente establecía: "La inhumación e incineración de cadáveres sólo podrá realizarse en lugares autorizados por las autoridades sanitarias competentes.

El artículo 343 reformado habla respecto de los criterios que se tomarán para que se determine la pérdida de la vida en una persona, anteriormente este precepto nos decía: La Secretaría de Salud determinará el tiempo mínimo que han de permanecer los restos en las fosas.

Mientras ese plazo no termine, sólo podrán verificarse las exhumaciones autorizadas por las autoridades sanitarias y las ordenadas por las judiciales o por el Ministerio Público, mediante los requisitos sanitarios que se fijen, en cada caso, por las primeras.

El artículo 344 reformado señala los signos que se toman en cuenta para determinar la muerte cerebral, anteriormente este artículo establecía: La internación y salida de cadáveres del territorio nacional y su traslado de una entidad federativa a otra, sólo podrá hacerse mediante autorización de la Secretaría de Salud y previa satisfacción de los requisitos que establezcan los tratados y convenciones internacionales, los reglamentos de esta Ley y otros previstos en la legislación federal.

El artículo 345 señala que no habrá impedimento alguno para que a solicitud o autorización del cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, el adoptado y el adoptante conforme al orden expresado; se prescinda de los medios artificiales que evitan que aquél que presenta muerte cerebral comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343, anteriormente este artículo señalaba: Para la práctica de necropsias en cadáveres de seres humanos, se requiere la orden o autorización del disponente secundario correspondiente, de conformidad con lo que establezcan las disposiciones aplicables, salvo que exista orden por escrito del disponente originario.

Artículo 346 señala que los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración, anteriormente este artículo establecía: Para la utilización de cadáveres de personas conocidas o parte de ellos, con fines de docencia e investigación, se requiere permiso del disponente originario, mismo que no podrá ser revocado por los disponentes secundarios a que se refiere la fracción I del Artículo 316 de esta Ley.

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

Tratándose de cadáveres de personas desconocidas, las instituciones educativas podrán obtenerlos del Ministerio Público o de establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social. Para tales

efectos, las instituciones educativas deberán estar de conformidad con las disposiciones aplicables.

El artículo 347 señala la clasificación de los cadáveres; anteriormente este artículo establecía: Las instituciones educativas que obtengan cadáveres de personas desconocidas serán depositarias de ellos durante diez días, con objeto de dar oportunidad al cónyuge, concubinario, concubina o familiares para reclamarlos. En este lapso los cadáveres permanecerán en las instituciones y únicamente recibirán el tratamiento para su conservación y manejo sanitario que señalen las disposiciones respectivas.

Una vez concluido el plazo correspondiente sin reclamación, serán consideradas las instituciones educativas como disponentes secundarios.

El artículo 348 reformado señala que la inhumación o incineración de cadáveres sólo podrá realizarse con autorización del Oficial del Registro Civil que corresponda, quien exigirá la presentación del certificado de defunción, además señala que los cadáveres deberán inhumarse, incinerarse o embalsamarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte; anteriormente establecía: Los cadáveres de personas desconocidas, los no reclamados y los que hayan sido objeto de docencia e investigación, serán inhumados o incinerados.

El artículo 349 reformado establece que el depósito y manejo de cadáveres deberá efectuarse en establecimientos que reúnan las condiciones sanitarias; anteriormente este precepto señalaba: Para el control sanitario de la disposición del preembrión, del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta

ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones reglamentarias que al efecto de expidan.

El artículo 350 reformado establece que las autoridades sanitarias ejercerán control sanitario sobre las personas que se dediquen a la prestación de servicios funerarios, además verificarán que los locales que presenten estos servicios reúnan las condiciones sanitarias exigibles; anteriormente este artículo señalaba: Sólo podrá darse destino final a un feto previa expedición del certificado de muerte fetal.

Se incluyeron en la reforma los artículos 350 bis a 350 bis 7, de los cuales señalaremos a qué se refieren:

El artículo 350 bis nos habla de que la Secretaría de Salud determinará el tiempo mínimo que deberán permanecer los restos en las fosas, también nos dice que mientras el plazo no concluya sólo se podrá realizar una exhumación cuando sea aprobada por la autoridad sanitaria o las ordenadas por la autoridades Judiciales y el Ministerio Público.

El artículo 350 bis 1 nos habla de que la salida o internación de un cadáver del territorio nacional sólo podrá realizarse mediante autorización sanitaria o por orden de la Autoridad Judicial o del Ministerio Público, asimismo refiere que para traslado de cadáveres a otras entidades federativas se deberá dar aviso a la autoridad sanitaria del lugar en donde se haya expedido el Certificado de defunción.

El artículo 350 bis 2 nos dice que para la práctica de una necropsia se requiere del consentimiento del cónyuge, concubinario, concubina, ascendientes,

descendientes o de los hermanos, salvo que exista orden por escrito del disponente o en caso de un probable delito la orden de la autoridad Judicial o del Ministerio Público.

El artículo 350 bis 3 nos dice que para la utilización de cadáveres o parte de ellos de personas conocidas, con fines de docencia e investigación, se requiere consentimiento del disponente, también señala que tratándose de personas desconocidas las autorizaciones podrán conseguirse del Ministerio Público o de establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social, en tal caso las instituciones educativas deberán dar aviso a la Secretaría de Salud.

El artículo 350 bis 4 refiere que las instituciones médicas que obtengan cadáveres de personas desconocidas serán depositarios de éstos durante diez días con el objeto de dar oportunidad al cónyuge, concubinario, concubina y familiares de reclamarlo, durante este tiempo los cadáveres sólo recibirán tratamiento para su conservación y una vez concluido este término las instituciones educativas podrán utilizar el cadáver.

El artículo 350 bis 5 nos dice que los cadáveres de personas desconocidas, los no reclamados, los designados para docencia o investigación deberán ser inhumados o incinerados.

El artículo 350 bis 6 nos refiere que sólo se podrá dar destino final a un feto cuando se haya obtenido el certificado de muerte fetal.

El artículo 350 bis 7 nos habla de que en los establecimientos en los que se realicen actos relacionados con cadáveres de seres humanos deberán presentar el aviso correspondiente a la Secretaría de Salud.

El artículo 375 reformado cambió sólo por lo que respecta a las fracciones V, VI, en las cuales se dice lo siguiente: en la fracción V se señala que la internación de cadáveres de seres humanos en el territorio nacional y su traslado al extranjero, y el embalsamamiento; aun este precepto nos habla de las actividades que tienen que ver con cadáveres y que para su actividad requieren permiso sanitario, anteriormente la fracción V establecía lo siguiente: La internación de cadáveres de seres humanos en el territorio nacional, su traslado de una entidad federativa a otra o al extranjero, y el embalsamamiento; asimismo la fracción VI reformada estatuye que la internación en el territorio nacional o la salida de él, de tejidos de seres humanos, incluyendo la sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas y hemoderivados; anteriormente esta fracción VI establecía que la internación en el territorio nacional o la salida de él, de órganos y tejidos de seres humanos, incluyendo la sangre, componentes sanguíneos, células progenitoras hematopoyéticas y hemoderivados.

El artículo 419 reformado señala que se sancionará con multa de hasta mil veces el salario mínimo vigente en la zona económica de que se trate, la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 55, 56, 83, 103, 107, 137, 138, 139, 161, 200 bis, 202, 259, 260, 263, 282, bis 1, 342, 346, 348, segundo párrafo, 350 bis 6, 391 y 392 de esta Ley; anteriormente este precepto nos decía: Se sancionará con multa hasta mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 55, 56,

83, 103, 107, 137, 138, 139, 161, 200 bis, 202, 259, 260, 263, 282 bis 1, 334, 336, 339, 350, 391 y 392 de esta ley.

El artículo 420 reformado nos dice que se sancionará con multa de hasta mil veces el salario mínimo vigente en la zona económica de que se trate, la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 75, 121, 127, 142, 147, 149, 153, 198, 200, 204, 233, 241, 258, 265, 267, 304, 306, 307, 308, 315, 341, 348, tercer párrafo, 349, 350 bis 1, 350 bis 2, 350 bis 3, 373, 376 y 413, de esta Ley; anteriormente este artículo establecía: Se sancionará con multa de mil hasta cuatro mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 75, 121, 127, 142, 147, 149, 153, 198, 200, 204, 233, 241, 258, 265, 267, 304, 306, 307, 308, 319, 329, 330, 340, 342, 343, 344, 345, 346, 373, 376 y 413 de esta ley.

El artículo 421 reformado nos dice se sancionará con multa equivalente de cuatro mil hasta diez mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, la violación a las disposiciones contenidas en los artículos 67, 100, 101, 122, 125, 126, 146, 193, 205, 210, 212, 213, 218, 220, 230, 232, 235, 237, 238, 240, 242, 243, 247, 248, 251, 252, 254, 255, 256, 264, 266, 276, 281, 289, 293, 298, 317, primer párrafo, 365, 367, 375, 400 y 411 de esta Ley; anteriormente esta norma señalaba: Se sancionará con multa equivalente de cuatro mil hasta diez mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 67, 100, 101, 122, 125, 126, 146, 193, 205, 210, 212, 213, 218, 220, 230, 232, 235, 237, 238, 240, 242, 243, 247, 248, 249, 251, 252, 254, 255, 256, 264, 266,

276, 281, 289, 293, 298, 318, 321, 322, 323, 324, 325, 332, 333, 338, 365, 367, 375, 400 y 411 de esta ley.

El artículo 462 reformado cambió en lo que respecta a su fracción II y se adiciona la fracción III, el precepto señala que se impondrán de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate; y las fracciones que han cambiado refieren: la fracción II manifiesta que al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos, y; antes de la reforma esta fracción decía: Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre, y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos; ahora bien por lo que respecta a la fracción III se señala: al que trasplante un órgano o tejido sin atender las preferencias y el orden establecido en las listas de espera a que se refiere el artículo 336 de esta Ley.

