

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM**

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA DONACIÓN  
DE ÓRGANOS EN MÉXICO”**

TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO  
**DE: LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA: VANESSA ARIZBET MEDINA BARRERA**

ASESOR: MAESTRO JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO

MEXICO, D. F.

82/2008  
2008



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## *AGRADECIMIENTOS*

*A mi alma mater*

*Al Maestro José Antonio  
Sánchez Barroso por aceptar  
dirigir la elaboración de este trabajo,  
por su gran dedicación, paciencia,  
pero sobretodo por su tiempo,  
apoyo y confianza.*

*A Dios  
por obsequiarme  
la vida y por darme la  
fuerza de seguir adelante.*

*A mis padres por ser mis pilares, guiándome  
de forma excepcional al brindándome  
su apoyo incondicional en los  
momentos de debilidad y por  
impulsarme siempre a  
alcanzar mis metas  
a través de su  
respaldo.*

*A mis hermanos por  
supaciencia y confianza en  
momentos difíciles.*

*A mis amigos,  
pero sobretodo a mis grandes  
amigas: Elena, Karla y Laura por estar  
conmigo en los buenos momentos y ayudarme  
a superar todos y cada uno de los momentos difíciles.*

# ANÁLISIS JURÍDICO DE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS EN MÉXICO

## INDICE

Introducción.....I

### CAPÍTULO 1

#### ANÁLISIS ÉTICO DE LAS DONACIONES Y DE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS

1. Antecedentes.....	2
2. Marco Conceptual.....	8
3. Donación y trasplante de órganos .....	17
4. Principios Éticos.....	24
5. Problemas Éticos.....	30

### CAPÍTULO 2

#### ASPECTOS RELEVANTES DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

1. Aspectos preliminares al estudio de la Teoría General del Contrato.....	37
2. Diferencia entre convenio y contrato.....	40
3. Elementos de existencia.....	43
a) Consentimiento.....	43
b) Objeto .....	51
4. Elementos de validez.....	55
a) Capacidad.....	55

b) Forma .....	59
c) Motivo o fin del contrato.....	61
d) Ausencia de vicios del consentimiento.....	63
5. Interpretación de los contratos.....	68

### **CAPÍTULO 3**

#### **LA DONACIÓN DE ÓRGANOS COMO CONTRATO**

1. Concepto de contrato de donación.....	72
2. Elementos de existencia del contrato de donación.....	76
3. Elementos de validez del contrato de donación.....	79
4. La donación de órganos como un contrato <i>sui generis</i> .....	82
5. Restricciones jurídicas a la donación de órganos.....	90
6. La regulación de la donación en la Ley General de Salud.....	97
7. El sistema nacional de trasplantes.....	101

### **CAPÍTULO 4**

#### **LA DONACIÓN DE ÓRGANOS COMO PROBLEMA JURÍDICO SOCIAL**

1. Status jurídico del cadáver.....	106
2. Responsabilidad del Estado frente a la donación de órganos.....	115
3. Intervención y responsabilidad de los notarios en la donación de órganos.....	119
4. ¿El comercio de órganos, como una opción a futuro? .....	121

<b>Conclusiones</b> .....	130
---------------------------	-----

<b>Bibliografía general consultada</b> .....	136
--	-----



## INTRODUCCIÓN

La presente investigación analiza desde el punto de vista jurídico la donación y el trasplante de órganos y su configuración como un contrato civil de naturaleza *sui generis* bajo el amparo de los principios éticos de la gratuidad, altruismo, confidencialidad e información.

El objetivo del presente trabajo es evidenciar cómo los factores internos como los sentimientos, las creencias, las emociones, etc. y los factores externos como el deseo de mejorar la calidad de vida, la legislación, el sistema sanitario, etc. han incidido directa y determinadamente en que la tasa de donadores sea inversamente proporcional a la de los miles de receptores que integran las listas de espera; sin embargo, estos factores presentan como denominador común el temor del ser humano de que su integridad física y su dignidad se vean afectadas en virtud de la falta de una figura jurídica idónea que realmente garantice que la donación cumplirá con los principios antes mencionados.

En este contexto, los métodos empleados en este trabajo de investigación fueron el histórico, el inductivo, el analítico y el comparativo con la finalidad de responder a las siguientes interrogantes: ¿Éticamente se justifica un contrato de donación de órganos? ¿El ser humano tiene el derecho de disponer sobre su cuerpo? ¿Cuál es el límite de ese derecho, si es que lo hay? ¿El cuerpo humano puede ser considerado como un objeto sobre el cual se puede celebrar un contrato? ¿A quién le corresponde el derecho de disposición sobre el mismo? ¿Cuáles son los valores morales inmersos en la legislación de la materia? ¿El ser humano puede decidir qué hacer con su cadáver? ¿Ética y jurídicamente se puede considerar la opción de una retribución económica por la donación de órganos?

La donación y el trasplante de órganos y tejidos han propiciado infinidad de debates que van desde determinar si se trata de un tema pasado del que ya se ha hablado lo suficiente, o en su defecto de un tema actual que aun tiene muchas cosas que aportar al desarrollo del ser humano. En este sentido, lo único seguro es que este problema ha crecido en virtud de la inusitada importancia que ha adquirido el ser humano como donador en cuanto a su imposibilidad de ser objeto de comercio en un mundo donde todo se rige bajo el principio de la oferta y la demanda.

En el primer capítulo trato los factores históricos y los principios éticos, que han hecho de la donación y trasplante de órganos humanos temas sumamente controvertidos, precisamente por el hecho de tratarse de la disposición del cuerpo humano. En este sentido, es evidente que tanto el rechazo como la aceptación de la donación de órganos es el resultado directo de la evolución técnica del procedimiento quirúrgico; pasando de la fase experimental a la terapéutica, no sin haber sido objeto de numerosas críticas fundadas en el temor del propio ser humano en función del gran poder que ha adquirido el hombre a través del avance científico.

En el segundo capítulo se desarrollará de forma breve la Teoría General del Contrato, en relación con la regulación que de este acto jurídico efectúa nuestro Código Civil Federal; sin embargo, cabe hacer énfasis en el hecho de que este ordenamiento regula a todos los actos jurídicos como si se tratara de un contrato y no de debemos olvidar que si bien es cierto es uno de los actos jurídicos más importantes no deja de ser una especie.

El tercer capítulo es la parte medular del presente análisis, toda vez que se exponen los motivos que indujeron al desarrollo del mismo; es decir, la necesidad de establecer una regulación adecuada al contrato de donación de órganos que le proporcione a las partes que intervienen y a la sociedad en general la seguridad jurídica que un acto de tal importancia requiere ya sea *inter vivos* o *mortis causa* requiere.

Finalmente en el capítulo cuarto, como parte conclusiva del análisis se ponen a la vista las diversas posibilidades que el Estado ha previsto con el objeto de regular la donación y el trasplante de órganos humanos, procurando al máximo la integridad física y dignidad del donador y del receptor en igualdad de circunstancias, extendiendo la protección que el mismo Derecho otorga para el ser humano desde el momento de la concepción del ser humano, hasta el momento en que se convierte en cadáver.

# CAPÍTULO 1

## ANÁLISIS ÉTICO DE LA DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS

El hombre desde que comienza a tener conciencia de sus actos e, incluso de manera instintiva, siempre va a buscar su bienestar modificando en general su entorno. Es por esta razón que nunca se ha conformado ni mucho menos se ha quedado de brazos cruzados con respecto a todas aquellas circunstancias en las cuales está seguro que puede obtener un resultado mejor con su intervención en el medio.

Se podría decir que por naturaleza, el hombre se ha negado a aceptar lo que en un momento determinado se le puede calificar como inevitable “la muerte”; y hasta cierto punto es comprensible, ya que siempre ha luchado por crear nuevas “opciones” ante los desafíos que se le presentan en su existencia. “El ser humano es un auténtico creador, creador de posibilidades. Por supuesto no crea desde la nada, como Dios. El ser humano sólo puede crear posibilidades a partir de los recursos naturales”<sup>1</sup> y esto es lo que le causa cierta impotencia al hombre, que en realidad es un ser mortal; sin embargo, en relación con las oportunidades que él mismo fabrica es “un pequeño Dios” como lo llama Leibniz.

De hecho, al estar completamente consciente que la muerte es imposible de evitar el único camino que le queda es el de maximizar la calidad y el tiempo de vida pero, sobretodo, crear nuevas “oportunidades de vida” como es el caso de la donación y del trasplante de órganos. Todo esto con la firme convicción de crear una especie de realidad, en la que si bien no le es posible evitar la muerte, tendrá al menos la oportunidad de tratar de prolongar al máximo el tiempo de vida aplicando de las nuevas posibilidades que se crean en el ámbito de la medicina.

---

<sup>1</sup> Leibniz, Gottfried Wilhelm von. *Manodología*. No. 83. Porrúa. México. 1984. Pág. 399.

La donación y los trasplantes de órganos son la respuesta, al menos en la actualidad, a las necesidades anteriormente planteadas; sin embargo, no basta con la intención con la que fueron desarrollados ya que en este tipo de intervenciones convergen invariablemente elementos externos e, internos. Externos como el mejoramiento en las condiciones de salud e internos como los sentimientos y el sentido de humanidad que no todos los hombres son capaces de desarrollar.

Bajo el contexto que acabo de presentar, es evidente que tanto la donación como los trasplantes son y deben ser analizados de forma prioritaria desde la óptica del Derecho y de la Ética.

Precisamente es el objetivo del presente capítulo, el análisis y desarrollo de la parte ética de la donación y del trasplante de órganos, toda vez que como ya se ha mencionado, convergen una serie de elementos internos, los que definitivamente conllevan a una serie de debates y discusiones en el terreno ético como consecuencia lógica de este tipo de intervenciones quirúrgicas, en donde una decisión depende de principios, valores, información e, incluso, de elementos culturales, para que una vez que se llegue a la determinación, cualquiera que esta sea, se analice desde el punto de vista jurídico, el cual será objeto de estudio y abordado con detalle en los siguientes capítulos.

## **1. Antecedentes**

Al momento en que hablamos de la donación y del trasplante de órganos, podríamos pensar que hablamos de un tema relativamente nuevo más no es así, el hombre siempre ha buscado opciones con la finalidad de mejorar y conservar sus condiciones de vida. Lo que si es un hecho, es que actualmente se ha dado una mayor atención a estas intervenciones quirúrgicas, toda vez que la inquietud y la intención siempre han existido, y si le aunamos que el hombre en el campo de la medicina diariamente se supera a sí mismo, es lógico que pretenda que estas intervenciones vayan más allá de lo que actualmente pueden lograr, es por eso

que su evolución y alcance ha sido gradual y constante. En su desarrollo han influido, entre otros, elementos técnicos y éticos.

En cuanto a su evolución técnica, existen tres tipos de trasplantes de órganos:

1. Autotrasplantes.
2. Homotrasplantes.
3. Heterotrasplantes.<sup>2</sup>

En cuanto a los autotrasplantes, se tiene conocimiento de ellos desde el siglo VI y V a. C. en la India, estos se realizan dentro del cuerpo del propio individuo, como es el caso de los injertos de piel de una parte a otra del mismo paciente. De hecho se iniciaron concretamente con la reconstrucción de nariz y orejas con trozos de piel tomados de las extremidades.

Es curioso el hecho de que no se tuvo acceso a este procedimiento en Europa sino hasta el siglo XVIII en Gran Bretaña, en donde la reconstrucción fue facial y el injerto provenía de antebrazo. Desde 1870 este tipo de trasplantes se emplean hasta la actualidad de una forma bastante natural, claro, después de una serie de aciertos y fracasos.

Tras varias investigaciones e intentos, el homotrasplante comenzó a tener éxito una vez que dieron paso a las investigaciones sobre inmunología. Para 1901 Karl Landsteiner descubre la existencia de distintos grupos sanguíneos, lo que imposibilitaba el trasplante por incompatibilidad, causando el rechazo de los órganos trasplantados; sin embargo, no era el único motivo por el cual se efectuaba el rechazo, los médicos en el fondo lo sabían, y es por ello que continuaron investigando hasta ubicar a los linfocitos en 1902, con un descubrimiento accidental por parte de Alexis Carrel.

---

<sup>2</sup> Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. El Buho. Colombia. 2003. Págs. 313-321.

Una vez que los descubrimientos se habían hecho patentes, desde los años treinta, se iniciaron los intentos para trasplantar riñones, lográndose con éxito el primer trasplante de ese órgano para 1954 evitándose el rechazo. Para 1958, se realizó el primer trasplante de riñón proveniente de donador cadavérico. El factor que en realidad permitió el trasplante de órganos, fue el descubrimiento de fármacos supresores de la inmunidad y, por lo tanto, del rechazo.

En la segunda mitad de los años setenta comenzaron a trasplantarse otros órganos distintos del riñón con éxito, como el corazón, de pulmón e, incluso, el intestino, éstos últimos se realizaron a finales de la década de los ochentas en Alemania y Francia.

Los homotrasplantes, se caracterizan en que ya es posible trasplantar un órgano que es extraído de un “organismo donante”, hacia un “organismo receptor”; es decir, entre organismos distintos de la misma especie. Este tipo de trasplantes se inicia en el siglo XVII y XVIII, con los estudios del cirujano inglés John Hunter (1728-1793), quien inicialmente trasplantó dientes sin ningún éxito, más tarde intentó con órganos como los testículos y ovarios, los cuales perdieron sus funciones. Aunque si bien es cierto se tuvieron muchos tropiezos, finalmente las investigaciones y los logros de la medicina en general han permitido que este tipo de trasplante sea el que se emplea como cirugía sustitutiva de forma cotidiana.

En la actualidad se ha desarrollado un nuevo tipo, denominado heterotrasplante. Este tipo de trasplantes en verdad representaría un paso enorme en la vida del hombre, sobretodo, tomando en cuenta que no siempre se forma parte de un país que encabece las listas de donación a nivel mundial como España, en el cual la cultura de donación no podría ser mejor. Hago todos estos comentarios ya que este tipo de trasplante de órganos se efectúa no sólo de un organismo donante distinto al del organismo receptor en cuanto a cuerpos físicos se refiere, sino en cuanto a especies; es decir, se trataría de trasplantes entre un ser humano y un animal.