El artículo 462 bis reformado señala que al responsable o empleado del establecimiento en donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I, II y III del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos a que tenga alcance, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate; anteriormente este artículo señalaba: Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I y II del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su

alcance, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más en caso de reincidencia.

Con lo anterior, hemos visto las reformas que en materia de trasplantes se han dado a la Ley General de salud, sus diferencias con los preceptos anteriores, pues bien como ya expusimos, el motivo por el cual se ha incluido este apartado en el presente trabajo de investigación es en razón a la gran trascendencia que en el marco jurídico de nuestra vida representan estas reformas, observamos que se incluye ahora una definición de donación en materia de órganos con la cual no estamos de acuerdo por los motivos y razones que hemos expuesto y que seguiremos tratando a lo largo de este trabajo, también nos percatamos que ahora existe un consentimiento tácito respecto a la donación del cuerpo y sus componentes, y aun más se ha validado la conocida eutanasia.

4.3 CENTRO NACIONAL DE TRASPLANTES

El hecho de que en esta investigación incluyamos un tratado referente a el Centro Nacional de Trasplantes es en razón a que es de suma importancia el abundar al respecto de este órgano desconcentrado cuyas funciones son muy complejas e importantes, además de ser un organismo de reciente creación pues

anteriormente sólo se hablaba del Registro Nacional de Trasplantes y del Centro Nacional de Transfusión Sanguínea, así lo establecía el artículo 313 de la Ley General de Salud anterior a la reforma.

Hoy con las reformas a la Ley General de Salud tenemos que el artículo 313 señala:

I.- El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado centro nacional de trasplantes, y

II.- La regulación y el control sanitario sobre cadáveres.

Es evidente que el precepto legal antes transcrito refiere las facultades de la Secretaría de Salud y en ellas se aprecia que se faculta al Centro Nacional de Trasplantes para ejercer el control sanitario de las donaciones de órganos, tejidos y células humanas.

De lo anterior, se desprende que el Centro Nacional de Trasplantes es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, tal circunstancia se da con el fin de propiciar una mejor atención a la sociedad, de contar con soluciones y decisiones rápidas y atinadas, sin la necesidad de acudir con la autoridad central o concentrada para la toma de alguna decisión de la cual en caso de no ser tomada a la brevedad pudiera propiciar un contratiempo de difícil solución propiciando con ello un obstáculo para que se lleve a cabo un trasplante u obtención de algún órgano humano, más

aun tratándose de la tarea tan importante como lo es el aspecto sanitario de la obtención, manejo, conservación y trasplante de órganos humanos.

De esta manera tenemos que el Centro Nacional de Trasplantes es el órgano que se encargará de controlar todo lo que tenga que ver con la obtención, manejo e intervenciones quirúrgicas para trasplantes de órganos humanos, de esta manera el Registro Nacional de Trasplantes deberá estar a su cargo y de igual forma deberá poner estricta atención al enlistado de las personas que se encuentran en espera de un trasplante, así lo dispone el artículo 338 reformado de la Ley General de Salud, la ley en comento señala sanciones en los artículos 419, 420, 421, 462, 462 bis, a aquellas personas que realicen alguna conducta ilícita que tenga que ver con el manejo, conservación y trasplantes de órganos humanos.

También el Centro Nacional de Trasplantes deberá mantener actualizados los datos de los receptores, donadores y las fechas en que se llevan a cabo los trasplantes, de igual forma tendrá a su cargo un registro de los centros y establecimientos autorizados para llevar a cabo trasplantes y de los profesionistas autorizados para intervenir en las operaciones quirúrgicas de esa índole, otro aspecto en el que el Centro Nacional de Trasplantes ejercerá control será de las listas de pacientes en espera de trasplantes, dichas listas serán nacionales y estatales, el registro de muerte cerebrales también estará a cargo de este órgano desconcentrado quien deberá actualizarlo para mantener sus datos al día respondiendo a las exigencias de la sociedad, esto lo encontramos establecido en el artículo 338 reformado de la Ley General de Salud.

Encontramos en el artículo 339 reformado de la Ley General de Salud que el Centro Nacional de Trasplantes de Órganos conjuntamente con los centros Estatales de Trasplante vigilarán la asignación de órganos, tejidos y células, asimismo actuarán coordinadamente en el fomento y promoción de la cultura de la donación.

El Control sanitario de la disposición de sangre lo ejercerá el Centro Nacional de Trasplantes, así lo establece el artículo 340 reformado de la Ley General de Salud, esto es que el Centro Nacional de Trasplantes mantendrá el control sanitario respecto de los bancos de sangre y servicios de transfusión, así como de células hematopoyéticas.

El Centro Nacional de Trasplantes es el organismo en el cual la Secretaría de Salud deposita el control de la obtención, manejo y realización de trasplantes en nuestro país, se ha establecido que dicho organismo de competencia nacional coordine sus funciones con los Centros Estatales de Trasplantes, para así mantener un control uniforme y real a nivel nacional; no debemos olvidar que con la formación de los Centros Estatales de Trasplantes se da cierta autonomía a las Entidades Federativas en este plano, pues éstos mantienen un control en la entidad federativa a la que pertenecen, realizan un banco de datos en el que se contienen los datos de las personas que se encuentran en espera de un órgano para trasplante, las personas que han sido donadores y quienes se encuentran por ser donadores, así como aquéllos que se han constituido como donadores para después de su muerte, de igual forma mantienen al corriente la información con respecto de las personas que han recibido un trasplante.

Como ha quedado establecido el Centro Nacional de Trasplantes ha absorbido al Registro Nacional de Trasplantes, este organismo es el rector de los asuntos y manejos que tienen que ver con órganos humanos y sus trasplantes, su razón de ser la encontramos establecida en la circunstancia de suma importancia que los trasplantes de órganos importan a la sociedad, es por ello que se dio vida al Centro Nacional de Trasplantes el cual además de ejercer un control sobre este aspecto, establece líneas de información con los Centros Estatales de Trasplantes y con centros de Trasplantes de otros países.

Uno de los principales fines del Centro Nacional de Trasplantes sin duda lo es el que se lleve a cabo una captación mayor día a día de ellos, esto a través del fomento de una cultura de la donación de órganos, que la captación de éstos se haga con estricto apego a la ley, que los trasplantes que se realicen se lleven a cabo en los centros médicos autorizados para ello, por profesionistas especializados en esa función y por supuesto que sea respetado el enlistado de las personas que se encuentran en espera de un trasplante de órgano, vigilando en todo momento que todas las actividades relacionadas con el manejo de órganos y la realización de trasplantes se realice en forma transparente y con apego a la ley.

4.4 TARJETA UNIFORME DE DONACIÓN.

El antecedente de la tarjeta única de donación lo encontramos en Estados Unidos de América, en donde como una reacción a una legislación inadecuada y en atención a la imperante necesidad de contar con tejidos y órganos humanos, la Commissioned National Conference (Conferencia Nacional de Comisionados) en leyes estatales uniformes elaboró un estatuto de donación uniforme, que fuera

utilizado de modelo para todo el país y con el fin de propiciar un ambiente legal uniforme para la donación y uso de órganos y tejidos destinados a investigación médica y terapia.

Pues bien después de tres años de estudio arduo, se elaboró la Anatomic Donation Uniform Act (Ley Uniforme de Donación Anatómica, AUDA), aprobada por los comisionados en julio 30 de 1968 y secundada por la American Bar el 7 de agosto de ese año.

La innovadora tarjeta de donación tuvo una magnífica aceptación, pues en menos de dos años, la ley se adoptó en 48 estados de la Unión Americana, sin duda alguna el éxito se debió a los siguientes puntos:

- a) A la necesidad de contar con una reforma legal.
- b) A que la ley se fundamentó en el respeto a la decisión personal y
- c) A la publicidad originada con el primer trasplante de corazón humano el
3 de diciembre de 1967.

En nuestro país al incluirse la tarjeta única de donación anatómica, es con el fin de obtener resultados similares a los que se dieron en los Estados Unidos de América; otro de los fines de este documento, es que se cuente con el consentimiento expreso del disponente, señalándose que tal disposición se formula en un sentido altruista, especificándose qué órgano o tejido es materia de la disposición, el fin por el cual dispone de ese órgano o tejido.

Dentro de los datos y requisitos que debe contener la tarjeta única de donación anatómica tenemos los siguientes:

- a) Nombre del disponente.
- b) El señalamiento de que la disposición se hace con el fin de ayudar a otros, es decir con un fin altruista.
- c) La especificación de que se hace la donación de órgano o tejido en vida o bien para después de su muerte.
- d) El señalamiento de qué órgano u órganos, tejido o tejidos se donan o bien si se dona el cuerpo en su totalidad.
- e) El fin que pretende darle al órgano o tejido que dona, es decir se dona para trasplante, para terapia, investigación médica o educativa.
- f) La firma autógrafa del disponente.
- g) La firma autógrafa de dos testigos.
- h) La fecha y lugar en donde se elabora la tarjeta.

Las críticas que podemos hacer a la tarjeta uniforme de donación anatómica, son las siguientes:

- a) Por sus características es un documento privado, lo cual es muy criticable dada la importancia que dicho documento representa, dada la naturaleza del acto jurídico que en él se plasma.
- b) Es sin duda una declaración unilateral de la voluntad en donde dicha donación no tiene destinatario específico.

- c) No hay forma de corroborar la autenticidad en cuanto a la firma del disponente, pues en un caso de urgencia la práctica de exámenes periciales respecto de la firma son tardados y los trasplantes deben realizarse de inmediato pues de lo contrario el trasplante ya no se pueda llevar a cabo.

- d) No hay formalidad alguna que cumplir en dicho documento, y debemos recordar que la donación es uno de los actos jurídicos a los que se le imponen más formalidades para su validez y en este aspecto debería intervenir un fedatario público para que avale el acto con su fe.

- e) El documento no reúne los requisitos de esencia y validez de un contrato de donación, pues no se señala quién es en sí el donatario y se trata de una donación a futuro, además de que el objeto materia de la donación no es valuable pecuniariamente y no se considera parte integrante del patrimonio del donante para poder ser donado.

Consideramos que es buena la idea del manejo de una tarjeta única para mantener un buen control en los trasplantes de órganos, pero consideramos que el hablar de donación es erróneo por las consideraciones que hemos realizado a lo largo de esta investigación y las que se harán en el siguiente capítulo, sin duda se debe cambiar el concepto de donación por otro más adecuado.

Al nombrársele a este documento tarjeta uniforme de donación anatómica, se denota que se pretende que sea utilizada en forma generalizada en todo el país para la disposición de órganos y tejidos, en nuestro criterio consideramos que este

documento es muy simple y que debería contener más requisitos de forma que no dejen lugar a dudas de la voluntad y conciencia del disponente al momento de realizar el acto jurídico de disposición de órgano.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS Y ESTUDIO JURÍDICO DEL TÉRMINO DONACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE TRASPLANTES DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y FLUIDOS HUMANOS.

5.1 LA INAPLICABILIDAD DEL TÉRMINO DONACIÓN EN LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y FLUIDOS HUMANOS.

Después de haber realizado la presente investigación y en atención a las consideraciones aquí vertidas, consideramos que el término donación se aplica en forma errónea en los procedimientos de trasplantes de órganos, pues la donación desde siempre se ha considerado un contrato, es decir, que se compone de dos partes el donante y el donatario, quienes deben estar plenamente identificados y manifestar uno su voluntad de donar y el otro su aceptación respecto de la donación que se le hace, mientras que en la supuesta donación de la que se habla en materia de órganos tenemos que tratándose de la donación entre vivos o para después de su muerte sigue siendo una declaración unilateral de voluntad y por cierto respecto de la aceptación del receptor del trasplante no se ha señalado forma alguna específica para que ésta se plasme.

Como ha quedado señalado, la donación pertenece al género de los contratos y entre ellos es uno de los más formales que existe, pues se le impone una tasa para que pasando ésta se deba realizar en Escritura Pública pasada ante la Fe de un Notario, dicha formalidad se impone en razón de que el objeto de las donaciones lo

son los bienes, pero sólo aquéllos que son valubles en dinero y forman parte del patrimonio del donante, visto que la donación implica un detrimento del patrimonio del donante el legislador ha impuesto formalidades a ese contrato con la finalidad de que el donante tenga plena conciencia de la trascendencia y fuerza jurídica que implica una donación y que ésta además de afectar su patrimonio de alguna manera afecta el patrimonio de la familia que depende del donante.

Podemos preguntarnos ¿cómo es posible que la donación se una en concepto para todos los actos jurídicos y tratándose de trasplantes de órganos, el concepto, sus elementos de esencia, sus partes y el objeto de la donación difieran sobremanera de lo que siempre y desde la antigüedad ha sido la donación?, no tenemos otra contestación que dar, más que se está utilizando en forma errónea el concepto de donación al tratarlo de aplicar en lo que tiene que ver con trasplantes de órganos.

El que los trasplantes de órganos, por disposición de la ley tengan que ser en esencia gratuitos y con ánimo altruista, no necesariamente constituye una donación, pues no se adecua el acto jurídico de la disposición de un tejido u órgano a una donación; los órganos, tejido y el cuerpo humano sin vida no son valubles en dinero, no pertenecen al patrimonio de aquél que los detenta, no son susceptibles de apropiación, y ¿cómo es posible que el legislador considere que sí pueden ser susceptibles de donación?, en ¿dónde queda el principio de que todo aquello que se puede donar se puede enajenar?, ¿por qué se le permite al individuo que done partes integrantes de su cuerpo?, pero se le limita para que no lo pueda enajenar, es esto acorde, por nuestra parte consideramos que el legislador da un mal uso al término donación al aplicarlo en los trasplantes de órganos humanos.

Dada la posición del legislador, quien considera que sí existe donación materia de órganos, estaríamos hablando de que se trata de un contrato en el cual sólo se encuentra definida una de las partes, el donante y donde el donatario es una persona incierta, aspecto que en la esencia de la donación no es posible ya que deben estar determinadas las partes, dado que debe haber un acuerdo de voluntades y aun más se debe hacer de su conocimiento del donante la aceptación que respecto de la donación haga el donatario.

En esencia tenemos que "Mediante el contrato de donación una persona llamada donante se obliga a transmitir gratuitamente el dominio de una parte o la totalidad de sus bienes presentes a otra llamada donatario que acepta dicha transmisión en vida del donante".⁶⁵

Mientras que en las recientes reformas a la Ley General de Salud tenemos que el concepto de donación en el artículo 321 el cual señala:

Artículo 321.- La Donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.⁶⁶

La donación en esencia es una, lo único que diferencia una donación de otra son las formalidades que se imponen a cada una de ellas en atención al monto

⁶⁵ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. Op. Cit. Pág. 89

pecuniario que aporta el objeto de donación, entonces surge la siguiente interrogante: ¿cómo es posible que tratándose de bienes mueble e inmuebles se impongan formalidades a dicho contrato?, pero tratándose de órganos, tejidos, células o fluidos humanos, en donde dada la naturaleza del hecho implica un grave riesgo a la vida no se imponga formalidad alguna a la supuesta donación, ¿cómo es posible que la donación de bienes pecuniarios se encuentre sometida a formalidades con el fin de que el donante reflexione sobre la trascendencia de lo que va a realizar y tratándose de trasplantes de órganos no se imponga formalidad alguna para que el disponente o donante reflexione sobre lo que habrá de realizar?

En efecto, consideramos que el hecho de que el donador utilice el término donación en materia de trasplantes, lo hace con el fin de que se denote claramente que la disposición de órganos humanos debe ser siempre en forma gratuita, sin ánimo de lucro y con un sentido altruista, por nuestra parte consideramos que no es exacto hablar de donación pues no se dan los elementos de esencia, materiales, personales y de forma para que la disposición de órganos se consideren como donación, aun más siendo que el legislador pudo haber optado por otra figura jurídica, en la que se señalará claramente que dicho contrato o acto jurídico debe ser por esencia gratuito.

El concepto puro de donación nos habla de que para que ésta se perfeccione el donatario debe manifestar su aceptación respecto de la donación en vida del donante, so pena de que ésta no se perfeccione en caso de que el donatario no manifieste su aceptación, en materia de órganos la donación se limita a que el

⁶⁶ Proyecto de Decreto por el que se Reformó la Ley General de Salud. Texto Comisión de Salud Cámara de Senadores, México año 2000, Art. 314. Pág. IV

donante o disponente del órgano manifieste su voluntad de donar, no siendo indispensable que señale a quien le dona y más aun no hay una forma específica establecida para que se plasme la aceptación de la donación por parte del donatario o receptor.

La legislación civil señala que las donaciones post mortem se regirán por la reglas aplicables a la sucesiones, mientras que las donaciones en materia de órganos para después de la muerte del donante o disponente se ejecutan en sus términos, siendo que por esencia las donaciones deben realizarse en vida del donante, vemos entonces que en materia de órganos sí existe la donación para después de la muerte lo cual en nuestro concepto es erróneo porque se actúa contrariamente a la esencia de la donación que siempre había prevalecido desde la antigüedad hasta nuestros tiempos.

Estamos de acuerdo con la teoría de los derechos de la personalidad, la cual estatuye que el ser humano tiene la capacidad de poder disponer de su cuerpo y sus componentes, siempre que el disponente cuente con capacidad legal para ello y no ponga en peligro su vida, pero en lo que no estamos de acuerdo es en que se utilice el término donación en las disposiciones de órganos y tejidos humanos, sin duda el ser humano puede disponer de su cuerpo, siempre que lo haga en forma consciente y sin que ello implique peligro de perder su vida o salud, pues el fin de los trasplantes de órganos es propiciar la salud de otro, de aquél que requiere un trasplante debido a un mal funcionamiento de uno de ellos o algún padecimiento que le hace imperante la substitución de un órgano o tejido, pero no por obtener la salud de otro se debe poner en riesgo la vida de aquél que se encuentra sano y que tiene la posibilidad disponer de su cuerpo y componentes para propiciar la salud de quien padece.

El término donación no es aplicable en materia de órganos, pues se da una utilización diversa y contraria de dicho término jurídico, no se puede aplicar el término donación en materia de trasplantes, pues los órganos, tejidos y células humanas no son considerados bienes valuables en dinero, no son objeto de apropiación, no se encuentran dentro del comercio, por tanto no pueden ser objeto de donación, ya que su propia naturaleza cierra esa posibilidad; los componentes del cuerpo de una persona no son propiedad de él, puede disponer de ellos siempre que tal disposición no implique riesgo a su vida, pero el hecho de poder disponer de sus componentes y su cuerpo no implica que los pueda donar, pues eso implicaría la propiedad de los mismos y abierta esta posibilidad se abriría también la posibilidad de enajenarlos, circunstancia prohibida por la ley.