En verdad, al hablar de los heterotrasplantes, estamos hablando de reales “posibilidades de vida”, más que de ficciones. Desde mi punto de vista, este tipo de trasplantes parecería la solución más óptima, si tomamos en cuenta la realidad de nuestro país, donde la cultura de la donación en lugar de ir a la alza, desafortunadamente va en detrimento, siendo cada vez menos los organismos donantes disponibles.<sup>3</sup>

No obstante, en cuanto a la aceptación por parte de la sociedad, probablemente se tendría un mayor reto. Más de forma muy particular, me parece que no hay motivo para escandalizarse, si bien es cierto que este tipo de trasplantes se encuentra en fase experimental, también es cierto que los anteriores tipos de trasplantes también pasaron por esa etapa, que finalmente ha sido superada y si le agregamos a esta circunstancia que la ciencia médica avanza todos los días, este tipo de trasplante no es la excepción.

Ahora que si de aspiraciones se trata, podemos hablar de los órganos o partes de órganos artificiales<sup>4</sup> los cuales finalmente, y a pesar de los grandes esfuerzos en cuanto a la investigación del hombre, no han llegado en ningún momento a sustituir la necesidad de recurrir a donadores en vida o en su defecto *mortis causa*, toda vez que el camino no ha sido sencillo para este tipo de donaciones. Es un hecho que si han ayudado a salvar la vida del receptor a corto plazo, ante la imposibilidad de permanecer conectado a una máquina para continuar con vida, ya que propiamente no se habla de una implantación que sea a largo plazo, puesto que aun cuando los inmunosupresores hacen su parte y las máquinas cada vez son mejores el rechazo por parte del organismo receptor es

---

<sup>3</sup> Ayala Salazar, Melchor. *Mitos y Realidades en torno a la donación y trasplante de órganos. tejidos y células*. Trillas. México. 2003. Pág. 26.

<sup>4</sup> Son los tejidos artificiales diseñados a través de la ingeniería biológica, desde luego los avances en la biología molecular y en la elaboración de plásticos han permitido la fabricación de estos tejidos que se parecen a sus equivalentes naturales y funcionan como ellos. [www.donacion.es.html](http://www.donacion.es.html).

mayor y la esperanza de vida menor en relación con el trasplante de órganos naturales.<sup>5</sup>

Hasta este momento he presentado los tipos de evolución técnica, con respecto al trasplante de órganos, ahora es momento de abordar la segunda, la evolución ética.

Evidentemente la evolución ética ha sido más lenta que la técnica. Esta evolución se desarrolla en tres fases:

1. Del rechazo.
2. De la aceptación experimental.
3. Aceptación Terapéutica.<sup>6</sup>

En cuanto a la primera fase, debemos puntualizar el hecho de que durante muchos años el trasplante se detuvo en un fase pre-científica; es decir, no se calificaba como una ciencia, este retraso en otorgarle un *status* científico se debió a criterios imperantemente moralistas “porque pensaban que la extracción de órganos de un sujeto era siempre inmoral y no podía ser realizada, aun en el caso de que pudiera ayudar a otro”<sup>7</sup> se consideraba inmoral por el hecho de la mutilación que siempre había estado prohibida, no solamente por la ética, sino también por la legislación en materia penal.

Desde el punto de vista ético se rechazaba porque aun cuando en textos de santo Tomás de Aquino se permitía esta situación, existía el requisito de que se justificara con la salvación de una vida, el punto es que nadie podía asegurar tal resultado. Finalmente esta discusión se prolongó todo un siglo, del XVIII al XIX, siendo el resultado la siguiente fase.

---

<sup>5</sup> Claro que la ciencia ha avanzado a tal grado que día a día los logros son sorprendentes, con lo que crecen las esperanzas; es un hecho que estas máquinas no sólo devuelven la salud al receptor, sino que proporciona una mayor seguridad en cuanto a la prolongación de la vida en caso de que nunca llegue el trasplante de un órgano natural. Sin embargo, el acceso a esta opción es realmente mínima por el costo que representa.

<sup>6</sup> *Ibidem*. Págs. 321-322.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

En la segunda fase, de aceptación experimental, los trasplantes fueron eventualmente aceptados; sin embargo, esta aceptación se dio con todas las reservas lógicas, consecuencia de los múltiples debates suscitados entre la ciencia y la ética. Esta fase se presentó entre los años sesenta y setenta, esta vez la discusión versó en si podría considerarse como una técnica terapéutica, cuestión que se planteó después de la pérdida de la vida de muchos de los pacientes; es decir, la sociedad comenzó a dudar que en realidad pudiera llegar a ver incluso de forma eventual resultados positivos en cuanto a la supervivencia.

Por tanto, se pidió que se cumpliera con los criterios éticos de experimentación, de hecho “la técnica de la experimentación se elaboró a partir de los experimentos farmacológicos en seres humanos y ha llegado a convertirse en un requisito imprescindible para la validación de cualquier fármaco”<sup>8</sup> dejando de lado las técnicas quirúrgicas. Esta omisión de atención que se debió proporcionar a las técnicas quirúrgicas, acarreó como resultado una laguna, en cuanto a su aplicación en los trasplantes de órganos, ocasionando la falta de convencimiento por parte de los médicos de que el trasplante, es más bien una técnica terapéutica de carácter experimental.

Estaban conscientes que debía ser experimental, ya que bajo el contexto en que se presentaba, en ningún momento se aseguraba el completo éxito; es decir, no había, ni hay en la actualidad, la certeza absoluta de asegurar los resultados de una intervención quirúrgica.

De hecho el respaldo científico, se alcanzó eventualmente y no tan rápido como se hubiera querido, además de que como era de esperarse, dependiendo del órgano que se tratará, la comprobación en cuanto a tiempos fue distinta.

---

<sup>8</sup> Gracia, Diego. Op. Cit. Pág. 324.

En la última fase, en que se manifestaron los avances en la etapa anterior, fue en que adquirió reconocimiento y, por ende, mayor fuerza; sin embargo, la problemática fue distinta, trayendo con estas nuevas interrogantes, nuevos debates, lo que era de esperarse, ya que si no hay nuevas hipótesis, no puede continuar el avance, ni pueden haber nuevas investigaciones y, por tanto, no habrían otras opciones, truncando el camino y quedándose atrás.

## 2. Marco Conceptual

Considero importante que antes de continuar con nuestro estudio, debemos definir algunos conceptos, que aparecerán frecuentemente en esta tesis, con la finalidad de evitar ambigüedades en sus alcances y contenidos en el análisis ético y jurídico que se hará más adelante.

**Vida.** Definir el concepto de vida no es tan fácil como parece, ya que implica reflexiones de carácter ético y jurídico un tanto más elaboradas de lo que en un principio nos pudimos haber imaginado.

En sentido amplio, “la vida es un conjunto armonioso de funciones, donde cada célula del conjunto goza de propia vida, así como de una jerarquía dentro del organismo”.<sup>9</sup>

Desde luego existen diferentes concepciones acerca de lo que en realidad significa el término vida, y es totalmente lógico, que el hombre tenga esta inquietud, puesto que “cuando aparece el hombre, antes de adoptar una postura antropocéntrica, esto es, que sea él mismo el centro de su pensamiento, adopta la postura cosmológica, que va a consistir en preguntarse por las causas eficientes de todo cuanto le rodea, es decir, el cosmos. Y en este sentido podemos

---

<sup>9</sup> Martínez Garnelo, Jesús. *La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos humanos*. Porrúa. México. 2002. Pág. 17.

mencionar a filósofos como a Tales de Mileto, Anaxímenes o Anaximandro, que creyeron encontrar aquellas causas en los elementos naturales.

Pero era de esperarse que ante esta inquietud cosmológica, el hombre se volviera a sí mismo, para intentar resolver su problema existencial”.<sup>10</sup> De hecho a lo largo de la historia el término “vida” siempre ha sido causa de innumerables reflexiones por parte de los filósofos.

Por ejemplo, para Aristóteles, es el “conjunto de operaciones de nutrición, crecimiento y reproducción”; para santo Tomás de Aquino, “es el movimiento inmanente”; para Beaunis, “es la evolución de un cuerpo organizado, susceptible de reproducirse y de adaptarse a un medio”; para Sortais, “es la actividad interior por la cual el ser se mueve a sí mismo”; por último, para Farges, “es la actividad en virtud de la cual una sustancia se mueve o puede moverse”.<sup>11</sup>

Sólo basta leer de forma rápida las definiciones anteriores para darnos cuenta, de que la vida representa el fin más valorado y el principio más deseado, siendo de suma importancia para los valores y los fines del hombre, como individuo, a nivel social e incluso humano en general. Por otro lado, es evidente que cada una de estas definiciones hace referencia a una organización que sigue una serie de pasos, para estar en movimiento, movimiento que es el resultado de la propia autonomía que posee el ser.

En sentido biológico es entendida como el conjunto complejo de una serie de fenómenos biológicos que se mantienen en equilibrio constante, integrándose y organizándose entre sí. Todos estos rasgos, deben conjugarse dentro de un sólo cuerpo, el del hombre; sin embargo, si bien es cierto que su estructura física depende de estos fenómenos biológicos como lo es el correcto funcionamiento de sus órganos por ejemplo, también es cierto que goza de una estructura emocional

---

<sup>10</sup> Martínez Garnelo, Jesús. Op. Cit. Pág. 173.

<sup>11</sup> *Ibíd.* Págs. 19-20.

que finalmente es la que le permite interactuar con los demás hombres. Cuenta con una inteligencia, que lo hace distinto de los animales.<sup>12</sup>

Es de tal importancia la vida, que el hombre se ha visto en la necesidad de cuidar al máximo este valor, tanto, que la vida humana es el bien jurídico que ocupa el primer lugar entre los valores o derechos tutelados de manera permanente por el Estado, no sólo a nivel individual, sino a nivel social.

En suma, la vida la podemos entender para el desarrollo de este trabajo como el conjunto de fenómenos biológicos, concentrados en un cuerpo, el cual posee moviendo y funcionamiento propio y espontáneo.

**Pérdida de la vida o muerte.** La muerte es un hecho inexorable que llega tarde o temprano, pero de acuerdo al enfoque con que se vea, se le puede considerar como una pena puesto que puede llegar en cualquier momento o, como una gracia, ya que se necesita morir algún día.<sup>13</sup> Podría darse por sentado, que existe pérdida de la vida a través de su comprobación por un sólo medio; sin embargo, como afirma el doctor Diego Gracia “ninguna sociedad ha podido asistir nunca impasible al espectáculo de la descomposición del cuerpo de sus seres queridos, y siempre ha buscado signos previos que permitieran enterrar a los cadáveres cuando aun no se hallaban es estado de putrefacción”;<sup>14</sup> no obstante, esto no significa que a la vez no se nieguen a la realidad que esta frente a sus ojos, por lo que los criterios para determinar la muerte también son muchos y de ahí viene la negativa de las personas a aceptar que este acontecimiento completamente natural esté ocurriendo, finalmente, “lo último que se pierden son las esperanzas” y, por muy pequeña que esta sea, siempre será suficiente para intentarlo todo.

---

<sup>12</sup> Ibídem. Pág.18.

<sup>13</sup> Ibídem. Págs.145-146

<sup>14</sup> Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. El Búho. Colombia. 2003. Pág. 56.

El doctor Diego Gracia afirma que en cuanto al campo filosófico, son en realidad muy pocas las dudas que podrían desencadenarse con motivo de si ya ha ocurrido o no la pérdida de la vida, puesto que al morir el ser humano ha perdido de forma total e irreversible la capacidad de conectarse con el medio que lo rodea.

Sin embargo, bien pueden existir circunstancias bajo las cuales el ser humano pierde la capacidad de comunicarse con otros seres humanos, más no está biológicamente muerto, ya que puede continuar latiendo su corazón e incluso respirando, pero la pregunta es ¿en realidad sigue vivo?

De esta manera hay dos tipos de muerte: la personal o humana y la vegetativa. En esta tesitura, son puntos de vista que se identifican con la evolución del propio ser humano; es decir, la primera es la que excluye a las personas de la calidad de ser “seres humanos”; puesto que al ser un ser gregario, el hombre necesita en toda la extensión de la palabra de comunicarse con los demás, de expresarse, de ser perfectamente capaz de negar o de asentir por sí sólo todas y cada una las necesidades que le son propias, de acuerdo a la manera en como se van presentando las circunstancias.

En este contexto, se ha complicado aun más el momento en que se considera que el ser humano ha perdido la vida; de hecho varios filósofos coinciden con el hecho de que la pérdida de la vida, no debe ser entendida necesariamente como el polo opuesto a la “vida”, toda vez que lo consideran como un estado de reposo, o bien, un orden ya que la vida es el desorden, es el conjunto de funciones propias para resistir la llegada de la “muerte”. Por ende, la muerte, es la cesación de la vida, de hecho, desde el punto de vista filosófico, se afirma que con la pérdida de la vida también se pierde el espíritu.

Desde la óptica cobijada por la filosofía griega encabezada por Platón y Aristóteles, se asevera que la pérdida de la vida se encuentra estructurada por un proceso de des-animación eventual, por lo que seguido a un periodo de desgaste,

se pierde finalmente el alma; en tanto que desde el punto de vista científico, la pérdida de la vida es la consecuencia de la llamada “muerte cerebral”.

Ahora, desde el punto de vista de la muerte animal, la pérdida de la vida sí implica un camino totalmente opuesto al de la vida, ya que el cerebro es afectado de tal forma, que es imposible retomar alguna de las funciones que anteriormente efectuaba con naturalidad, llegando a una muerte de carácter vegetativo.

La muerte como fase ineludible del ser humano, es donde necesariamente convergen ética y ciencia, es decir, en la actualidad la ciencia ha avanzado tanto que incluso los criterios para determinar la pérdida de la vida debieron ser de igual forma modificados a la par de los logros conquistados en cuanto a la ciencia médica se refiere; sin embargo, es imposible dejar de lado valores morales inherentes a la ciencia y al ser humano como tal.

En realidad la muerte es una sola, lo que se modifica es el criterio de comprobación, por ejemplo, en el criterio de muerte cardiaca, es factible la reanimación, no siendo éste el caso en la “muerte cerebral”. Por ende, el momento de la muerte es aquel en que el proceso degenerativo de las células cerebrales ha llegado al límite, siendo imposible el retorno.

Las interrogantes han sido tantas en cuanto a determinar el momento exacto de la pérdida de la vida, se ha hecho uso de innumerables recursos técnicos, que son acompañados de un tiempo que debe de cumplir con un par de expectativas; en primer lugar, contar con el suficiente lapso de tiempo para verificar la auténtica pérdida de la vida, lapso que se quisiera fuera lo bastante extenso como para que opere la segunda expectativa, la “reanimación”.

En la práctica, el criterio que anteriormente operaba para la pérdida de la vida radicaba en la comprobación de la cesación de la respiración y de las funciones cardíacas, más presenta ciertas dificultades para quienes mueren en

ejercicio de la reanimación o en su defecto en terapia intensiva, de hecho este criterio continua siendo operativo para otros países no siendo el caso del nuestro; lo anterior es rechazado por la sencilla razón de que el corazón puede ser sustituido por trasplante de corazón mecánico o bien artificial, lo que evitaría la muerte cerebral; por ende, sólo produce ciertas alteraciones en el cerebro.

Por contradictorio que parezca, la aparición de las técnicas de reanimación, por supuesto que representa un gran avance para la medicina y a la vez un gran problema en cuanto a la comprobación de la muerte se refiere, ya que los instrumentos actuales orillan a la prolongación de una “vida forzada” en cuanto a la sustitución de las funciones naturales de respiración y del latido cardíaco, que deberían ser espontáneas y con estos avances se convierten en artificiales.

El choque emocional, el desconcierto, la confusión pero, sobretudo, la negación, son situaciones que se presentan cuando se tiene “la certeza de estar frente a un cadáver incluso cuando el corazón sigue latiendo y, por lo tanto, el cuerpo sigue caliente”;<sup>15</sup> sin embargo, es calificado como cadáver por el simple hecho de que sus funciones naturales han dejado de ser espontáneas.

Es más que evidente, el hecho de que la comprobación de la muerte es sumamente importante, sobretudo si se tiene la “obligación de prolongar la vida a cualquier costo. Tomando en cuenta que también en estos casos, el alargar la vida a costa del propio paciente, así como el mantenimiento de su vida mediante aparatos colisiona los derechos del ser humano a una muerte digna. Sin embargo, el desconectar los aparatos que mantienen una vida que no tiene la posibilidad de continuar si no es con la ayuda de los mismos”<sup>16</sup> representa una crueldad ¿no es así? Este tipo de interrogantes son las que han impulsado a la investigación para llegar a nuevos criterios para determinar el momento en que ocurre la muerte,

---

<sup>15</sup> Ayala Salazar, Melchor. Op. Cit. Pág. 127.

<sup>16</sup> Martínez Garnelo, Jesús. *La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos humano*. Porrúa. México. 2002. Pág. 54.

evitando el deterioro de los órganos que pudieran llegar a ser extraídos en el caso idóneo.

En la actualidad, la nueva concepción de la muerte es la de la “muerte cerebral”, siendo esta irreversible, en cuanto a la función dentro del encéfalo. No obstante, me es complicado proporcionar un concepto de pérdida de vida absoluto, puesto que hemos visto que los ángulos desde los que se ve esta definición en cuanto a diferencia en verdad son abismales.

La pregunta que surge en este momento es: ¿Por qué aceptar el criterio de la muerte cerebral? Desde el punto de vista científico el encéfalo (que comprende el cerebro, cerebelo y bulbo raquídeo) es el coordinador de la mayoría de las funciones del organismo humano, por tanto, el cese total e irreversible en las funciones del encéfalo equivale a pérdida total de la función del organismo; es decir, deja de funcionar como un todo homogéneo en cuanto a funciones se refiere, obteniendo como consecuencia un organismo no vivo. Este hecho ocurre después de un “infarto cerebral total” que hace imposible la llegada y circulación de la sangre al encéfalo, ocasionando la destrucción de las células nerviosas.

Como ya había advertido antes, existen diferentes criterios de comprobación de la muerte, algunos son:

1. Anatómicos: En este caso el cuerpo es destrozado físicamente, como consecuencia de un accidente, quedando prácticamente irreconocible.
2. Cardiocirculatorios: A consecuencia de un paro cardíaco, sin pulsaciones durante un periodo superior a los 15 minutos.
3. Neurológicos: En los que verifican las lesiones al cerebro, provocando un daño irreversible, ya que las células del cerebro son las más sensibles en

cuanto a la ausencia de oxígeno y, por lo tanto, bastan pocos minutos de ausencia para provocar la muerte y descomposición de las mismas.

De esta forma el criterio neurológico de la muerte incide directamente en el trasplante de órganos, ya que el éxito de este trasplante depende de la rapidez con que se efectúe la ablación,<sup>17</sup> claro siempre y cuando se haya verificado la pérdida de la vida del posible donante, ya que nada justificaría el sacrificio de una vida humana por otra, puesto que todas las personas son acreedores del mismo valor y dignidad. Por lo tanto este criterio lo que hace es certificar el límite de la vida.

Por lo anteriormente expuesto es que he llegado a la conclusión que la muerte es la pérdida total e irreversible por parte del organismo, de efectuar todas y cada una de sus funciones por sí mismo.

**Cadáver.** Por cadáver se entiende aquel cuerpo orgánico humano después de la muerte.

De acuerdo a la tanatología<sup>18</sup>, el cadáver cuenta con un *status* moral, más que jurídico; sin embargo, no existen muchos textos que se refieran al *status* de carácter jurídico del cadáver, toda vez que sólo hablan de una individualidad propia del cuerpo como tal; es decir, física y materialmente hablando. En este sentido, se ha procurado llegar a una revalorización del cadáver.

Su *status* jurídico actual es el de una “cosa particular”; es decir, nunca en sentido genérico puesto que en su momento fue sujeto de derecho, tan fue así que en vida tuvo la facultad de disponer de su propio cuerpo una vez que llegará a la

---

<sup>17</sup> La ablación es el acto de “obtención” de acuerdo al lenguaje quirúrgico, siendo sinónimos extracción u obtención. Blanco. Guillermo. *Bioética y Derecho. Cuestiones actuales*. Universidad. Buenos Aires. 2002. Pág. 302.

<sup>18</sup> Entendida como la ciencia que estudia todas aquellas cuestiones relacionadas con la muerte y el cadáver, así como los métodos de examen, comprendiendo numerosos problemas médico-legales; así como las transformaciones que sufre. Es parte de la medicina forense que se dedica al estudio de todos los cambios que va a presentar el organismo desde el preciso momento en que se establece la muerte; sus raíces son: *Tanatos*: muerte y *Logos*: ciencia, estudio o tratado. Martínez Garnelo, Jesús. Op. Cit. Págs. 131-132.

pérdida de su vida. No podría siquiera pensarse que el cadáver se encuentre dentro del comercio, ya sea en forma íntegra, o en su defecto en partes.

Desde el punto de vista cultural, para nosotros como seres humanos, este tipo de términos como “cadáver” o “muerte” parecen estar cargados más hacia el sentido interno o sentimental, sobre todo en nuestro país, en el que incluso se destina un día especial para recordarlos, por lo tanto, el lenguaje a utilizar en este caso será el de consideración y respeto.

**Donador.** En sentido estricto es la persona que por sí misma, en vida ha manifestado de forma, generalmente expresa, su deseo de permitir la extracción de sus órganos, una vez que ocurra la pérdida de la vida. En síntesis, es el término que se emplea para denominar al organismo del cual se extrae el órgano o en su defecto el tejido.

Desde el punto de vista ético, es aquella persona que en realidad goza de un verdadero sentido de ayuda regalando una parte de sí mismo, dispone en la forma y condiciones que le parecen las más apropiadas de su cuerpo, ya que lo hace con la plena conciencia de que en un momento dado llegará la inevitable muerte y que tendrá la satisfacción de haber contribuido a salvar del número que personas que así disponga, o que en su defecto las que permitan sus condiciones de muerte.

Debemos puntualizar que en la situación de donador, se ubican tanto donadores vivos, como donadores cadavéricos.

- El donador cadavérico: Es el donador ideal o bien el donador por excelencia, no sólo porque los órganos que se utilizan pueden ser más en cuanto a número se refiere, sino porque desde siempre se ha considerado que los conflictos son menores en cuanto a la extracción de órganos, incluso en cuanto a los costos para el Estado, ya que el costo de la rehabilitación sólo se hará en beneficio del receptor.

- El donador vivo: Es quien necesariamente debe expresar su voluntad, ineludiblemente de forma expresa, para donar sus órganos, puesto que ser donador en vida, podría implicar una serie de conflictos médicos, éticos y jurídicos a los cuales no tendría porque exponerse. Para este donador sin duda existen riesgos no sólo de carácter físico, sino también de carácter psicológico, ya que no es sencillo desprenderse de una parte de nuestro cuerpo sólo por altruismo no ganando nada sólo con la intención de ayudar.

En el caso de los donadores cadavéricos, desde luego no hay restricción alguna en cuanto a edad, sexo, peso, entre otros elementos que si son restrictivos, como el estado en que se encuentren los órganos en cuanto a su funcionalidad, por lo tanto son muy pocos los cadáveres que en un momento dado pueden ser donantes, en virtud de las circunstancias bajo las cuales perdió la vida. En cuanto a los donadores vivos se refiere, estando dentro de estas restricciones se ubican a los menores de edad, los incapaces, y las mujeres embarazadas (al menos en nuestra legislación).

### **3. Donación y trasplante de órganos**

Tanto la donación como el trasplante son el resultado de la evolución de un proceso histórico, que ha sido definido por el doctor Diego Gracia como “el proceso de transformación de los recursos naturales en posibilidades de vida.”<sup>19</sup> Parece una frase muy sencilla; sin embargo, lo que en verdad engloba es la realidad del hombre como tal, toda vez que se ha negado a contar únicamente con los recursos que se encuentran con la naturaleza y siempre ha buscado modificarlos maximizando su rendimiento y beneficios.

La donación de órganos puede ser considerada como la acción a través de la cual el donador o bien el organismo donante pone a disposición de otro ser humano sus órganos con la finalidad de que este último amplíe o mejore sus

---

<sup>19</sup> Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. El Búho. Colombia. 2004. Pág. 24.

probabilidades y condiciones de vida. Siempre y cuando ocurra como condición indispensable: la pérdida de la vida por parte del donante, ya que no puede operar de otra forma.

Conforme a la definición proporcionada en el apartado anterior, es más que evidente que la donación de órganos es una acción totalmente cargada de un significado ético, esto lo menciono ya que por el simple hecho de disponer del cuerpo, se desarrolla una situación paradójica, ya que bien se podría pensar que estamos disponiendo de algo que en realidad es nuestro, más existen tres teorías<sup>20</sup> que nos muestran no sólo la evolución en cuanto a las ideas que se tienen con respecto, sino los puntos de vista que han existido históricamente acerca de tomar un pedazo de nosotros mismos y “regalarlo”, ya que finalmente no nos será necesario ninguno de nuestros órganos una vez que se haya llegado a la muerte.

Por ende, inmediatamente se formulan preguntas como: ¿En verdad el hombre es dueño de su cuerpo? ¿Puede disponer de él libremente? Éstas interrogantes han sido tratadas desde la óptica de las siguientes tres teorías.

#### *A) Tesis del dominio imperfecto sobre el cuerpo*

Esta tesis no permite cualquier tipo de disposición del cuerpo humano, ya que no somos dueños del cuerpo que tenemos, toda vez que la vida es el regalo que nos hizo Dios; por tanto, sólo tenemos el dominio imperfecto. En este contexto, queda prohibida todo tipo de mutilación, considerándose incluso algo monstruoso.

Visto desde esta óptica, lo monstruoso, aun creado por la naturaleza, será simplemente el resultado de un error de acuerdo a lo que afirmaba Aristóteles en el capítulo octavo del libro segundo de *La Física*. Por tanto, hacía la distinción

---

<sup>20</sup> Gracia, Diego. *Ética de los confines de la vida*. El Buho. Colombia. 2003. Pág. 325.

entre lo natural como reflejo de todo lo bueno, en tanto que el error o bien lo antinatural, lo ve desde el punto de vista negativo o malo.

Sin embargo, desde el punto de vista de la teoría naturalista, la enfermedad de una persona podría ser curada a través del “procedimiento de trasplante de órganos, dado que su finalidad no es la de producir una realidad antinatural sino restaurar el orden natural perdido”<sup>21</sup> o bien, en el caso de que si no se mutila cierta parte del cuerpo se pudiera llegar a perder la vida claro que es justificable.

Como podemos percatarnos, esta teoría se encuentra edificada sobre argumentos puramente morales y religiosos, ya que además afirma que la mutilación es correcta cuando se hace en beneficio del prójimo, ya que se está poniendo por encima incluso del bienestar propio, siendo un acto caritativo.

Con relación a esta teoría estoy de acuerdo con el hecho de que debe ser un acto totalmente bien intencionado a través del cual se beneficia a otra persona, ya que en el caso de la donación, al ya haber perdido la vida, es imposible que nos cause perjuicio alguno hablando físicamente, ya que moralmente, en vida aun, podemos tener la satisfacción de que cuando llegue la muerte, servirá en algo para conservar la vida de alguien más. En síntesis, es vista la donación como opcional y gratuita.