Sin duda alguna, la aplicación del término donación en materia de órganos es algo absurdo, una aberración jurídica, ya que como ha quedado establecido en este trabajo, la donación es un contrato y entre éstos de los más formales, mientras que en materia de órganos encontramos que se trata de una declaración unilateral de la voluntad en la cual no hay formalidades esenciales que tengan que ver con la pureza de la donación, debemos aseverar que entre la disposición de un órgano humano y una donación hay mucha distancia jurídica, en consecuencia de ello no hay similitud entre uno y otro acto jurídico, por lo tanto, no es posible ni coherente el tratar de denominar a ambos actos jurídicos con el mismo término de donación, siendo que son totalmente distintos, no coinciden en sus elementos de esencia, mucho menos en sus elementos personales, materiales, no es igual la relación jurídica entre las partes y el objeto motivo de la donación; en el caso de órganos no son bienes, no se trata de parte del patrimonio de una persona, sino de sus componentes.

Nuestro máximo Tribunal ha establecido que la donación es un contrato ya para el efecto de demostrar lo anterior transcribimos la siguiente tesis:

DONACIÓN, CONTRATO DE. El artículo 2332 del Código Civil para el Distrito Federal, sólo menciona una definición de lo que es el contrato de donación, más no fija los límites o alcances del mismo, luego, tampoco debe interpretarse gramaticalmente, sino en relación con las disposiciones que rigen a dicho contrato, esto es, que aun cuando se haga la cesión de la totalidad de los bienes, debe el cedente contar con otros medios que garanticen su propia subsistencia, pues de lo contrario, sería ilógico que la ley permitiera una donación total, al grado de que el donante careciera de lo necesario para vivir, por lo que, no hay contradicción entre el precepto citado que alude a la donación de la totalidad de los bienes y el diverso 2347 del propio ordenamiento legal sustantivo que la restringe.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1656/91. Guillermo Dorantes Miranda. 31 de octubre de 1991.
Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretario: Gonzalo Hernández Cervantes.

Octava Época

Instancia: SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IX, Febrero de 1992

Página: 183

De lo anterior, se desprende que la donación es un contrato y para que sea considerado como tal no basta con mencionarlo como tal, sino que debe atenderse a la existencia de sus elementos de esencia, pues así lo ha establecido nuestro máximo Tribunal, es en razón de ello que tenemos lo siguiente:

CONTRATOS, NATURALEZA DE LOS. NO SE DETERMINA POR LA CONFESIÓN DE LAS PARTES, SI ÚNICAMENTE SE ALUDE A SU DENOMINACIÓN. La confesión no es apta para dar vida al contrato, pues su existencia jurídica no depende de que lo reconozcan por su nombre, sino de la concurrencia de sus elementos esenciales y de la naturaleza de las cosas, siendo claro que la esencia y definición de los contratos no está a la libre disposición de las partes.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 653/87. Baldemar Salinas Flores. 11 de enero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Antonio Hernández Martínez. Secretario: Abraham S. Marcos Valdés.

Octava Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988

Página: 208

Debemos también señalar que en materia de órganos se arguye a una supuesta donación, siendo que esta figura jurídica no se actualiza en ninguna forma, y no obstante que en la Legislación Sanitaria se hable de Donación, no por el solo hecho de denominarle de esa forma se debe considerar como tal, pues nuestro máximo Tribunal ha establecido al respecto lo siguiente:

CONTRATOS SU NATURALEZA DEPENDE DE LO CONVENIDO Y NO DEL NOMBRE QUE SE LES DÉ. Es intrascendente que en un procedimiento natural las partes de un contrato lo denominen con determinado nombre, dado que éste no hace al contrato, ya que la esencia del mismo está más allá de su autonomía y depende de la naturaleza de las cosas, supuesto que las definiciones legales de los actos jurídicos no están a la disposición arbitraria de las partes, sino que se circunscriben al orden público; además la naturaleza jurídica de los contratos no puede cambiar por el solo hecho de que los contratantes los denominen de modo diverso al que legalmente les corresponde, habida cuenta que para su cumplimiento sólo debe atenderse a las prestaciones y al objeto en ellos convenidos.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 288/88. Oida Yolanda García de Silis. 18 de agosto de 1988.
Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Enrique Ramírez Gámez.

Octava Época

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Los contratos se identifican como el acuerdo de voluntades con el fin de crear, transferir, modificar y extinguir derechos y obligaciones entre las partes.

De esta forma tenemos que en la donación existen dos partes, el donador quien transfiere una parte de su patrimonio a título gratuito a otra persona donatario quien lo recibe sin dar a cambio contraprestación alguna, pero en el hecho de que el donatario reciba la cosa donada debe darse en forma precisa y fehaciente su aceptación respecto de la donación, pues por ser un contrato, el acuerdo de voluntades se verifica por una parte con la liberalidad del donante y con la aceptación del donatario, pues hasta en tanto no exista la aceptación del donatario respecto de la donación esta no se perfecciona y por tanto no hay donación, en esta circunstancia debemos hacer hincapié en el hecho de que no basta con que el donatario acepte la cosa donada, sino que dicha aceptación la deberá hacer del conocimiento del donante.

Las circunstancias antes planteadas no se dan en la supuesta donación que se maneja en materia de órganos, pues como hemos visto, tratándose de componentes humanos sólo basta señalar que se tiene voluntad de donar, sin especificar a quien, sin que se establezca la forma en que debe verificarse la aceptación de la supuesta donación realizada, no hay en este caso un detrimento patrimonial para el donante ni un enriquecimiento de esa índole para el donatario, no es imperante hacerle de su conocimiento al donante la aceptación de la donación, y

es del todo imposible hacerlo cuando el donante ha muerto y en razón de ello se ha dado la donación.

En base a lo anterior, podemos concluir en este apartado de la investigación de mérito, que la disposición del cuerpo o de alguno de sus componentes no puede ser considerada donación, no se dan en tal acto jurídico los elementos de esencia, de validez, los personales, los materiales, el objeto y naturaleza de la donación para ser considerada la disposición del cuerpo como donación, aunque el acto de disposición del cuerpo sea a título gratuito y con ánimo altruista en algunos casos, pues habremos de recordar que en la donación tácita el animus donandi no se da, pues se constriñe al individuo a señalar su negativa de constituirse en disponente de su cuerpo y componentes y al no realizar manifestación alguna se considera que es disponente en potencia o bien como se maneja en la Ley General de Salud donador tácito, con lo que no estamos de acuerdo, ya que desde siempre la donación se ha considerado una liberalidad, un acto jurídico dotado de animus donandi, es decir, ánimo de donar y si no se ha expresado nunca ese ánimo se debe de considerar que la persona no tiene intención de donar, en caso contrario lo habría expresado de alguna forma; el legislador en forma arbitraria e impositiva ha establecido la figura de donador tácito siendo aquél el que no expresó su voluntad de no ser disponente, siendo que tal circunstancia debió haberse planteado a la inversa, es decir, que toda persona que deseara ser disponente para después de su muerte lo expresara de alguna forma, tomándose como no disponente aquél que nunca manifestó su voluntad en ese sentido.

Así las cosas, consideramos que no es exacto jurídicamente la aplicación del término donación en materia de órganos y en atención a ello hemos elaborado esta

investigación, cuyo resultado nos arroja que el término en comento se encuentra utilizado en forma inexacta.

5.2 CONTRADICCIÓN EN LA LEY POR EL USO DEL TÉRMINO DONACIÓN EN TRASPLANTES DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CÉLULAS HUMANAS.

En efecto, existe en la ley una seria contradicción, pues por una parte tenemos que la legislación civil conceptúa de una forma a la donación apegándose al concepto tradicional que ha subsistido a través de los años, mientras que por otro lado, tenemos un concepto de donación establecido en la Ley General de Salud, concepto que en nuestra consideración es discrepante con el concepto tradicional del término donación que ha sido aceptado y utilizado desde siempre.

Así las cosas, tenemos que el Código del Estado de México conceptúa a la donación en los siguientes términos:

Artículo 2186.- Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

El Código del Distrito Federal establece que la donación es:

Artículo 2332.- Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

Como ha quedado ya perfectamente establecido en capítulos anteriores, el concepto legal tradicional del término donación se refiere a un contrato en el que se realiza una liberalidad en forma gratuita, identificada tal como la transferencia que hace una persona de la totalidad o parte de sus bienes a otra, imponiendo como requisito que la liberalidad sea respecto de bienes patrimonio del donante, debiéndose considerar que dichos bienes deben ser presentes, pues no se puede dar la donación respecto de bienes futuros.

Ahora bien, por cuanto hace a lo que debemos entender por bienes, tenemos respecto de ese vocablo lo siguiente:

Bienes [Biens]

Adv. bien, latín bene, sustantivado.

Las cosas materiales susceptibles de apropiación y todos los derechos que forman parte del patrimonio. Ej.: tierras, casas, muebles, usufructo, servidumbres, créditos, oficios, fondos de comercio, patentes de invención, derechos de autor, etc.

—Comunales [communaux]. Los que integran el dominio privado comunal, perteneciente a la comuna considerada como ser moral; los habitantes tienen sobre ellos un derecho de goce. Los bienes comunales se componen por lo común de bosques y tierras incultas, aptas solamente para pasturaje. Originariamente eran propiedad colectiva de los habitantes.

—Comunes [communs]. Los que componen el activo de la comunidad formada entre los esposos (ver Comunidad entre esposos)

—Consumibles [consomptibles]. Ver Cosas.

—Corporales [corporels]. Cosas materiales susceptibles de apropiación.

—De familia (de famille). El que comprende una casa, o una porción divisa de una casa' o a la vez una casa y tierras contiguas o vecinas, y se halla ocupado o explotado por la familia y declarado inembargable por la ley para asegurar a aquélla un hogar (ley del 12 jul. 1.909, relativa a la constitución del bien de familia)

—De manomuerta [de main-morte]. Bienes pertenecientes a personas jurídicas. Se los denomina así porque no son objeto de ninguna transmisión por muerte, a causa de la perpetuidad de su propietario (ver Manomuerta)

—Del dominio privado (du domaine prive). Ver Dominio del Estado.