### *B) Tesis del dominio privado sobre el cuerpo*

En esta tesis el hombre pasó de ser un regalo de Dios a ser cada vez más dueño de sí mismo; es decir, cada hombre es visto como propiedad individual de cada uno, *ergo*, tiene la propiedad de sí mismo contando con la libertad para disponer de su cuerpo, a tal grado que considera paternalista cualquier punto de vista que ejerza algún tipo de control sobre la voluntad de un hombre ajeno.

---

<sup>21</sup> *Ibíd.* Pág. 327.

A partir de estos principios, los moralistas de órganos, consideran que la donación de órganos es una obligación de carácter imperfecto, toda vez que nadie puede obligar a otra persona a que done sus órganos en beneficio de una tercera persona, puesto que esta decisión es completamente libre para el donante y únicamente depende de lo que decida de forma particular.

Esta teoría considera que lo más justo es que el cuerpo humano, después de la muerte, se ubique dentro del comercio ya que representa una gran carga para el donante, mientras que representa un beneficio para el receptor. Es decir, considera a la donación opcional y onerosa.

### *C) Tesis del dominio público*

En esta teoría el hombre, al ser visto de forma individual; es decir, como elemento de una estructura superior como lo es la sociedad, es evidente que él se subordinará ante las necesidades de la sociedad.

Sin embargo, aun cuando se pone por encima la necesidad colectiva, no quiere decir que el individuo tenga la obligación de donar sus órganos, ya que se requiere que primero esté informado y por supuesto que esté seguro de lo que está haciendo. Por ende, la donación sigue siendo opcional y gratuita, como lo abordaremos más adelante.

Como se ha visto, las teorías han evolucionando de tal forma, que han pasado de una postura completamente religiosa, a una muy liberal, para ubicarnos en la que aparentemente responde a nuestras necesidades actuales tanto como individuo, como sociedad. De hecho, independientemente de que se trate de nuestro cuerpo o no, lo importante es la intención con la que se está disponiendo del cuerpo humano. En esta tesitura, el maestro Martínez Garnelo, opina que el hombre es el único que puede disponer de su propio cuerpo, por lo que bien podría entrar al comercio, pero sólo en partes específicas, no es su totalidad, ya

que el precio se fijaría de tal forma que no solamente sea beneficiado el receptor, sino el donante, toda vez que es su derecho y bien esta contraprestación en dinero serviría para terminar con algún problema de carácter económico. Sin embargo, tomemos en cuenta una cosa, que aun siendo la donación gratuita los conflictos éticos y jurídicos son numerosos, es muy probable que los conflictos se incrementarían.

En este contexto, incluso la disposición del cuerpo se justifica por el simple hecho de que se está ayudando a alguien, sin mayor motivo que el beneficio para alguien más. De hecho, la única razón por la que entiendo que la donación en relación con la demanda de los órganos sea inversamente proporcional, es por la falta de información y, desde luego, por una cultura deficiente en este sentido.

Lo cierto es que no se puede percibir al cuerpo humano como una sede inviolable, al grado que ni la propia persona pueda ser capaz de tomar sus propias decisiones para disponer de su cuerpo con fines de salud exclusivamente; sin embargo, tampoco se puede ver como un conjunto de materiales anatómicos disponibles para este tipo de cirugías; por ende, debe encontrarse el equilibrio entre la libertad, voluntad y disposición de la persona con relación a su propio cuerpo.<sup>22</sup>

Las personas han preferido dejarse llevar por una serie de mitos que no han hecho más que entorpecer tan noble causa, escudándose en muchas ocasiones en perjuicios sociales e incluso religiosos. Sin embargo, en la mayoría de las posiciones religiosas, la donación es ampliamente aceptada, incluso, según la opinión de varios autores con la ayuda de la iglesia católica (que es la que se estructura por un mayor número de miembros) la tasa de donantes se incrementaría visiblemente.

---

<sup>22</sup> Blanco, Guillermo. *Bioética y Derecho. Cuestiones actuales*. Universidad. Buenos Aires. 2002. Pág. 298.

El punto es que los parientes muchas veces se escandalizan porque van a abrir los cuerpos de sus seres queridos, con la finalidad de extraer sus órganos, pero como bien lo dice el maestro Jesús Martínez Garnelo, nadie se escandaliza por la autopsia que se les hace ¿o si? O peor aun, por qué nadie se escandaliza cuando los “gusanos se están comiendo los órganos de sus seres queridos en la tumba”.

La donación de órganos *mortis causa* paradójicamente es la donación por excelencia, toda vez que es la más recomendada por el número de vidas que es posible salvar, ya que en número es mayor con relación a los donadores vivos; siempre y cuando se encuentre de por medio el consentimiento expreso, ya que si el consentimiento es tácito, puede convertirse en uno de los conflictos más comunes para la obtención de los órganos.

El trasplante para la medicina involucra una serie de tratamientos y etapas anteriores y posteriores a los actos quirúrgicos de extracción e implantación de órganos. No obstante, no debe de ser visto únicamente como un procedimiento terapéutico necesario sólo para mejorar la calidad de vida o para conservar con vida a un ser humano; va más allá, ya que implica una serie de elementos externos e internos. Externos como el bienestar físico del ser humano, e internos como son los sentimientos o la propia humanidad del individuo, puesto que se requiere de la extracción de un órgano sano por parte del donante, órgano que es canalizado hacia un receptor que es quien en realidad se beneficia con la donación.

Debemos puntualizar el hecho de que el trasplante tiene la posibilidad de realizarse gracias a un donador cadavérico, pero actualmente las posibilidades se amplían ya que se extienden a que los mismos se realicen mediante donadores vivos.

En el caso de la donación de órganos en vida del donador, para el trasplante se requiere de un consentimiento expreso, ya que el donador debe estar perfectamente consiente de los riesgos para su salud la cual podría mermarse, aun cuando se requiere que se practiquen todos los estudios clínicos que sean necesarios, con la finalidad de no sólo prever cualquier complicación o reducir al máximo el posible rechazo que en un momento dado puede llegar a presentarse, sino que en caso de que la salud del donador en vida pueda llegar a verse afectada gravemente, no se permita la extracción de sus órganos. Actualmente las únicas extracciones de esta naturaleza versan sobre órganos como el riñón y una parte del hígado, en tejidos la médula ósea y la sangre del cordón umbilical.

En cuanto a estadística se refiere, en el país se realizan el 20% de trasplantes *mortis causa*, contra 80% entre vivos (trasplantes relacionados) invirtiéndose el porcentaje en relación con el año 2000.<sup>23</sup> Es impresionante que muchos de los posibles receptores mueren en espera de un donador, ya que las “listas de espera”<sup>24</sup> en las que se encuentran inscritos son extensas, además de que debemos tomar en cuenta que no es ninguna garantía que su estado sea lo suficientemente grave como para garantizar que será el siguiente en recibir el órgano, ya que debe de cumplir también con ciertas condiciones fisiológicas y de tipo de sangre; es decir, debe atender a la compatibilidad.

Es más común de lo que pudiera pensarse que se confundan los términos donación y trasplante, en síntesis, debemos puntualizar que la donación atiende en realidad a un sentido interno que se presenta durante la fase ético-jurídica del procedimiento quirúrgico, ya que implica la decisión por parte del donante de desprenderse de alguna parte de su propio cuerpo sin que exista ninguna obligación y sin que obtenga ganancia alguna; y por esta misma razón es que la

---

<sup>23</sup> Ayala Salazar, Melchor. Op. Cit. Pág. 27.

<sup>24</sup> En esta deben estar incluidos todos aquellos posibles receptores en los que el procedimiento puede ser beneficioso, y en los que se halla médicamente indicado. La función de estos criterios es seleccionar de entre todos los pacientes de la lista, aquél al que debe trasplantarse el órgano.

donación es objeto de estudio tanto de la Ética en virtud de los motivos internos que llevaron al ser humano a tomar una decisión de esa naturaleza; más no deja de ser objeto de estudio para el Derecho debido a esa falta de obligatoriedad y a las consecuencias que acarrea la misma en virtud de sus características tan particulares para una situación tan delicada como lo es la donación de órganos. En tanto el trasplante es en realidad el procedimiento quirúrgico, en el cual se hace tangible el resultado de los avances obtenidos a través de las investigaciones hechas con la finalidad de prolongar el tiempo de vida, por ende, el trasplante atiende a un estudio de carácter científico. Lo anterior con independencia de criterios *mortis causa* o *inter vivos*.

#### **4. Principios Éticos**

Para que la donación y el trasplante de órganos, sean calificadas como tales, es necesario que se presenten ciertos principios éticos, los cuales deben aplicarse de forma imperativa, eliminando toda posibilidad de sustitución de los mismos.

Estos principios fueron el resultado de su evolución natural, concretamente de una teoría formulada en Europa creada con la finalidad de reconciliar a la ética con la técnica ante el tópico de la extracción de órganos, considerando moralmente reprochable toda conducta que no cumpliera con estos principios.

Es un hecho que la ley siempre va a “correr detrás” de la ciencia, por lo que se hacen imprescindibles estos principios, con la finalidad de proteger y respetar los derechos humanos, para que así su aplicación sea inmediata a las cuestiones novedosas que de alguna u otra forma le sigan, ya que de ninguna manera se busca frenar a la ciencia, pero si se busca salvaguardar al mismo tiempo las cuestiones que en un momento dado el derecho no podrá prever al cien por ciento.

## a) Gratuidad

Es necesario puntualizar que existe prácticamente unanimidad en el hecho de que es moralmente reprochable que por acuerdo, convenio o contrato de naturaleza onerosa se efectúen la donación o el trasplante. Es decir, se prohíbe que la aportación hecha por el donante en un momento dado sea objeto de alguna contraprestación, retribución o indemnización de naturaleza pecuniaria, ya que viciaría la licitud jurídica y la bondad moral con la que se llevó a cabo dicho acto, contraviniendo el orden público tutelado por el sistema jurídico.

Sin embargo, aun cuando se ha rechazado cualquier tipo de compensación a través de todo convenio o contrato, definitivamente para el ámbito jurídico no es sencillo dar una plena justificación de la razón por la cual, ni siquiera puede haber de por medio una expresión de agradecimiento. Jurídicamente hablando se puede entender el razonamiento de no permitir, por ejemplo, una indemnización,<sup>25</sup> pero ¿por qué se ha de restringir la libre expresión del receptor o en su defecto de sus familiares?

En esta tesitura, el maestro Víctor Angoitia Gorostiaga, asevera que la realidad de nuestro mundo no es coherente con los principios de extracomercialidad del cuerpo humano y peor aun de su dignidad, ya que si en muchas ocasiones ayudamos a alguien no lo hacemos con esa intención directamente, más bien lo hacemos por egoísmo al no querer vernos en las circunstancias de quien está recibiendo nuestra ayuda.<sup>26</sup> Por lo que en torno a este tipo de cirugías concurre una importante dosis de hipocresía. Toda vez que si el acto excluye cualquier tipo de contraprestación, no parece lógico que el

---

<sup>25</sup> Para hablar de indemnización, es necesario que en su momento la persona, en este caso el donante haya sufrido un daño, desde luego de carácter involuntario, y en esta ocasión por haber dado su consentimiento falta justamente ese elemento.

<sup>26</sup> Angoitia Gorostiza, Víctor. *Extracción y trasplantes de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica*. Marcial Pons. España. 1996. Pág. 184.

ordenamiento jurídico prohíba la gratitud libremente expresada ya sea al receptor, familiares o instituciones que intervinieron en la cirugía.<sup>27</sup>

De hecho, parece que la justificación no se encuentra ni en los principios, ni en los valores, es más, ni siquiera en el ámbito jurídico, ya que de por sí es difícil exigir la existencia de una conducta gratuita y al cien por ciento desinteresada, desde mi punto de vista se ubica más bien en razones de naturaleza social, en las que el Estado trata de evitar a toda costa cualquier conflicto que se suscite por motivos esencialmente económicos; por ende, la conducta ideal que se busca es que por un lado el donante no reciba nada a cambio de la donación, y por el otro, que no le sea exigido nada al receptor.

La autoridad del Estado se manifiesta, no sólo vedando aquellas conductas que en sí mismas resultan ilícitas o condenables, sino incluso previniendo actuaciones que si bien no presentan una antijuricidad inherente, podrían resultar susceptibles de derivar en las consecuencias indeseables que, en todo caso, deben evitarse.<sup>28</sup> Los conflictos a los que se refiere el autor citado, son precisamente, aquellos en los que se llegue a una compraventa de órganos, operación en la que necesariamente debe mediar un “precio” bajo las reglas del mercado (oferta-demanda), el cual en estos casos sería bastante subjetivo, aun cuando se determinara el mismo por el Estado. En este sentido, lo que se busca es evitar el comercio de órganos.

Por esta razón, el reconocimiento de la libertad y la libre determinación del individuo, se subordina a la protección, no tanto de las necesidades del donante ni del receptor, sino de la sociedad en general. En otras palabras, ante el conflicto de

---

<sup>27</sup> No me parece que en este tipo de cuestiones se actúe sólo por razones de egoísmo y temor, pero si me parece que es injusto que aun cuando una persona se está desprendiendo de una parte de su cuerpo en toda la extensión de la palabra ni siquiera tenga derecho a recibir una expresión de agradecimiento por parte de la persona que se benefició con el trasplante, ya no digamos de sus familiares, puesto que estamos hablando de una conducta excepcional. Desde luego no estoy a favor de una contraprestación económica ya que independientemente de las consecuencias éticas que se obtengan, se pondría en una situación de clara desventaja a la clase social con menos recursos, puesto que no tendría la forma de costear un trasplante.

<sup>28</sup> *Ibíd.* Pág. 211.

valores de libertad y de integridad, se pone por encima del interés y bienestar individual, el de la sociedad.

## **b) Altruismo**

Este principio implica la plena y verdadera intención del donante de beneficiar al receptor del órgano trasplantado, y hablo de plenitud en la donación, toda vez, que el donante carece de toda relación, incluso sólo de empatía con el receptor, debiendo ser extraños; tal vez, parezca redundante, pero el donante, sólo proporciona un beneficio al receptor que le es desconocido.

Sin embargo, existe una teoría bastante interesante en la que se habla que el altruismo debería de verse como acción de “reciprocidad”,<sup>29</sup> lo que traería al menos un par de beneficios; el primero, es la solución a la escasez de órganos, ya que el posible donante simplemente debería de pensar en la posibilidad de que el día de mañana podría necesitar de un órgano recibido en donación o, en su defecto y pensando dramáticamente, bien no podría recibirlo, por tanto, siempre se pensaría dos veces antes de tomar esta decisión. El segundo, lo que persigue es eliminar el pensamiento egoísta en el que sólo unos pocos se benefician de un sistema de asignación de un bien público, pero en ningún momento contribuyen a su mantenimiento, lo que provoca la desestabilidad entre la demanda de los órganos y la disponibilidad de los mismos.

De hecho, la justificación de esta teoría versa, en que la inclusión de la reciprocidad, traería más beneficios que perjuicios, ya que estaría exenta de razones de tipo religioso o de los propios valores inherentes al hombre; es decir, lo que se busca es la objetividad en cada una de las decisiones. Sin embargo, me sigue pareciendo que por mucho que se vea inserta en la decisión la reciprocidad,

---

<sup>29</sup> Rivera López. Eduardo. *Ética y trasplantes de órganos*. Fondo de Cultura Económica- UNAM. México. 1962. Pág. 78.

invariablemente tendrán que ver con la misma los valores y creencias de los donantes.

### **c) Confidencialidad**

Se debe resaltar la importancia de este principio, ya que su inexistencia acarrearía la distorsión de los principios de gratuidad y altruismo, puesto que la divulgación de cualquier dato, por mínimo que este sea, provocaría el inmediato conocimiento por parte del receptor acerca de quien fue el donante del órgano y, por consecuencia lógica, la inquietud de conocer a éste si la donación se hubiera hecho en vida, o bien a los familiares del donante, en caso de que la extracción del órgano hubiera sido cadavérica. ¿Por qué? Porque como lo hemos mencionado previamente la gratitud del ser humano se despierta y se hace evidente en estas condiciones.

La justificación de este principio se ubica en el hecho de que es imposible actuar como donante de forma altruista y gratuita si se llegan a conocer sus datos generales; ya que como lo he dicho antes, el trasplante, pero sobretodo la donación de órganos, dependen de razones prácticamente internas, de la calidad humana del donante.

Si bien es cierto, que para que del donante se extraigan los órganos, estos deben encontrarse en óptimas condiciones no sólo en ese momento, sino en una proyección relativamente a mediano-largo plazo, también lo es que eventualmente pueden aparecer ciertas complicaciones, relacionadas con enfermedades que aquejaron al donante. Por esta razón es que se ha debatido mucho sobre la conveniencia de este principio, ya que el receptor, independientemente de los cuidados a los que estará sometido a partir del momento en que efectúe la donación, podrá estar plenamente consiente de los padecimientos que en un momento dado puede llegar a presentar en su estado de salud.

En este contexto, la confidencialidad, se ha tratado de respetar hasta sus últimas consecuencias, tan es así que, por ejemplo, los receptores ignoran el lugar que ocupan dentro de la lista de espera a la que se encuentren inscritos, ya que debemos de recordar que aun cuando el receptor en cuestión sea el siguiente, bien podría ser intervenido alguien más, puesto que se atienden a razones de urgencia; pudiendo no comprender esta situación el receptor, lo cual se entiende, desde el punto de vista de la incertidumbre e, incluso, del sufrimiento que este experimentando.

#### **d) Información**

Este es un principio que en realidad en la doctrina no se ha desarrollado a la par de cómo lo ha hecho en la práctica, sobre todo en los últimos años. El motivo de la importancia que ha ido cobrando este principio se debe a que el donante debe estar perfectamente consciente de los riesgos que en un momento dado puedan aquejar su salud, no sólo en cuanto a su estado físico en cuanto al funcionamiento normal de sus órganos, sino a su salud psicológica, ya que no es fácil aceptar que finalmente se está desprendiendo de una parte de su cuerpo, al menos en el caso de los donadores en vida.

Por otro lado, el receptor debe de conocer las posibilidades de un fracaso, ya que las probabilidades de rechazo del órgano son realmente elevadas. Así como la mejoría que puede llegar a alcanzar en su estado de salud y, por qué no, incluso el porcentaje de ambas posibilidades, todo con las respectivas complicaciones que en un momento dado suelen aparecer.

Tan importante es dicho principio, que bien vale la pena mencionar, que en la práctica, se exige que el donador vivo reciba toda la información necesaria para estar consciente de la magnitud de la decisión que tome, de hecho es indispensable que la información se presente por un médico distinto a aquel que efectuará la intervención con la finalidad de eliminar cualquier tipo de interés que

podiera llegar a tener el médico que se encuentra directamente relacionado con el paciente.

Esta decisión debe tomarse por ambas partes de forma libre, pero sobretodo, a través del consentimiento informado, siendo evidente que la información completa y confiable será el pilar para tomar una decisión de esta magnitud sin que se llegue al arrepentimiento como consecuencia de la desinformación.

## **5. Problemas Éticos**

He incluido este apartado porque considero de vital importancia que el jurista, al abordar este tipo de temas, haga una reflexión ética como fundamento epistemológico de su análisis jurídico.

Una primera cuestión que debemos de plantearle a la ética, son las razones que tiene el donador para llegar a tomar esta decisión, claro que influyen las creencias religiosas, al igual que las razones científicas para llevar a cabo tal intervención; sin embargo, me parece que lo que es el punto decisivo versa sobre el grado de humanidad que presente el hombre.

Aun cuando somos perfectamente capaces de sentir e, incluso, de estar conscientes que una sola acción nuestra puede cambiarle la vida a alguien más, no todos somos capaces de asumir nuestra parte de responsabilidad y de contribuir en la medida de nuestras posibilidades a la solución de problemas comunes. Es lógico, toda vez que existe un principio básico en toda teoría de las relaciones de ayuda, que nadie puede ayudar a otro a resolver un problema si él mismo no lo tiene resuelto; es decir, no podemos actuar con humanización hacia otra persona, si nosotros mismos no llevamos este estilo de vida.

Esta humanización ha estado presente en toda cultura por distintas que sean entre sí, ya que siempre han buscado la felicidad y la perfección en su modo de vida; sin embargo, al menos las propuestas clásicas de humanización han fracasado de acuerdo con el doctor Diego Gracias por tres factores:

“1. El exclusivismo, siendo lo suficientemente soberbias como para afirmar que la propuesta que en su momento expongan, es la única capaz de responder a todas las interrogantes que pudieran llegar a formularse en cuanto a la humanización, siendo totalitaristas y limitativas en cuanto a su forma de conducirse.

2. Absolutismos, ya que cada una de estas propuestas se considera como la máxima en cuanto a todo lo que se pudo haber dicho sobre la humanización, llegando a ser tan rígidas que no permitieron cambio alguno y, por ende, anularon toda posibilidad de excepción sobre su contenido.

3. El exceso de racionalismo, toda vez que consideraron que todos los elementos internos como lo son las emociones en general son irracionales y, por tanto, no son útiles a los objetivos que se plantea el ser humano, puesto que son subjetivos y de alguna manera interfieren con la razón del ser humano.”<sup>30</sup>

Sin embargo, es muy curioso pensar que gran parte de lo que representa ser un “ser humano” implica una serie de emociones y sentimientos, que no fueron tomados en cuenta, sino hasta el siglo XVIII en Europa. Es entonces cuando se le atribuye un valor a las emociones, donde no solamente se incluyen afectos, valores y apreciaciones, ya que toda emoción implica una simbiosis entre lo racional y lo intelectual de la mente del hombre y sus sentimientos.

La concepción de una humanización como la que se plantea en el párrafo anterior, es la consecuencia de que en su momento la racionalidad no hubiera

---

<sup>30</sup> Gracia, Diego. *Como arqueros al blanco*. El búho. Colombia. 2004. Pág. 89.

podido explicar al cien por ciento muchas de las conductas que son propias y naturales en el hombre, sobretodo tomando en cuenta las creencia por parte de la estructura no sólo emocional sino racional del propio ser humano.

En este contexto, en la mayoría de los casos que se plantean cotidianamente en forma de conflictos éticos, siempre existirá un conflicto de carácter interno, entre lo que debería idealmente ser y lo que en realidad ocurre como consecuencia de nuestros actos, toda vez que no existe propiamente hablando una obligación jurídica encaminada a la realización de un bien dirigido en ningún momento a otra persona y mucho menos a la sociedad; más siempre se encuentra de forma implícita la obligación de no provocar un perjuicio a alguien más.

Concretamente no basta la normatividad que establece el Estado, que si bien es aquella que se encarga de sancionar las conductas externas que le son lesivas a la sociedad, no imponen sanciones de carácter interno que realmente hagan que la persona reflexione sobre su forma de actuar, cuestión que es completamente lógica y comprensible si estamos conscientes que de este apartado se encarga de la normatividad interna de cada ser humano, puesto que el ser humano siempre va a actuar no solamente en función de lo que el Estado establezca, ya que también lo hará atendiendo a su libertad, entendimiento e, incluso, su estado emocional.

Por tanto, no existe una obligación jurídica como tal de causar un bien a los demás, más sí de evitar provocar un mal; desde el punto de vista moral, probablemente el conflicto es todavía mayor, puesto que bien puede ser que estemos conscientes que nadie (el Estado, la ley, la sociedad...) nos obliga a causar forzosamente el bien; sin embargo, internamente tenemos un compromiso no sólo para con los demás pensando en la reciprocidad, sino con nosotros mismos. Desde mi punto de vista, esta es todavía una obligación mayor, ya que es

la que finalmente permite que respetemos al máximo las disposiciones hechas por el Estado.

Es decir, el compromiso que se adquiere internamente es el que se refleja en la forma de actuar y de pensar de la sociedad. Por ende, en el caso de la donación de órganos lo ideal es lograr un equilibrio entre la obligación interna y externa que tenemos como seres humanos que somos.

La donación *per se* ha revolucionado más rápido que los conceptos culturales, jurídicos y éticos; ha revolucionado sentimientos, actitudes, prejuicios incluso de naturaleza inconsciente, tanto a nivel individual, (donde desde mi punto de vista inicia el cambio) como a nivel colectivo.

En realidad, si se presentan tantos conflictos con relación a la donación es porque, como lo dije al principio del presente capítulo, nadie se resigna a que en un momento dado llegue la muerte; es por ello que con el avance de la propia ciencia médica, los medios para la comprobación de la pérdida de la vida también avanzaron, con la finalidad de ser cada vez más precisos, no prolongando un sufrimiento indebido al paciente, que ya no tenía porque sufrir, o bien dando posibilidades a quien en realidad tiene expectativas de vida.

Sin embargo, decisiones como la determinar el momento de la pérdida de la vida, en realidad siempre le ha correspondido a los médicos de manera conjunta con los medios técnicos que tienen a su alcance, en tanto que la disposición de los órganos del cadáver, le corresponde a sus parientes en caso de que aun en vida no se hubiera dispuesto nada al respecto.

En este contexto, el hecho de determinar el momento en que ocurre la pérdida de la vida, en verdad causa conflictos, no solamente a nivel científico, sino a nivel ético, ya que siempre queda un resquicio de duda por parte de los parientes de la persona que ha perdido la vida acerca de si efectivamente ha muerto. De hecho, esta es la principal causa por la cual, en caso de que proceda

el consentimiento tácito, los familiares se niegan a permitir la extracción cadavérica.

Desde una óptica objetiva, y como ya había mencionado previamente, en el momento en que el paciente se convierte en un posible donante y el médico le informa de esta situación a los familiares, lo que se obtiene obviamente es un “no” por respuesta, ya que los seres humanos por naturaleza atraviesan por un situación de confusión entre la realidad que tienen frente a sus ojos y un sin número de sentimientos encontrados. Esta confusión es provocada, simplemente por el hecho de que la familia se pregunta: ¿Qué derecho tienen de disponer de los órganos de una persona? ¿Quién tiene un verdadero derecho de disponer del cadáver, como si fuera objeto de apropiación?

Sin embargo, ¿no se suponía que el cadáver no era objeto de propiedad? El punto es que así es, únicamente lo que existe es una disposición con fines eminentemente de beneficio social, por lo tanto, este tipo de cuestiones deben de ser normadas por el Estado. Debemos de puntualizar el hecho de que el Estado, no es, ni ha pretendido nunca ser el dueño de los cadáveres, ya por esa razón la donación es opcional e, incluso, la disposición cadavérica finalmente sigue siendo una opción que deben tomar o no los familiares, ya que si estos se niegan el Estado finalmente respeta esta elección.

Debo puntualizar que en ningún momento estoy abogando por una postura que nos haría caer finalmente en un paternalismo erróneo enfocado nuevamente al Estado. Simplemente estoy diciendo que en vida se es perfectamente capaz de disponer lo que en un futuro será inevitable, la muerte; además, pienso que en el caso en que se haya evitado hacer cualquier tipo de manifestación con respecto a la donación, el Estado bien podría convertirse en el propietario único y exclusivo del cadáver, pero sólo hasta este momento es en que podría disponer del cuerpo, no antes; además debe de cumplir con fines exclusivamente humanitarios, lo que no es tan sencillo.

Aunado a todas estas dudas, encontramos los mitos que se han elaborado desde siempre alrededor de la donación de órganos, ya que basta recordar, que durante sus inicios, la donación era vista como algo inmoral, ya que implicaba una mutilación al cuerpo humano, cuerpo que no era de la propiedad del hombre, sino un regalo divino. Claro esta, que con el paso del tiempo la visión se fue modificando; sin embargo, siempre ha estado presente la sombra de la ignorancia.