—Del dominio público [du domaine public]. Ver Dominio del Estado.

—Dominicales [domaniaux]. Ver Dominio del Estado.

—Dotales [dotaux]. Los que la mujer casada bajo el régimen dotal constituye expresamente como dote suya, o le son donados por contrato de matrimonio. En principio son inenajenables, imprescriptibles e inembargables (Código Civil, artículos 1542, 1544 y ss.).

—Fungibles [fongibles]. Que se consumen.

—Futuros [à venir].

A) Bienes que el deudor ha adquirido después del nacimiento de su obligación.

B) (Donación de). (Ver Donación de bienes futuros e Institución contractual).

—Incorporales [incorporels]. Todos los derechos que forman parte del patrimonio (ver Derecho y Patrimonio). Conforme a la tradición romana, mantenida por el Código Civil, el derecho de propiedad sobre las cosas materiales es considerado un bien corporal, por identificación de la cosa con el derecho.

—Indivisos [indivis].

Tomado del latín indivisus.

Los bienes que constituyen el objeto de una indivisión (ver esta palabra).

—Inmuebles [immeubles] Ver Inmuebles.

—Muebles [meubles] Ver Muebles.

—No consumibles [non consommables] Ver Cosas.

—No fungibles [non fungibles] Ver Cosas.

—Parafernales [paraphernaux].

Tomado del latín medieval paraphernalis, derivado del griego de la época baja paraierna, plural neutro, “bienes parafernales”, formado con la preposición para, al lado, más allá de, y jernh, dote.

Los bienes que la mujer casada bajo el régimen dotal no ha constituido como dote suya, o no le han sido constituidos en dote, y cuya administración y goce le confiere por ello la ley.

—Presentes [présents].

A) Los bienes que pertenecen al deudor en el momento de nacer su obligación, y que sirven de prenda general a sus acreedores (Código Civil art. 2092).

B) (Donación de) Ver Donación de bienes presentes.

—Propios [propres]. Los bienes que constituyen el patrimonio personal del marido o la mujer, y que bajo el régimen de comunidad legal o convencional no forman parte de la masa común;

—Reservados [réservés]. El producido del trabajo personal de la mujer casada que ejerce una profesión distinta de la de su marido, y los bienes adquiridos con ese

producido. Esta categoría de bienes ha sido creada por la ley del 13 julio 1907D relativa al salario libre de la mujer casada.

—Vacantes o sin dueño [vacants ou sans maitre]. Los que por su naturaleza son susceptibles de propiedad privada, pero que de hecho nadie se ha apropiado de ellos todavía (la caza, los productos del mar), o han cesado de pertenecer a alguien (cosas abandonadas) ⁶⁷

Nuestra legislación contempla dentro de los bienes a los muebles e inmuebles, así tenemos que los bienes muebles se conceptúan legalmente en el Código del Distrito Federal de la siguiente forma:

Artículo 750.- Son bienes inmuebles:

- I. El suelo y las construcciones adheridas a él;
- II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;
- III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido;

⁶⁷ Diccionario de Terminología Jurídica. Editorial Casa Zepol S.A. de C.V., México 1999, Pág. 289.

IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo;

V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente;

VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca, directa o exclusivamente, a la industria o explotación de la misma;

VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca;

VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario;

IX. Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquier especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella;

X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto;

XI. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa;

XII. Los derechos reales sobre inmuebles;

XIII. Las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.

El mismo compendio legal en cita nos da la definición legal de bienes muebles en los siguientes artículos:

Artículo 752.- Los bienes son muebles por su naturaleza o por disposición de la ley.

Artículo 753.- Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior.

Artículo 754.- Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal.

Artículo 755.- Por igual razón se reputan muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles.

Artículo 756.- Las embarcaciones de todo género son bienes muebles.

Artículo 757.- Los materiales procedentes de la demolición de un edificio, y los que se hubieren acopiado para repararlo o para construir uno nuevo, serán muebles mientras no se hayan empleado en la fabricación.

Artículo 758.- Los derechos de autor se consideran bienes muebles.

Artículo 759.- En general son bienes muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles.

Aunado a lo anterior, las consideraciones y criterios establecidos por la Teoría de los Derechos de la Personalidad, la cual considera que el cuerpo humano y sus componentes no son propiedad del individuo y que éstos no son considerados parte integrante del patrimonio de una persona, pues no son valuables en forma pecuniaria, además de que dicha teoría señala que el ser humano no puede disponer de su vida pues estaría infringiendo un derecho natural, pero en cambio, si acepta la posibilidad de que el individuo que cuenta con capacidad de goce y ejercicio, pueda disponer de algún componente de su cuerpo que no constituya un grave riesgo para el que dispone de perder su vida, ya que como lo establece la teoría en comento, el individuo no tiene derecho a disponer de su vida, ya que no es algo que le pertenezca; podemos concluir que el cuerpo humano y sus componentes no son susceptibles de donación, pues éstos no son parte del patrimonio de la persona, no puede ejercer un dominio sobre ellos, no tienen un valor monetario, no puede disponer de todos sus componentes en vida pues esto implicaría un grave riesgo

para su salud y en algunos casos constituiría la muerte inminente de quien dispone de un órgano fundamental, por ello la donación no es la figura jurídica aplicable en los trasplantes de órganos, no se cumplen los requisitos y elementos jurídicos necesarios para considerar la disposición de un órgano como donación.

Ahora bien, tenemos que respecto de donación en materia de órganos la Ley General de Salud en su artículo 314 fracción VI y VII señala lo siguiente:

Artículo 314.- Para efecto de este título se entiende por:

VI.- Disponible, a aquél que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o componentes en vida y para después de su muerte;

VII.- Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente en la disposición de su cuerpo y componentes para su utilización y trasplantes.

En general son bienes muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles.

El artículo 320 y 321 reformados de la Ley General de Salud establecen lo siguiente:

Artículo 320.- Toda persona es disponible de su cuerpo y podrá donarlo, total y parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título.

Artículo 321.- La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Considerando que en todo el mundo se cuenta con un concepto legal aceptado respecto de la donación, el cual es afín con el que se maneja en las legislaciones civiles de las entidades federativas que conforman nuestra nación, y tomando en cuenta que en la Ley General de Salud se estatuye un concepto de donación diverso, el cual se pretende justificar señalando que tal término es aplicable en materia de órganos, pues no cumple con los elementos y requisitos para que dicho acto jurídico sea considerado como donación.

Debemos entonces primeramente hacer notar que no existen donaciones tácitas en el derecho, más que ahora recientemente tratándose de órganos, lo que nos parece erróneo, ya que visto que la donación es una liberalidad, esto es que se debe dar en forma libre, sin coacción alguna, entonces ¿cómo es posible que se dé una donación tácita cuando el contrato de donación se ha identificado como uno de los más formales en donde se debe manifestar expresamente la voluntad del donante en formular la liberación de algún bien parte de su patrimonio?, y el donatario por su parte debe manifestar expresamente al donante su aceptación, la cual debe hacerse en vida del donante, para que el acto jurídico sea válido.

En esta tesitura, debemos también hacer notar que existe contradicción entre el concepto tradicional de donación utilizado por el derecho civil, con el adoptado recientemente por la Ley General de Salud, pues ambos conceptos son discordantes

en cuanto hace a sus elementos de esencia, sus elementos personales, también son distintos en su objeto, motivo y fin, sus formalidades.

La Ley General de Salud reconoce que el individuo puede disponer de su cuerpo y órganos, en lo que estamos de acuerdo, pero discordamos de su postura por cuanto hace al uso del término donación en los trasplantes de órganos, pues este término no es el idóneo, no se ajustan las características de la disposición de órganos a la de una donación, ahora resulta que existe un concepto de donación generalizado, pero tratándose de órganos la naturaleza jurídica de la donación es totalmente distinta, lo cual en derecho es impreciso, imposible y se denota como una aberración jurídica, pues no podríamos decir que la compraventa es una tratándose del derecho civil, pero tratándose de otra materia sobre la que versee la compraventa cambie su naturaleza jurídica, la cual es su esencia, así tenemos que en la Ley General de Salud se cambia el concepto y esencia de la donación a su conveniencia, queriendo justificar el uso del término en la gratuidad de la disposición de un órgano y el sentimiento altruista que se debe tener para la disposición de dichos componentes corpóreos.

No tan sólo hay contradicción entre la legislación civil y la Sanitaria, pues sólo basta analizar las fracciones VI y VII del artículo 314 de la Ley General de Salud, pues la fracción VI señala la definición de disponente, aludiendo que es aquella persona que le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte; mientras que la fracción VII de dicho artículo refiere que es aquél que tácita o expresamente consiente en la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes; en este aspecto no hay concordancia y mucho menos congruencia, pues por un lado se

habla de facultad de disposición y por otra de donación; si se reconoce que el individuo tiene facultades para poder disponer de su cuerpo, entonces puede consentir que alguno de sus componentes se utilice para trasplantes, sin que para ello sea necesario hablar de donación, pues los órganos, componentes y cuerpo humano no pueden ser materia de donación.

Por otro lado tenemos que la fracción VII del artículo en comento limita la donación de órganos, pues señala que la donación de los órganos, componentes y cuerpo humano deben ser para su utilización en trasplantes, atendiendo a esta coyuntura tenemos que no hay donación de órganos, componentes y cuerpo humano para estudios científicos, pues la donación es sólo para trasplantes, por ello consideramos que hay una gran contradicción en la ley respecto del término donación, término con el que no estamos de acuerdo.

5.3 LA CARENCIA DE LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES Y JURÍDICOS PARA CONSIDERARSE DONACIÓN DE ÓRGANOS.