Nada sería más deseable que decir que nuestro país está exento de la ignorancia sobre este tema, más no es así, prueba de esta aseveración es que la tasa de donantes ha ido bajando a medida que pasan los años, en relación al porcentaje presentado con antelación a este apartado.

En el caso de España, es el país que encabeza las listas de donación a nivel mundial, en el que se calcula un porcentaje de 45% por un millón de habitantes, porcentaje que se debe a su impresionante coordinación a nivel nacional, en el que el mecanismo de alarma se activa cuando se detecta la existencia en el sistema hospitalario de un organismo objeto de donación. La llamada con la que se inicia se realiza una vez que ha diagnosticado la muerte cerebral, con la finalidad de ganar tiempo tanto en la obtención del consentimiento por parte de los familiares y el desplazamiento de los órganos.<sup>31</sup>

De esta forma, la coordinación de trasplantes es muy diferente a la de nuestro país, puesto que en España cada uno de los elementos del sector salud, tiene su grado de responsabilidad; sin embargo, esto sería prácticamente imposible si la población no cooperara como lo ha hecho hasta ahora. Probablemente mucho de este apoyo se deba a las campañas publicitarias, a la educación y en general a la formación que reciben las personas desde su hogar, en donde se comienza a formar una consciencia de ayuda, pero sobre todo de humanidad.

---

<sup>31</sup> Ibídem. Pág. 34.

Otro claro ejemplo es lo que ocurre en Italia, donde el éxito de su alto nivel de donaciones en relación con los receptores se debe a la campaña de información, en la que participan no sólo las instituciones de salud, sino las escuelas, asociaciones de voluntarios, los médicos y la familia. Este sistema ha funcionado bastante bien, ya que se han enfocado en informar a la población en general, pero de forma especial y prioritaria a los posibles donantes, hay quienes podrían pensar que esta información sólo incluye los aspectos que beneficien únicamente una decisión afirmativa, exponiendo todo lo feliz que puede hacer a alguien más. Por contradictorio que parezca no es así, ya que también proporcionan información sobre las técnicas de reanimación que pueden ser aplicadas si es posible.

En el caso de Italia, en realidad se está poniendo por encima de todo la declaración de la voluntad de las personas como posibles donantes; sin embargo, no deja de intervenir incluso mediante atención especializada, para evitar que la persona sea omisa en la expresión de su voluntad, ya sea en sentido afirmativo o negativo. Estas intervenciones se hacen de forma periódica, y finalmente no presionan de ninguna forma, lo que únicamente se hace es presentar una gama de posibilidades a las que se puede acceder una vez que se ha perdido la vida.

No es que no seamos humanos en este país, pero simplemente el estilo de vida es tan distinto en cuanto a la velocidad, que parece que vivimos o mejor dicho, pensamos que vivimos porque respiramos y nos movemos, pero en realidad muy pocas son las veces en las que nos tomamos un poco de tiempo para pensar en los demás.

## **CAPÍTULO 2**

### **ASPECTOS RELEVANTES DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO**

La finalidad del presente capítulo es la de hacer un breve análisis sobre la estructura jurídica del contrato en cuanto a sus elementos de existencia y de validez, además expondré la forma en cómo se vislumbra cada uno de sus elementos y la situación que guardan el derecho privado en la actualidad.

#### **1. Aspectos preliminares al estudio de la Teoría General del Contrato**

Los contratos cumplen con una función social en virtud de que a través de éstos el hombre elabora convenios que le permiten satisfacer sus necesidades de forma individual sin que afecte a terceras personas, de hecho esta es una de las razones de ser de esta función social; es decir, para que el ser humano se desarrolle dentro de la sociedad debe de cumplir con ciertos parámetros de conducta, que desde luego se verá afectada al sacrificar un poco de su libertad a favor de lo que determina la sociedad como aceptable; no obstante, de cumplirse con estos parámetros la protección por parte del Estado estará totalmente garantizada.

En este contexto, la función social del contrato es de gran utilidad para el Estado gracias a su practicidad y eficiencia, ya que es imposible que el Estado aun cuando cuenta con personalidad jurídica para contratar con los particulares se encuentre presente, pero sobretodo supervise el momento en que se perfecciona un acuerdo de voluntades a través de un contrato; sin embargo, siempre es indispensable que se sigan las reglas generales de los mismos, con la finalidad de que surtan los efectos debidos.

Su importancia es y ha sido tal que la civilización le debe mucho a los contratos, han funcionado como auténticos instrumentos para la obtención de satisfactores, ya que de no ser por la convención a la que puede llegar el ser humano no podría llegar a estructurarse el contrato como tal.<sup>32</sup>

Los contratos se rigen en función de las reglas generales establecidas por el derecho positivo, la mayoría de ellos (los civiles) se encuentran previstos por el Código Civil ya sea Federal o Local. Evidentemente el derecho positivo, aun cuando ha tratado de abarcar la mayoría de posibilidades en las que se puede llegar a contratar, no lo ha logrado motivo por el cual se ha dado paso a los contratos *sui generis*; este tipo de contratos ha sido de gran utilidad para regular las circunstancias no previstas de forma concreta y específica en los ordenamientos legales, aunque claro necesitan contar con los mismos elementos que los contratos típicos.

También he de hacer referencia al contrato como fuente de las obligaciones no sólo sobre bienes, sino incluso, sobre personas.<sup>33</sup>

Además, la expresión “contrato” es objeto de distintas acepciones:

a) Como acto jurídico es un acuerdo de voluntades, que conforme al supuesto en que se encuadre producirá las consecuencias de derecho, encaminadas a la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

b) Como norma individualizada, entendido como el fundamento de la obligatoriedad, tal es el caso de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que las partes se obligaron porque así lo decidieron.

---

<sup>32</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Contratos*. Porrúa. México. 2002. Pág. 1.

<sup>33</sup> Existen autores como maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia quien considera que el contrato tiene su razón de ser y, por ende, su campo de aplicación únicamente en el ámbito patrimonial, por lo tanto cualquier otro campo de aplicación violentaría su naturaleza y su función. Zamora y Valencia, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. Porrúa. México. 2002. Pág. 20.

c) Como un documento, en cuanto a la materialización del proceso contractual que las partes efectuaron, convirtiéndose en un instrumento histórico que podrá ser analizado después de su celebración.<sup>34</sup>

Tal como haré referencia y análisis en el siguiente apartado, el contrato como todo convenio es un acto jurídico, sin embargo, el Código Civil no regula al acto jurídico, sino al contrato, que si bien es cierto es una de sus especies más importantes finalmente no deja de ser una especie.

Aun cuando el contrato ha ido evolucionando de forma natural con la sociedad, no significa que sea una figura que carezca de algunas imprecisiones más de interpretación que de aplicación, sobretodo por la gran libertad que se le ha concedido al momento de su celebración, celebración que tiene únicamente como freno las limitaciones que le imponga el Estado, por ende, “todo lo que no esta expresamente prohibido está permitido”.

Por otro lado, no debe confundirse la libertad de contratar con la libertad contractual, siendo ésta última la que se encarga de delimitar la forma y el contenido del contrato, el cual debe ser lícito; sin embargo, esta circunstancia será detallada más adelante. Lo cierto es que tanto la libertad de contratar, como la libertad contractual, cuentan con un común denominador, que es la autonomía de la voluntad por parte de los contratantes, ya que se les reconoce el poder de crear a su arbitrio tanto los contratos, como las condiciones bajo las cuales se constriñan. Esta autonomía de la voluntad se ha respetado hasta la fecha, como uno de los principios de los contratos; sin embargo, ha sido más limitado en función de los intereses comunes por el carácter prioritario de la sociedad.<sup>35</sup>

También he de mencionar que hay ocasiones en que el tema de la autonomía de la voluntad no es lo más clara que se pudiera pensar, tal es el caso

---

<sup>34</sup> *Ibidem*. Págs. 23- 25.

<sup>35</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. Oxfon University Press. México. 1999. Pág. 45.

de los contratos de adhesión, en los cuales no hay un acuerdo previo sobre la forma en que se ha de llevar a cabo la estructura y condiciones del contrato, puesto que una de las partes impone las condiciones, mientras la otra sólo las acepta; sin embargo, desde mi punto de vista, aun cuando las partes no participan simultáneamente de la creación del contrato, me parece que sí hay acuerdo de voluntades y autonomía en las partes, puesto que no se puede obligar a nadie a aceptar algo que no quiere.

Por virtud de lo anterior la autonomía de la voluntad ha quedado reducida a la libertad de obligarse mediante la celebración de contratos, cuyo contenido no sea contradictorio a las normas de interés público, las buenas costumbres y los derechos de terceros.<sup>36</sup>

Por tanto, el contrato es el acto jurídico más común del derecho privado, caracterizado por el acuerdo de voluntades de dos o más partes contractuales para crear o transmitir derechos y obligaciones, el cual debe de reunir o cumplir con ciertas condiciones para formarse, a través de presupuestos de existencia, de validez y de eficacia.

## **2. Diferencia entre convenio y contrato**

El Código Civil hace una distinción entre el convenio y el contrato, distinción que ha seguido la doctrina; el primero, se considera como el género y, el segundo, como la especie.

Los artículos 1792 y 1793 de dicho ordenamiento establecen:

Artículo 1792. "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

---

<sup>36</sup> *Ibídem*. Pág. 46.

Artículo 1793. “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

De esta forma, Bejarano Sánchez sostiene que el convenio (*latu sensu*) es el que crea, transmite, modifica o extingue derechos y obligaciones, para dar paso a una bifurcación teniendo, en primer lugar, al contrato que tiene la función de crear y transmitir derechos y obligaciones y, finalmente, el convenio (*stricto sensu*) que tiene la función de modificación y extinción.<sup>37</sup>

De esta forma Zamora y Valencia afirma que el contrato tiene por objeto la creación y trasmisión de derechos y obligaciones, y como consecuencia de la afirmación anterior el convenio en sentido restringido queda reducido al acuerdo entre dos o más personas para crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones.<sup>38</sup>

En opinión de Rojina Villegas,<sup>39</sup> el contrato es el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; en tanto el convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales, en este contexto el convenio tiene dos funciones una positiva para la creación y trasmisión y otra negativa para modificarlos o extinguirlos. Respondiendo a la terminología jurídica que ha hecho una distinción entre contrato y convenio en sentido estricto, el primero cuenta con una carga positiva, en tanto el segundo cuenta con un carga negativa; es decir, el contrato tiene como función

---

<sup>37</sup> Ibídem. Pág. 27. En este sentido, he de mencionar a modo de ejemplo, que en el Código Civil Español a diferencia del Mexicano no hace la distinción entre contratos y convenios, así su artículo 1254 define al contrato de modo genérico de acuerdo al objeto y como fuente de obligaciones: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio”. Al efecto, el tratadista español Manuel Albaladejo señala que el término “contrato” se utiliza en dos sentidos principalmente, uno amplio y otro estricto. En el primero, el contrato significa un *negocio jurídico* bilateral o plurilateral consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que derivan cualesquiera efectos jurídicos de más diverso tipo; en el segundo, el contrato es sinónimo de convenio o convención jurídica y se refiere al acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que crean, modifican o extinguen obligaciones. Cfr. Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de las obligaciones*. 20ª ed. Edisofer. Madrid. 2004. Págs. 363 y ss.

<sup>38</sup> Zamora y Valencia, Op. Cit. Pág. 21.

<sup>39</sup> Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo VI. Vol. 1. México. 1985. Pág. 9.

la creación y la transmisión de derechos y obligaciones, no así el convenio, ya que en realidad a él se le deja la función de modificar o extinguir lo que en algún momento se determinó en un contrato. Visto desde esta perspectiva concuerdo con este argumento ya que, por ejemplo, en la mayoría de los contratos basta con el convenio de las partes para llegar a dar por terminado el mismo.

No obstante Domínguez Martínez afirma que no hay razón de hacer tal distinción, considera un error la definición que la ley le dio en su momento al convenio puesto que es claramente limitativa en cuanto al contenido y efectos se refiere ya que de acuerdo al citado artículo 1792 el convenio es el resultado de la creación, transferencia, modificación y extinción, dejando de lado el campo de aplicación que es prácticamente ilimitado. Una distinción de esta naturaleza únicamente provoca un tratamiento distinto que finalmente puede acarrear la consecuencia de ventaja para alguna de las partes en cuanto a la aplicación de cualquiera de las dos figuras.<sup>40</sup>

Incluso se puede considerar que en la práctica todo parece indicar que esta distinción ha salido sobrando toda vez que el Código Civil ha establecido que todos los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios.

Artículo 1859. “Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”.

Debido a estas consideraciones Sánchez Medal opina que se suscita una discusión bizantina al respecto.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Contratos*. Op. Cit. Págs.11- 16.

<sup>41</sup> Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles*. Porrúa. México. 2004. Pág. 4. No estoy del todo de acuerdo con dicho autor en el hecho de afirmar que el mencionado artículo 1859 conlleva a discusiones sin sentido. Rojina Villegas comenta que el Código Civil regula la Teoría General del Contrato en lugar de regular la Teoría General del Acto Jurídico, toda vez que lo que está haciendo es partir de la especie para llegar al género eludiendo las características especiales que revisten los diversos actos jurídicos, por lo que no considera que sea lo más apropiado extender a todos los actos las reglas generales que son funcionales específicamente para el contrato. En este contexto Antonio de Ibarrola remarca que el contrato finalmente es una especie que no representa la

### 3. Elementos de existencia

Son también conocidos como elementos “básicos” o “fundamentales” puesto que sin estos sencillamente el contrato no tendrá razón de ser, ya que de forma imperativa se requiere del “consentimiento” (que emana del acuerdo de voluntades) y de un “objeto” ya que debe existir materia sobre la cual se constituya la estructura del contrato.

Si un contrato carece de alguno de los elementos de existencia evidentemente no producirá efecto alguno, en consecuencia será imposible que genere las consecuencias naturales de todo acuerdo de voluntades como vimos anteriormente, ya que adolecerá de un vicio que lo torna imperfecto.<sup>42</sup> Este par de elementos deben de actuar de forma conjunta.