Ha quedado demostrado fehacientemente que la donación desde siempre y en esencia ha sido considerada como un contrato por medio del cual una persona llamada donante transmite gratuitamente el dominio de una parte o la totalidad de sus bienes presentes a otra persona llamada donatario que acepta dicha donación en vida del donante.

Pero tenemos que en materia de salud, sin causa justificada, sin que existan los elementos de esencia conceptuales y jurídicos se da un concepto y uso

totalmente diverso al término donación pues le conceptúa de la siguiente forma: es el consentimiento tácito o expreso de las personas, para que, en vida o después de la muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Tenemos que la donación tiene como elementos de esencia y jurídicos los siguientes:

Es un contrato, esto es que para su existencia debe existir un acuerdo de voluntades, y además el objeto motivo del contrato que pueda ser materia de contratación, pues así lo ha establecido nuestro máximo Tribunal en la siguiente tesis jurisprudencial contenida en el Semanario Judicial de la Federación volumen 103-108, cuarta parte, página 79, séptima época que a la letra dice:

"CONTRATOS, EXISTENCIA DE LOS REQUISITOS.- SEGÚN EL ARTÍCULO 1794 DEL Código Civil para el Distrito Federal, los contratos requieren para su existencia de I Consentimiento. II Objeto que pueda ser materia del contrato. De donde obviamente se deduce que ambos elementos son esenciales en su configuración y que la falta de uno solo de ellos da lugar a su inexistencia".

Los elementos expresados por la tesis vertida no los presenta la donación en materia de órganos, pues se trata solamente de una manifestación unilateral de la voluntad del llamado donante y ante tal manifestación no hay persona determinada que tenga que expresar su aceptación respecto de esa donación; además el objeto de la donación en materia de órganos lo son estos, los tejidos, las células y el cuerpo humano, los cuales según la teoría de los derechos de la personalidad y la misma ley

no pueden ser objeto de contratación, de apropiación o lucro, además que no se consideran parte del patrimonio del donante.

Es un contrato traslativo de dominio pues su objeto es la transmisión de la propiedad de las cosas objeto de dicho contrato, pero en materia de órganos esta condición no se cumple, pues los órganos, tejidos, células y cuerpo humano no son objetos y además no pueden apropiarse en ninguna circunstancia.

Es gratuito, la donación es en esencia gratuita, pero aunque la donación en materia de órganos sea gratuita, este elemento no es determinante para que se le considere donación.

Recae sobre una parte de la totalidad de los bienes del donante, pero la donación en materia de órganos no cumple con este elemento ya que los órganos, tejidos, células y cuerpo humano no son considerados parte de los bienes del supuesto donante, éstos no son parte de su patrimonio, pues no se pueden cuantificar en forma pecuniaria, no se les puede asignar un valor monetario, no hay por tanto disminución del patrimonio del donante ni aumento del patrimonio de quien recibe la supuesta donación.

Debe recaer la donación en bienes presentes del donante, otro elemento que la donación en materia de órganos no cumple, pues la donación que se realiza para después de la muerte es una donación de realización incierta, ya que nada garantiza que los órganos que se pretendan donar puedan ser en verdad factibles e idóneos para trasplante, pues tratándose de un donador para después de su muerte y verificándose ésta por un traumatismo provocado por accidente propicia la

imposibilidad de que los componentes y el cuerpo humano sean empleados para trasplante; en cuanto a las supuestas donaciones que se formulan en vida la aplicación del término es erróneo ya que los componentes humanos y el cuerpo mismo no son considerados un bien y mucho menos que sean partes integrantes del patrimonio de alguien.

Es fundamental que la donación sea aceptada por el donatario en vida del donante, elemento del todo inexistente, pues en efecto en las donaciones de órganos, tejidos y cuerpo humano para después de la muerte, el donante nunca sabrá la aceptación de la supuesta donación.

Otro elemento que se debe dar en toda donación es el *ANIMUS DONANDI*, esto es, el ánimo de donar y al considerar la ley la donación tácita este elemento no se da, por tanto no hay donación, pues la liberalidad no se constituye, nadie puede ser forzado ya por interpósita persona, ya por la ley, para que realice alguna conducta o para que se lleve a cabo algún acto o conducta con sus propiedades, posesiones, documentos, bienes, cuerpo y componentes de éste, razones éstas para considerar que la donación no es el término jurídico aplicable en materia de órganos, tejidos, células y cuerpo humano.

5.4 LAS CONSECUENCIAS DEL USO Y APLICACIÓN DEL TÉRMINO DONACIÓN EN LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS HUMANOS.

La Ley General de Salud recientemente reformada prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células humanas en su artículo 327, dicho precepto legal continua

señalando que la donación de éstos será con fines de trasplante, se regirá por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización será estrictamente a título gratuito.

Es evidente que la ley reconoce la facultad del individuo para disponer de sus componentes y cuerpo humano, pero le limita en sentido de que le constriñe al hecho de que sólo pueda donar sus componentes y cuerpo humano, prohibiendo el comercio de órganos, tejidos, células y cuerpo humano.

Podemos preguntarnos ¿cómo es posible que se reconozca la capacidad para que el individuo pueda donar su cuerpo y componentes, siendo que la donación es una figura jurídica en la que se denota que el objeto de ella debe encontrarse dentro del comercio?, debe también ser valorado en forma pecuniaria o monetaria, debe por supuesto ser parte integrante del patrimonio del que dona; si consideramos que los órganos no son susceptibles de apropiación y que además se encuentran fuera del comercio, ¿cómo es posible que se puedan donar?, ahora bien si se pueden donar ¿por qué no se pueden enajenar?, la ley se ha metido en un embrollo especial al tratar de usar el término donación en un acto jurídico que no reúne los requisitos legales para ser considerado como tal.

Existe un principio que alude que todo aquello que se puede enajenar se puede donar, siendo la donación en materia de órganos una reciente excepción a dicha regla.

Sin duda alguna la Ley General de Salud alude a los componentes y cuerpo humano como objetos, pues señala que éstos se pueden donar e incluso ha creado

una definición de donación especial y sólo aplicable en materia de componentes y cuerpo humano, lo que representa una circunstancia inaceptable en la ley, pues no porque la disposición de órganos se realice en forma gratuita y con sentido altruista debe considerarse donación; ahora bien si los componentes humanos y el mismo cuerpo humano se pueden donar, ¿por qué la ley limita al individuo a que los enajene, siendo que el mayor riesgo que se corre es para el disponente?

Hemos de señalar que en todo contrato existen contraprestaciones entre las partes, en la donación no hay tal contraprestación pues quien sufre las cargas es el donante, aunque se le imponen al donatario requisitos que debe cumplir para que la donación se perfeccione, uno de estos requisitos es que manifieste su aceptación expresa respecto de la donación en vida del donante, circunstancia que no sucede en la donación de órganos.

Existe la posibilidad de una grave consecuencia de continuarse utilizando el término donación en materia de órganos, pues no es correcto que la ley conceda al individuo la facultad de disponer de su cuerpo y componentes como un bien y que le limite a sólo poder disponer de él en forma gratuita, pues dicha ley es entonces violatoria de garantías individuales puesto que se afectaría el patrimonio del donante.

Consecuentemente consideramos que al hablar de donación en materia de órganos da también la pauta para que con posterioridad se pueda hablar de una inminente compraventa de componentes y cuerpos humanos y habiendo quedado de manifiesto que éstos no forman parte del patrimonio del individuo, que no se encuentran dentro del comercio, que no pueden ser valubles en dinero, lo más razonable sería no seguir utilizando el término donación en materia de órganos, pues

confunde el uso del término, además de que se define de forma totalmente distinta a la naturaleza real de la donación y constituye la pauta para que en un futuro no lejano se hable de compraventa o se llegue a tal práctica, invocando como defensa la circunstancia de que los componentes y cuerpo humano se puedan donar y por tanto, también se puedan enajenar al dárles un uso y connotación de bienes integrantes del patrimonio de una persona.

5.5 PROPUESTA

Después de haber realizado este estudio, aterrizamos dicha investigación con una propuesta, la cual no puede ser otra más que se deje de utilizar el término donación en materia de trasplantes de órganos, tejidos, células y cuerpo humano, pues se ha establecido que dicho término no es el idóneo para ser aplicado en el caso concreto que nos ocupa.

En este contexto tenemos que se deben en consecuencia modificar los preceptos legales existentes en la Ley General de Salud y que aluden al término donación, ya que dicho contrato, no se da en materia de órganos y, por tanto, no se puede hablar de donación en ese aspecto.

El artículo 314 reformado de la ley General de Salud en su fracción VII define lo que se debe entender por donador o donante, dicha fracción debe desaparecer pues al ser inaplicable la donación en materia de órganos, no hay cabida a que se hable y mucho menos a que se defina a una de las partes, a saber el donante o donador, más aun cuando sólo se define a una parte como lo es el donador o

donante y no se habla ni se alude ni por un momento al donatario a quien sólo se le menciona como receptor.

Así las cosas, debemos también puntualizar que el concepto de donador o donante que señala la Ley General de Salud dista demasiado en fondo y forma del que es plenamente aceptado por el derecho desde la antigüedad y hasta la actualidad.

En consecuencia de lo anterior deberá también ser modificado el artículo 320 reformado de la Ley General de Salud omitiéndose hablar de donación, pues en dicho precepto ya se alude que la persona es disponente de su cuerpo, lo que se interpreta como que puede disponer libremente de su cuerpo, disponiendo de alguno de sus componentes para trasplante, siempre que dicha disposición no le implique peligro de perder su vida.