#### a) Consentimiento

El consentimiento es el resultado de un proceso mental interno, el cual se inicia con la simple posibilidad de contratar, reflexionando acerca de las ventajas y desventajas que conlleva a la elaboración del contrato en cuanto a sus alcances se refiere.<sup>43</sup>

De acuerdo con Sánchez Medal, el consentimiento debe verse desde dos puntos de vista: el primero, como la voluntad del deudor para obligarse y; el segundo, como un acuerdo de voluntades.

---

totalidad de los actos jurídicos; los actos jurídicos se constituyen por una declaración de voluntad manifestada por quien desea efectuar el acto jurídico, como es el caso del testamento; en tanto que para el contrato se requiere que ocurra necesariamente una concurrencia de voluntades de las partes que participen en la celebración del mismo.

<sup>42</sup> Urbano Salerno, Marcelo. *Contratos civiles y comerciales*. Oxford University Press. México. 2002. Pág. 67. Este autor usa el término “imperfecto” para referirse a los “contratos” desprovistos de los elementos de existencia; sin embargo, considero que es más preciso el término “inexistente” no como antónimo de existente, sino como forma de enfatizar una situación fáctica que jurídicamente no es reconocida y, en consecuencia, no es capaz de producir efecto legal alguno ni para las partes ni para terceros.

<sup>43</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Contratos*. Op. Cit. Pág. 24.

El consentimiento, como voluntad del deudor para obligarse, requiere de cuatro circunstancias que deben de concentrarse en el mismo acto: la voluntad debe ser real, seria y precisa, debe exteriorizarse y, además, de contar con un determinado contenido.

1) Al hablar de una *voluntad real*, se hace referencia a la voluntad que emana de la persona que cuenta con la capacidad para externarla, no siendo el caso de los incapaces o del menor de edad.

2) En cuanto a que la voluntad sea *seria y precisa* no tomando como válida aquella que se haya hecho simulando un interés que en realidad no se tiene, como el producto de un juego e, incluso, de una circunstancia meramente didáctica.

3) En tanto, en la *exteriorización* la voluntad debe declararse de una forma expresa, ya sea verbalmente o por escrito; o bien de forma tácita, siempre y cuando emane de hechos o actos que lo presupongan.

4) Que la voluntad goce de un *determinado contenido*, se refiere al punto que dio nacimiento a dos doctrinas: la primera que es la francesa, la cual da prioridad a la voluntad interna; en tanto la alemana, respeta únicamente a la voluntad declarada. En este sentido nuestro país se inclina por una posición ecléctica sustentándose en una voluntad interna declarada, puesto que considera vacía la voluntad interna que en ningún momento fue exteriorizada, cabe señalarse que esta exteriorización no debe hacerse de forma obligatoria ante autoridad judicial, basta con simplemente enterar a alguien más, de lo contrario carece de toda relevancia jurídica.

Además, existen dos clases de declaración de voluntad: *la receptiva*, la cual no surte efectos sino se destina a una persona individualmente determinada; en tanto que *la no receptiva*, no requiere de un destinatario determinado. De tal forma, el consentimiento, como acuerdo de voluntades, requiere de la insustituible

coincidencia en la declaración de voluntades, la cual se refleja siempre y cuando ambas partes se hayan puesto de acuerdo sobre el tipo de contrato, de obligaciones, de condiciones, etc.

Es necesario puntualizar que el consentimiento se conforma de dos emisiones de voluntad sucesivas, o bien, de dos declaraciones unilaterales sin las cuales simplemente no existiría, como son la oferta o policitud y la aceptación. No obstante, éstas deben desarrollarse de forma integrada.

En este sentido Martínez Alfaro afirma que el consentimiento se puede formar de un modo instantáneo o de un modo progresivo. Es instantáneo cuando la aceptación de la oferta es lisa, llana e inmediata; en cambio, será progresivo cuando el aceptante discute la oferta imponiendo condiciones o pidiendo que se modifiquen los términos de la oferta.<sup>44</sup> Sin embargo, como bien lo establece el artículo 1810 del Código Civil, en caso de que se hicieran modificaciones se estaría en presencia de una nueva oferta, por lo tanto, quien tendría que aceptar bajo las condiciones establecidas anteriormente sería ahora quien en un momento fuera el policitante.

Artículo 1810. "El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importa modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores".

La oferta es la propuesta que el oferente le hace a una persona específicamente, además esta oferta bien puede hacerse entre presentes o bien entre ausentes. Cuando la oferta se formula a una persona presente sin fijar un plazo para que se de la aceptación, el oferente queda desligado de su ofrecimiento si la aceptación no se hace de inmediato, de hecho lo mismo ocurre cuando el ofrecimiento se hace por teléfono, fax o por cualquier otro medio

---

<sup>44</sup> Martínez Alfaro, Joaquín. *Teoría de las obligaciones*. Porrúa. México. 1990. Pág. 27.

electrónico u óptico, incluyendo el telégrafo al menos en el caso de los artículos 1805 y 1811 del Código Civil.

Artículo 1805. “Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata”.

Artículo 1811. “La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

Tratándose de la propuesta y la aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos”.

En cambio, si la oferta se efectúa entre ausentes, es decir, cuando el oferente formula su propuesta a una persona que no se encuentra presente, el oferente pone un plazo de aceptación al cual queda obligado de manera automática en cuanto a la espera para recibir una respuesta; sin embargo, en caso de que no hubiera establecido un plazo la ley lo obliga a respetar el periodo de tiempo comprendido entre la ida y vuelta de la respuesta por correo ordinario o en su defecto el medio de comunicación que se haya utilizado, más tres días; en este sentido, puede parecer que la disposición ha ido quedando poco a poco sin efecto, por el avance en los medios de comunicación.

Artículo 1806. “Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones”.

Como ya había hecho mención la oferta a un destinatario presente o ausente; así como con fijación de plazo o sin él en realidad constituyen una declaración unilateral de la voluntad, que finalmente representa una obligación por parte del oferente de mantener su oferta, en tanto que para el aceptante representa la obligación de dar una respuesta; sin embargo, este par de obligaciones en ningún momento obliga a que de forma forzosa se celebre el contrato.

Ahora es importante abordar lo relativo a la forma en como se declara la voluntad, por tanto, he de mencionar que existen cuatro sistemas de declaración de la aceptación.<sup>45</sup>

**1) Declaración:** En este sistema, el contrato se perfecciona en el momento en que el destinatario declara que acepta; sin embargo, este sistema no establece la forma ni el momento en que exactamente se efectúa la declaración, lo que se podría prestar a alguna confusión provocada por la misma ambigüedad del sistema.

**2) Expedición:** En el cual el contrato se perfecciona en el momento en que el aceptante de la oferta pone en el correo o envía un mensajero para dar a conocer al peticionante su aceptación, este es el sistema adoptado por nuestro Código de Comercio.

**3) Recepción:** Este es el sistema que adopta nuestro Código Civil en el artículo 1807, toda vez que se considera perfecto el contrato en el momento en que el peticionante recibe la aceptación aun cuando no conozca el contenido de la respuesta, ya que lo liga con la aceptación hecha.

---

<sup>45</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 31.

Artículo 1807. “El contrato se forma en el momento en el que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes”.

**4) Información:** En este sistema, el contrato no se considera perfecto sino hasta el momento en que el oferente se entera de la aceptación, a través del propio destinatario de la propuesta, siendo el sistema que en realidad espera a obtener una respuesta, clara y precisa, por parte del aceptante. A esta excepción pertenece el artículo 2340 del Código Civil para el contrato de donación en la que se considera perfecta desde que el donatario la acepta y así lo comunica al donante.

Artículo 2340. “La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador”.

Por ende, por consentimiento se entiende las dos declaraciones de voluntad separadas que necesariamente han de coincidir en un acuerdo en torno las cláusulas del contrato, para que éste se tenga por celebrado. El consentimiento puede ser de dos tipos: expreso o tácito.

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

- I. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos; y
- II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que lo autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

**a) Consentimiento Expreso:** El consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o incluso a través de signos inequívocos. En el caso de este tipo de consentimiento independientemente de que la ley sea

bastante clara, debemos de reconocer que bajo estas delimitaciones sería muy complicado y difícil que pudiese llegar a ocurrir algún error en la práctica. Es decir, por el simple hecho de que se manifieste de forma expresa el consentimiento, la protección de la ley es automática, claro siempre y cuando las disposiciones sean de carácter legal.

**b) Consentimiento Tácito:** El consentimiento es tácito cuando emana de hechos o actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo, excepto en los casos en los que por ley o por el convenio de la voluntad debe manifestarse expresamente. Debemos enfatizar el hecho de que el derecho en ocasiones toma el silencio como una forma de consentimiento tácito, lo que se explica de manera más clara a través de la siguiente teoría.

### **Teoría Jurídica del silencio**

Debemos comenzar por puntualizar que el silencio implica la abstención en cuanto a la manifestación del consentimiento, sobre hechos o actos que impliquen la presunción de la voluntad del destinatario con respecto a la propuesta, por lo que en ningún momento se exterioriza algún pensamiento y por ello, no debería de asumirse como una aceptación tácita.

El silencio ha sido considerado como la forma tácita de expresión teniendo como fundamento más cuestiones psicológicas que jurídicas, lo que se ejemplifica a través de la frase “el que calla otorga”,<sup>46</sup> en este sentido el silencio adquiere el carácter de aceptación. Sin embargo, no debería equipararse con una aceptación tácita, ya que ésta es una manifestación de la voluntad, en tanto que el silencio en realidad no manifiesta nada, por tanto, no se obliga a nada quien no expresa nada. En consecuencia, es necesario que se atienda a la regla general contenida en el artículo 2054 del Código Civil.

---

<sup>46</sup> Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit. Pág. 86.

Artículo 2054. "Cuando el deudor y el que pretenda sustituirlo fijen un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad con la sustitución, pasado ese plazo sin que el acreedor haya hecho conocer su determinación, se presume que rehúsa".

Quien guarda silencio no está obligando a nada, por tanto, no debería de producir efecto jurídico alguno, toda vez que no es manifestación de la voluntad y no puede inferirse propuesta alguna o aceptación del contrato, ya que en todo caso el silencio tendría un significado equivoco y aun cuando se deseche el formalismo el consentimiento forzosamente debe exteriorizarse.

No obstante, el silencio suele producir efectos de derecho en cuanto a la aceptación del contrato y, por tanto, se presenta como consentimiento tácito cuando la ley así lo determine,<sup>47</sup> atribuyéndole al silencio el carácter de aceptación situación que se materializa en las siguientes excepciones:

a) La primera excepción se refleja en el artículo 1669 del Código Civil haciendo referencia a la materia sucesoria.

Artículo 1969. "Cuando alguno tuviere interés en que el heredero declare si acepta o repudia la herencia, podrá pedir, pasados nueve días de la apertura de ésta, que el Juez fije al heredero un plazo, que no excederá de un mes, para que dentro de él haga su declaración, apercibido de que si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada".

b) La segunda excepción versa sobre la prueba confesional, ya que una vez que se ha aceptado desahogar la misma y la parte a la que le corresponde absolver las posiciones simplemente no comparece o en su defecto comparece, pero con respecto a algunas preguntas guarda silencio, en esta ocasión el silencio adquiere el valor de una afirmación. Esta excepción se encuentra establecida en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

---

<sup>47</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Porrúa. México. 2005. Pág. 277.

Artículo 309. “El que haya de absolver posiciones será citado personalmente, a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo apercibimiento de que si dejara de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso”.

Artículo 316. “Las contestaciones deberán ser categóricas, en sentido afirmativo o negativo, pudiendo el que las dé, agregar las explicaciones que estime convenientes, o las que el Juez le pida.

En el caso de que el declarante se negare a contestar o contestare con evasivas, o dijere ignorar los hechos propios, el Juez lo apercibirá en el acto, de tenerlo por confeso de los hechos de los cuales sus respuestas no fueran categóricas o terminantes”.

Artículo 322. “El que deba absolver posiciones será declarado confeso:

1. Cuando sin justa causa no comparezca;
2. Cuando se niegue a declarar;
3. Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente.

En el primer caso, el Juez abrirá el pliego y calificará las posiciones antes de hacer la declaración”.

En este caso la ley no permite que quien deba absolver posiciones evada su responsabilidad sobre el conocimiento de los hechos de los cuales sepa como ocurrieron o en su defecto le conste la manera en como se llevaron a cabo, apercibiéndolos de tener por afirmativas todas y cada una de las cuestiones que se niegue a responder. En conclusión se puede decir que para que el silencio pueda producir efectos jurídicos, esta situación debe ser establecida formalmente por la ley.

## **b) Objeto**

El objeto del contrato es la sustancia del negocio correspondiente, y esta sustancia es de un contenido puramente jurídico;<sup>48</sup> además, es visto desde al menos tres enfoques completamente distintos los cuales dependen del autor. Sin

---

<sup>48</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil. Contratos*. Op. Cit. Pág. 60.

embargo, la división que se hace de forma más común es la de ver al objeto del contrato como directo o indirecto. De hecho, hay una tercera clasificación la cual esencialmente insiste en ver al objeto como una mera “cosa”, pero considero que esta acepción se encuentra contenida dentro del objeto indirecto.

**a) Objeto Directo.** Por objeto directo se entiende sencillamente la creación y transmisión de derechos y obligaciones, o en su defecto puede tratarse de un hecho. Este tipo de objeto es el ingrediente sustancial que representa el contenido material del contrato propiamente hablando, ya que la propia creación y transmisión de los derechos y obligaciones evidentemente permite que el contrato produzca las consecuencias lógicas por las cuales se llegó al acuerdo de voluntades.<sup>49</sup> Por tanto, al hablar del objeto directo estamos hablando propiamente de la conducta.