El artículo en comento es insidioso e impreciso, pues primeramente reconoce que toda persona es disponente de su cuerpo, pero luego le limita a que sólo pueda donarlo en su totalidad o en parte, consideramos que con tan sólo reconocer la facultad de la persona de disponer de su cuerpo y órganos surge la posibilidad de que la persona pueda disponer de su cuerpo o sus componentes para trasplante, sin necesidad de recurrir al término donación, cuya aplicación en materia de órganos es inexacta e imprecisa, por los motivos y razones que aludimos en esta investigación.

Asimismo, consideramos la circunstancia de que el legislador pretenda denotar que toda disposición de órganos para trasplante sea gratuita utilizando el término donación es erróneo, pues se puede ser más explícito, congruente y

coherente con el derecho, pues consideramos que hablar de la facultad de la persona para disponer de sus órganos o cuerpo humano para trasplante es lo correcto y con tan sólo señalar en la ley que tal disposición debe ser en forma gratuita y con ánimo altruista es más que suficiente para que los trasplantes de órganos sigan siendo un acto jurídico gratuito, sin necesidad de que se llegue a hablar de donación, figura jurídica que en esta materia no se actualiza.

En este aspecto, tenemos que debe entonces desaparecer el artículo 321 de la Ley General de Salud, pues en dicho artículo se define qué es donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, lo anterior en razón de que la donación no se da en materia de órganos, se aplica mal dicho término, no se da la naturaleza contractual, por tanto, la definición que se realiza en la ley en cita es errónea, pues entonces deberíamos de definir la donación y demás contratos según la materia a la que nos refiramos, lo cual es inexacto, pues imaginemos que trastoquemos o cambiemos la definición de compraventa atendiendo a tal o cual materia, con ello se afecta la naturaleza jurídica de dicho contrato, propiciando con ello su inexistencia.

De igual forma se deberán modificar los artículos 322 reformado de la Ley General de Salud, pues en dicho precepto se alude a la donación expresa, debiéndose en su lugar hablar de disposición expresa, pues dicho término es el que consideramos es más correcto.

Lo mismo debe suceder en el artículo 324 reformado de la Ley en cita, debiéndose suplir el término donación por el de disposición.

Debemos dejar en claro que nuestra postura no es en contra de los trasplantes de órganos, en ello estamos a favor, pues gracias a ellos se logran salvar miles de vidas anualmente y el número de donantes y receptores va en aumento, en lo que estamos en contra es en el uso de un término como lo es el de donación en forma errónea y más aun se llegue al grado de definirlo de tal forma que se le desligue de su verdadera naturaleza jurídica, propiciando con ello confusión y una laguna en la ley.

Estamos en contra de la donación en materia de órganos, pero también estamos en contra de la ley, en el aspecto que autoriza que se obtengan órganos en forma tácita, al respecto debemos señalar que el cuerpo humano y sus componentes no son considerados cosas, objetos, bienes y por tanto se deben manejar con respeto, máxime que la propia ley reconoce a la persona la facultad de disponer de su cuerpo y sus componentes, pero después le constriñe dicha facultad autorizando la obtención de componentes humanos reconociendo el consentimiento tácito.

Al referirnos a la obtención de órganos en forma tácita, debemos decir que no nos encontramos de acuerdo, pues la persona que es consciente de su voluntad de donar lo expresará de alguna forma, sin que haya necesidad de recurrir a la obtención de componentes y cadáveres en forma tácita, vulnerando con ello la facultad de la persona de disponer libremente de su cuerpo, pues de continuar reconocida legalmente la posibilidad de obtener componentes y cadáveres en forma tácita, se está obligando a la persona a manifestar expresamente su consentimiento o negativa de disponer su cuerpo, siendo que debería ser a la inversa, esto es que toda aquella persona que desee disponer de su cuerpo lo exprese en forma

inequívoca, considerándose que no hubo voluntad de disponer de su cuerpo o componentes a toda aquella persona que no lo haya manifestado en forma expresa.

En razón de lo anterior, debemos señalar que debe entonces desaparecer el artículo 324 reformado de la Ley General de Salud, pues en dicho artículo se alude al consentimiento tácito, lo mismo debe suceder con el artículo 325 y por lo que hace al artículo 326 debe ser modificado en lo que respecta a lo tácito del consentimiento, los artículos 327, 328 y 329 de la Ley en cita deben cambiar el término donación, donante y donador respectivamente, pues son términos de absurda aplicación jurídica.

En sí todos y cada uno de los preceptos legales que contiene la Ley General de Salud y que aluden al término donación deben ser modificados para que en lugar de dicho término se aluda al término disposición o disponente, entonces deberán modificarse también los artículos 330, 332, 333 fracción II, 334, 338 fracción I.

5.6 FIGURA JURÍDICA QUE SE PROPONE EN LUGAR DEL TÉRMINO DONACIÓN EN LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS HUMANOS.

Después de haber realizado esta investigación y como ya se ha establecido en este apartado, nuestra propuesta es en el sentido de que se suprima el término donación de las disposiciones de la Ley General de Salud y en lugar de ese concepto se utilice el de DISPOSICIÓN y DISPONENTE.

Debiéndose entender por DISPOSICIÓN, la facultad de toda persona para disponer de su cuerpo y componentes, siempre que dicha disposición no represente un peligro inminente de perder su vida.

Por DISPONENTE, se debe entender aquella persona que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte. Por lo que somos acordes a lo señalado en la fracción VI del artículo 314 de la Ley General de Salud.

De esta forma y como ha quedado señalado el término que consideramos idóneo para que sea utilizado en lugar donación lo es el de DISPOSICIÓN y así el de DISPONENTE, entendiéndose por tal toda persona que en términos de ley le corresponda decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte.

En la disposición de órganos se deberá cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigibles para la llamada donación, asimismo se deberán cumplir todos los requisitos y circunstancias para el disponente que prevé la ley para el donante, tales como que se le deberá proporcionar toda la información posible sobre el trasplante, y realizar los exámenes de compatibilidad necesarios, etc.

Para ser disponente se deberá cumplir con los mismos requisitos legales establecidos en la ley para el llamado donante, esto es tener capacidad de goce y de ejercicio, con las limitantes establecidas en la ley para los donadores, es decir no podrán disponer de su cuerpo y órganos los menores de edad, la mujer embarazada, y sólo será autorizado un trasplante que provenga de disposición de órganos de una

mujer embarazada cumpliéndose los requisitos que establece la fracción II del artículo 326 reformado de la Ley General de Salud.

Es conveniente señalar que el término que proponemos es el adecuado según la teoría de los derechos de la personalidad, la cual reconoce la facultad del individuo para disponer de su cuerpo y componentes, siempre que dicha disposición no represente un grave riesgo de que el disponente pierda su vida, en este contexto conviene especificar que por restricciones naturales hay órganos vitales que no pueden ser trasplantados en vida, pues ello representaría la inminente muerte del disponente, entre tales órganos tenemos el corazón; en efecto lo que se busca con los trasplantes de órganos es salvar vidas, concluir el padecimiento de alguna persona, pero ello no debe darse como consecuencia de la muerte de otra o del padecimiento de otro, sino por el contrario, buscar a toda costa la cura, el restablecimiento de la salud con la trasplantación de órganos, sin que para ello se afecte la salud de aquél que dispone de sus órganos.

5.7 BENEFICIOS JURÍDICOS DE LA INCLUSIÓN DEL NUEVO TÉRMINO.

Dentro de los beneficios que encontramos con la supresión del término donación de la Ley General de Salud y que en su lugar se utilice el término Disposición y por ende disponente, tenemos los siguientes:

1. Se suprime un término jurídico de donación el cual en materia de trasplantes de órganos no se actualiza.

2. Desaparece la contradicción entre el concepto tradicional de donación establecido en la ley civil con el recién improvisado concepto que maneja la Ley General de Salud reformada.

- IV. Desaparece la confusión a que daba lugar el uso del término donación en materia de trasplante de órganos en lo que respecta al objeto materia de la donación, el cual siempre ha sido los bienes pecuniarios que son parte del patrimonio de una persona.

- V. Queda establecido que la donación es un contrato, mientras que la disposición de órganos no se trata de contrato alguno, sino más bien de una manifestación unilateral de la voluntad.

- VI. En las donaciones no opera el consentimiento tácito que se pretende hacer valer con las reformas a la Ley General de Salud.

- VII. El cuerpo humano y sus componentes no son susceptibles de apropiación, no se encuentran dentro del comercio y por esa misma circunstancia no pueden ser materia de donación.

- VIII. Queda a salvo la esencia de la naturaleza jurídica de la donación, ya que tratándose de trasplantes de órganos se le pretendía dar una naturaleza distinta a la suya, adecuando el término en forma errónea al caso concreto en particular.

- IX.** Se cierra en su totalidad que en un futuro se hable legalmente de la compraventa de órganos humanos.

- X.** Queda a salvo el respeto a la dignidad humana, pues con el uso del término donación se le pretende dar una connotación de cosa, de bien perteneciente al patrimonio de alguien.

- XI.** Queda establecida la diferencia entre donación y disposición de órganos.

- XII.** Queda reconocida legalmente la facultad del individuo de disponer libremente de su cuerpo y componentes siempre que tal disposición no implique peligro de perder la vida.

- XIII.** Queda plenamente diferenciado lo que es un contrato de donación y lo que es una manifestación unilateral de la voluntad para disposición del cuerpo y de sus componentes.

- XIV.** Se establece que toda disposición de órganos debe ser expresa, máxime que se trata de una manifestación unilateral de la voluntad.

- XV.** Queda establecido que en lugar de que la ley imponga el consentimiento tácito, se lleve a la práctica una campaña de cultura a fondo para propiciar conciencia de la importancia y beneficios de la disposición del cuerpo y sus componentes.

CONCLUSIONES

Después de haber realizado la presente investigación, nos encontramos en posibilidad de señalar las conclusiones a las que se ha llegado, siendo éstas las siguientes:

PRIMERA.- La donación es un contrato por medio del cual una persona llamada donante se obliga a transmitir gratuitamente el dominio de una parte o de la totalidad de sus bienes presentes a otra llamada donatario que acepta dicha transmisión en vida del donante.

SEGUNDA.- La donación desde siempre ha recaído en bienes que deben ser propiedad del donante y además dichos bienes deben ser presentes y no futuros.

TERCERA.- Para que se pueda hablar de donación se debe actualizar el *animus donandi*, es decir el ánimo de donar, por lo que no se puede hablar de donación cuando ésta se origina de una coacción.

CUARTA.- Está plenamente reconocida la facultad de toda persona para disponer de su cuerpo, con la única limitación de que tratándose de disposición en vida no represente peligro inminente de que el disponente pueda perder la vida.

QUINTA.- El cuerpo humano y sus componentes, no se consideran bienes, por tanto no forman parte del patrimonio del individuo, no son objeto de apropiación particular.

SEXTA.- El acto jurídico consistente en la disposición del cuerpo humano y sus componentes para después de la muerte o bien de alguno de sus componentes en vida no constituye un contrato, sino más bien un acto unilateral de la voluntad.

SÉPTIMA.- Nunca se ha reconocido la existencia de una donación tácita, toda donación debe ser expresa pues debe quedar evidenciado plenamente el *animus donandi*.

OCTAVA.- Es erróneo modificar el concepto de una figura jurídica o bien un contrato pretendiendo con ello aplicarlo a un caso concreto al que por su naturaleza no se adecua.

NOVENA.- No todo acto que sea gratuito es donación, pues ejemplo de ello es la cesión de derechos, o bien el comodato.

DÉCIMA.- La donación sólo puede recaer sobre bienes que se encuentren dentro del comercio, que se puedan valorar pecuniariamente, el cuerpo humano y sus componentes no se encuentran dentro del comercio, no pueden ser valuados pecuniariamente, no son cosas ni objetos, tratarlos en ese contexto representa una afectación a la dignidad humana.

DECIMOPRIMERA.- En materia de trasplantes es imposible que se dé la donación, por tanto, es errónea la aplicación de dicho término, pues la circunstancia de que la disposición de un órgano deba ser a título gratuito no constituye ese solo hecho que tal disposición sea donación.

DECIMOSEGUNDA.- El concepto de donación que maneja la Ley General de Salud reformada, es un concepto erróneo y amañado, pues dicho concepto se aleja en su totalidad de la naturaleza jurídica de la verdadera donación, y aceptar la aplicación de dicho concepto se estaría aceptando que más adelante se conceptúe la donación atendiendo a la materia que se trata, así entonces tendríamos la donación en materia administrativa, en materia civil, en materia mercantil, y así en diversas materias, lo cual constituiría una aberración jurídica.

DECIMOTERCERA.- La mal llamada donación en materia de órganos, no es otra cosa que una disposición del cuerpo humano ya para después de la muerte o bien tratándose sólo de algunos componentes en vida, dicha disposición surge de los derechos de la personalidad, por tanto es un acto unilateral de la voluntad del disponente.

DECIMOCUARTA.- En la donación hay dos partes, uno llamado donante y otro donatario, para que la donación se perfeccione es necesario que el donatario acepte la donación en vida del donante, lo cual en materia de órganos es del todo imposible tratándose de disposición de órganos para después de la muerte.

DECIMOQUINTA.- En la disposición del cuerpo humano o de sus componentes existen dos partes el disponente, que es aquél que tiene la facultad de disponer de su cuerpo y componentes para que éstos sean utilizados en trasplantes y el receptor que es la persona que recibe el componente materia de la disposición, en muchas ocasiones el disponente y el receptor no tienen vinculación alguna, no se conocen, ni llegan a conocerse, mucho menos se llega a dar la formalidad de que el

receptor manifieste su aceptación al disponente, como se establece en la donación para ser válida.

DECIMOSEXTA.- El hecho de que en estos momentos se hable de donación de órganos constituye la pauta para que en un tiempo no muy lejano se hable y autorice la compraventa de componentes humanos, puesto que todo lo que se puede donar se puede enajenar, luego entonces tendríamos que la Ley General de Salud es arbitraria pues da un trato al cuerpo humano y sus componentes equiparándolos a cosas o bienes que pueden ser donados, pero limita al individuo a que sólo los pueda donar y no enajenar, sin que refiera los motivos y circunstancias por los cuales no se pueden enajenar y sí donar.

DECIMOSÉPTIMA.- Existe una contradicción en la Ley Civil de todas las Entidades Federativas del país con lo establecido en la Ley General de Salud, pues sus conceptos de donación son discordantes en su totalidad y debe decirse que la establecida en materia de órganos se aleja en su totalidad de la esencia y naturaleza jurídica de la verdadera donación.

DECIMOCTAVA.- Debe de sustituirse el término donación de la Ley General de Salud, para que en su lugar se hable de disposición del cuerpo humano y de sus componentes y por ende los términos donante y donador se deben sustituir por disponente.

DECIMONOVENA.- En materia de órganos se debe hablar de disposición del cuerpo humano y de sus componentes, considerándose a la disposición como un acto unilateral de la voluntad del disponente que se dirige a una persona

determinada o indeterminada llamada receptor, dicha disposición debe ser a título gratuito y con ánimo altruista.

VIGÉSIMA.- Se debe dejar a salvo y respetar la esencia de la donación y no confundir su aplicación, pues no por el hecho de que la disposición de órganos deba ser gratuita debe considerarse donación, se debe hablar en términos claros y precisos, pues al pretender aplicar una figura jurídica que no encuadra en el caso concreto se propician confusiones, contradicciones y lagunas en la ley, por ello debe suprimirse el término donación de la Ley General de Salud.

VIGÉSIMO PRIMERA.- Sin duda el término más idóneo es el de disposición del cuerpo humano y sus componentes, con el uso de este término queda a salvo la esencia de la donación, se suprime la contradicción y se evitan lagunas en la ley, suprimiéndose a la vez la posibilidad de que en el futuro se posibilite la compraventa de componentes humanos, asimismo se evita crear la confusión legal respecto de una figura jurídica formalísima que ha mantenido su esencia a través del tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ARELLANO GARCÍA, Carlos. Práctica Forense Civil Familiar. Decimocuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1981.
- 2.- BONNECASE, Julien, Elementos de Derecho Civil. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.
- 3.- BORREL MACIÀ, Antonio. La Persona Humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo o muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo o muerto de otros hombres. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.
- 4.- DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1980.
- 5.- DOMÍNGUEZ GARCÍA, VILLALOBOS, Jorge Alfredo. Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos. Editorial Porrúa, México, 1993.
- 6.- DOMINICO, BARBERO. Sistema de Derecho Privado. Volumen IV, Contratos, Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.
- 7.- FLORIS MARGADANT S., Guillermo. Derecho Romano. Editorial Esfinge. México, 1982.
- 8.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

- 9.- GEORGES Ripert y Jean Boulanger. Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. Editorial la Ley, Buenos Aires, Argentina, año 1963.
- 10.- GEUSEPPE, Branca. Instituciones de Derecho Privado. Editorial Porrúa, México, 1978.
- 11.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad. Editorial José M. Cajica, S. A., México, 1971.
- 12.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO. Derecho de las Obligaciones. Décimo Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.
- 13.- LUDWIG Enneccerus y THEODOR Kipp. Código Civil Alemán. Editorial Bosch, Barcelona, año 1955, esta obra es apéndice del Tratado de Derecho Civil por el mismo autor.
- 14.- LUDWIG Enneccerus y THEODOR Kipp. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones II, Primera Parte, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, año 1976.
- 15.- MATEOS M., Agustín. Etimologías Grecolatinas. Decimotercera Edición, Editorial Esfinge, S. A., México, 1977.
- 16.- MAZEAUD HENRI, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte IV, Volumen III, Ediciones Jurídicas-Europa-América, Buenos Aires.
- 17.- MUÑOZ, Luis. Derecho Civil Mexicano. Tomo III. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. Ediciones Modelo. México, D.F., 1971.

- 18.- PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Persona en el Derecho Civil Mexicano. Panorama Editorial, S. A., México, 1985.
- 19.- RODRÍGUEZ NAVARRO, MAN. Doctrina Civil del Tribunal Supremo Español 1961-1966. Editorial Aguilar, Edición Nica Madrid España, 1967.
- 20.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Vigésima octava Edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 21.- ROMEO CASABONA, Carlos María. Los Trasplantes de Órganos. Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
- 22.- SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. De los Contratos Civiles. Octava Edición. Editorial Porrúa, México, 1986.
- 23.- TELLO FLORES, Francisco. Medicina Forense. Segunda Edición, Editorial Oxford, México, 1999.
- 24.- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. Quinta Edición, Editorial McGraw Hill, México, 1999.
- 25.- VARGAS ALVARADO, Eduardo. Medicina Forense y Deontología Médica. Editorial Trillas, México, 1991.
- 26.- VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano. Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

- 27.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1996.

LEGISLACIÓN

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Sista, México, 1999.
- 2.- Código Civil para el Estado de México. Editorial Sista, México, 1999.
- 3.- Código Civil para el Estado de Hidalgo. Editorial Porrúa, México, 1999.
- 4.- Código Civil para el Estado de Baja California Sur. Editorial Porrúa, México, 1999.
- 5.- Código Civil Francés.
- 6.- Código Civil Español.
- 7.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México, 1999.
- 8.- Ley General de Salud. Editorial Porrúa, México, 2000.
- 9.- Reglamento de la Comisión Nacional de Trasplantes de Órganos 2000.