Cuando el objeto versa sobre un hecho éste puede ser de naturaleza positiva o en su defecto negativa; es decir, consiste en un hacer o dejar de hacer una determinada cosa, además el hecho debe de ser posible y lícito no solamente desde el punto de vista natural, sino también del jurídico, puesto que evidentemente debe de existir en la naturaleza el objeto, ya que de lo contrario ningún contrato tendría razón de ser de no existir un objeto de forma concreta; por otro lado, esta creación y transmisión de derechos y obligaciones invariablemente deberá hacerse conforme lo que disponga la ley con la finalidad de que el contrato produzca los efectos para los cuales se celebró.

**b) Objeto Indirecto.** De acuerdo con Rojina Villegas, el objeto indirecto no se presenta en su totalidad dentro de los contratos, ya que el objeto directo del contrato es en realidad el objeto indirecto de los mismos, por tanto, las cosas son los objetos indirectos del contrato. De tal forma que éste puede consistir en un dar, hacer o no hacer, de la misma cosa, sobre la cual está versando el contrato.

---

<sup>49</sup> Domínguez Martínez, Jorge. *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Porrúa. México. 1994. Pág. 536.

En este contexto, se entiende a la cosa como contenido del dar, que debe ser posible; el hecho como contenido del hacer, que debe ser posible y lícito; y la abstención como el contenido del no hacer, que debe ser posible y lícita.<sup>50</sup>

En esta tesitura y de acuerdo con el contenido del artículo 1825 del Código Civil, se establece lo siguiente:

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

Dentro del presente artículo se establecen dichos requisitos con la finalidad de permitir la existencia y posibilidad no sólo física sino también jurídica, ya que de la existencia en la naturaleza emana la posibilidad física; en tanto que de la determinación de su especie, así como de su incursión en el comercio, depende la posibilidad jurídica de la cosa.

**1) Existencia en la naturaleza.** La cosa debe existir en la realidad, ya que de lo contrario no habría razón para contratar, puesto que en caso de que la cosa hubiera dejado de existir antes de que se llevara a cabo la celebración del contrato, éste simplemente no produce efectos jurídicos. No obstante, las cosas futuras bien pueden ser objeto del contrato, siempre y cuando se tenga la certeza de que llegarán a existir en un futuro.

La anterior regla tiene dos excepciones: El caso de los bienes futuros del donante en la donación y la herencia de una persona viva, aunque ésta preste su consentimiento.<sup>51</sup> Estas prohibiciones llevan implícitas la protección hacia la persona que en determinado momento disminuirá su patrimonio en beneficio de otra persona.

---

<sup>50</sup> Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 30.

<sup>51</sup> Sánchez Médal, Ramón. Op. Cit. Pág. 36.

Artículo 2333. “La donación no puede comprender los bienes futuros”.

Artículo 1826. “Las cosas futuras pueden ser objeto de contrato. Sin embargo, no pueden serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento”.

Artículo 2950. “Será nula la transacción que verse:  
...III. Sobre sucesión futura...”

**2) Determinación en cuanto a la especie.** El artículo 1825 del Código Civil establece que la determinación deberá hacerse por su especie atendiendo a su cantidad y calidad, es decir, las especificaciones deben hacerse con la finalidad de evitar al máximo cualquier tipo de confusión en el objeto indirecto del contrato.

La determinación individual es la más indicada desde el punto de vista jurídico, puesto que describe las características particulares de la cosa, caracteriza a la cosa por sus atributos propios que la distingue de cualquier otro bien lo que evita los conflictos que pudieran suscitarse con otros bienes de su misma especie.

En el caso de la determinación por género, en la cual hace prácticamente nula la identificación de la cosa por la falta en la concretización de las características de la misma, los conflictos con motivo de confusiones son múltiples, por lo que bien pueden derivar en abusos para alguna de las partes.

**3) Estar dentro del comercio.** Se encuentra fuera del comercio la cosa que no puede ser objeto de alguna relación de carácter jurídico, ya que es imposible que puedan ser poseídas por un solo individuo. Por ende, las cosas se encuentran fuera del comercio por disposición de la ley, o bien, por la imposibilidad de ser reducidos a la propiedad de los particulares,<sup>52</sup> como se puede observar en los siguientes artículos del Código Civil:

---

<sup>52</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pág. 74.

Artículo 747. “Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio”.

Artículo 748. “Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”.

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

En suma, se encuentran fuera del comercio por su naturaleza todas aquellas cosas que no pueden ser susceptibles de apropiación tal como el aire, el mar, el cielo, etc. Y por disposición de la ley, por ejemplo, aquellos que no pueden ser reducidos a propiedad particular, las plazas públicas, los parques, los monumentos, los órganos y tejidos humanos, etc.

#### **4. Elementos de validez**

Estos elementos son considerados como elementos de inmunidad de acuerdo con Sánchez Medal, toda vez que la falta de alguno de ellos provoca que el contrato no produzca los efectos jurídicos para los cuales fue celebrado. Los elementos de validez son cuatro: la capacidad, la forma, la ausencia de vicios de la voluntad y la licitud del objeto.<sup>53</sup>

##### **a) Capacidad**

En términos generales, la capacidad jurídica es la aptitud que se reconoce a una persona para ser sujeto de deberes y derechos,<sup>54</sup> y hacerlos valer. Existen dos especies de capacidad: la capacidad de goce, entendida como la aptitud que la ley le reconoce a la persona con la finalidad de adquirir y tener derechos; así como la capacidad de ejercicio, que consiste en la aptitud que le otorga a la ley

---

<sup>53</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 25.

<sup>54</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Págs. 444- 445.

para que por sí mismo, ejercite y ponga en práctica los derechos que en su momento adquirió.

**a) Capacidad de Goce.** Es la capacidad que tiene toda persona sin excepción desde el momento de su concepción y hasta el de su muerte. Por tanto, este tipo de capacidad lleva implícita una protección inherente al valor y a la dignidad humana de la persona quien por el sólo hecho de ser concebido y ser un ser humano ya cuenta con una esta capacidad.

Artículo 22. “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

Si bien es cierto, que la capacidad de goce hace posible la protección del individuo desde su concepción este hecho no significa que desde ese momento el *nasciturus* o en su defecto un menor de edad pueda celebrar un contrato, ya que requiere de capacidad para contratar la cual le es otorgada por ley y desde luego ejercitada por él mismo si cumple con todos y cada uno de los requisitos previstos en la misma ley.

**b) Capacidad de ejercicio.** La capacidad de ejercicio, es entendida en términos generales como la aptitud para participar de una forma personal en la vida jurídica. Por regla general a esta capacidad se hace acreedora toda persona con las excepciones expresadas en la ley.

Artículo 1798. “Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley”.

Por esta razón, la capacidad para contratar no se puede configurar sin la capacidad de ejercicio, a través de la cual la propia persona puede, por sí misma, realizar todo tipo de manifestaciones de voluntad con la intención de obligarse, o

bien, para exigir el cumplimiento de determinadas prestaciones a las que tenga derecho a percibir.

La capacidad o incapacidad de ejercicio tiene únicamente su origen en la ley, ya que es la propia ley quien determina quienes están en aptitud o carecen de la misma para participar de su propia vida jurídica. En cuanto a quienes son jurídicamente incapaces el artículo 450 del Código civil establece:

Artículo 450. "Tiene incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".

Debo puntualizar el hecho de que los menores de edad, los interdictos y demás incapacidades establecidas por ley conforme al artículo 23 de Código Civil, pueden participar de la vida legal por medio de sus representantes legales.

Artículo 23. "La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes".

No obstante, por contradictorio que parezca, tanto los menores de edad como los incapaces pueden llegar a celebrar ciertos actos jurídicos, sin necesidad de que se tenga la intervención por parte de su representante legal. Algunos ejemplos son: el otorgamiento del testamento del menor de edad, siempre y cuando sea mayor de dieciséis años de acuerdo con el artículo 1306 del Código Civil; así como el otorgamiento del testamento por parte del incapaz, siempre y

cuando se haya hecho en algún momento de lucidez, conforme al artículo 1307 del Código Civil y, además, cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1308 del mismo ordenamiento.<sup>55</sup>

Artículo 1306. “Están incapacitados para testar:

- I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres; y
- II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio”.

Artículo 1307. “Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes”.

Artículo. 1308. “Siempre que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo de lucidez, el tutor y en defecto de éste, la familia de aquél, presentará por escrito una solicitud al Juez que corresponda. El Juez nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El Juez tiene la obligación de asistir al examen del enfermo, y podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar”.

En este contexto, la sanción correspondiente por la celebración de un contrato por quienes eran incapaces para celebrarlo, es la nulidad del acto; no obstante, para que pueda llegarse a la nulidad del mismo es necesario que sea invocada por la persona que en su momento se vio afectada por esta situación.

Artículo 2230. “La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz”.

La protección se extiende no sólo a la persona que celebró el contrato con un menor de edad o incapaz ignorando este hecho, sino también a quien en su momento por causa de un error haya celebrado dicho acto con la persona que hubiera querido aprovechar esta situación.

---

<sup>55</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 576.

## **b) Forma**

La forma comprende los elementos de carácter exterior a través de los cuales se manifiesta y se plasma todo acto de voluntad para la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos y obligaciones; teniendo como elemento distintivo que depende exclusivamente de la ley la validez total o parcial de este elemento, en función del acto de que se trate.

En este orden de ideas, es la ley quien establece de forma concreta y específica la manera en cómo se ha de exteriorizar lo que las partes han acordado para la celebración del contrato. Por ende, si la ley exige una determinada forma para la celebración del contrato, ésta debe ser debidamente cumplida, ya que de lo contrario, el contrato podría ser objeto de nulidad relativa, lo que no implica que el contrato deje de producir sus efectos de manera provisional, al menos hasta que se declare su nulidad.

Por contradictorio que pueda parecer, el legislador ha establecido como principio general la consensualidad en la celebración de todos los contratos, señalando únicamente como excepción la formalidad en algunos contratos minuciosamente determinados. De tal manera, que en teoría el acto jurídico vale y existe por el simple acuerdo de voluntades sin necesidad de que se tenga que plasmar por escrito, surtiendo efectos jurídicos de manera total.<sup>56</sup>

Artículo 1832. “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.

Como he mencionado, la consensualidad parece ser la regla general en cuanto a la forma que deben revestir los contratos, de tal modo que cuando la ley no exige una forma determinada para el contrato, las partes quedan en libertad de

---

<sup>56</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 336.

elegir la forma en que llevarán a cabo la realización del contrato, toda vez que independientemente de cuál sea la forma que elijan se producirá los efectos producidos por la norma, tal es el caso del contrato de compraventa de bien mueble. Sin embargo, existen contratos que para su celebración la ley establece una determinada forma con el objeto de alcanzar los efectos que establece la ley, como por ejemplo, el contrato de prenda.

Bajo este contexto, independientemente de que el contrato cumpla o no con la forma determinada por la ley, el acto surte sus efectos aun cuando se podría llegar a nulificar por falta de formalidad.

A modo de ejemplo puedo mencionar que dependiendo del contrato y del bien objeto del mismo, la ley puede exigir que dicho acto sea otorgado en documento público o en documento privado. Uno no es mejor que el otro, pero la ley busca que en determinados casos la protección a los contratantes y a los terceros sea mayor asegurándose que dicho acuerdo de voluntades producirá plenamente sus efectos jurídicos.

Por otro lado, en caso de que el contrato se celebre bajo una formalidad mayor a la exigida no afecta en nada los efectos del mismo. Pero, si el contrato no hubiera cumplido con la forma exigida por la ley, el Código Civil prevé el ejercicio de la acción *pro forma* por medio de la cual, en caso de que el contrato no hubiera cumplido con la forma establecida por la ley, cualquiera de las partes tiene la posibilidad de exigir que se cumpla con la forma legal omitida. La forma se exige actualmente en virtud de la protección al interés público, con la finalidad de evitar simulaciones, suposiciones y fraudes, otorgando precisión en las obligaciones que se adquirieron para cada una de las partes dotando de certidumbre a las mismas.

### **c) Motivo o fin del contrato**

Este elemento desde luego fija su estructura en la necesidad de determinar la causa de la existencia del contrato, siendo el contenido de la conducta de quienes se están obligando. El motivo o fin es la razón contingente, subjetiva y variable de una persona a otra, siendo éste lo que induce a la celebración del acto jurídico.<sup>57</sup>

Al hablar del motivo y el fin del contrato en ningún momento se hace referencia a sinónimos, a pesar que dentro de su contenido llevan implícita una causa. Se han suscitado varios debates a cerca de si tiene razón de ser este elemento o no, incluso se habla de un reconocimiento parcial ya que las posiciones se han dividido entre la teoría causalista y la anticausalista.<sup>58</sup>

**a) Teoría Causalista.** Esta teoría se estructura sobre tres clases de causas: causa final, causa impulsiva y causa eficiente.

1) La causa final es el fin abstracto, inmediato, idéntico en todos los actos jurídicos pertenecientes a la misma categoría, que persiguen fatalmente el autor o los autores. Por tanto, no depende de la voluntad personal de los contratantes, más sí de la naturaleza del contrato que se esté celebrando.

2) La causa impulsiva obedece a las intenciones particulares de los contratantes, por tanto, no depende en ningún momento de la naturaleza del contrato, por ende, es subjetiva la razón que en un momento determinado lleva a los contratantes a celebrar el contrato, ya que generalmente responden a sus necesidades.

---

<sup>57</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 364.

<sup>58</sup> Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit. Pág. 45.

3) En tanto la causa eficiente se considera como el hecho que en realidad genera la obligación.

Por tanto, para los causalistas la causa de la obligación es el fin directo e inmediato que finalmente persigue el deudor con la intención de obligarse. En este sentido los causalistas insisten en separar la causa del motivo, ya que éste último es el fin económico y concreto, es en sí la razón por la cual los individuos contratan de la forma que lo hacen.

**b) Teoría Anticausalista.** Los autores que defienden ésta teoría, afirman que es innecesario considerar a la causa como elemento de los contratos.<sup>59</sup> Puesto que no existe una circunstancia que se debe de calificar como causa que sea determinante para llegar a exteriorizar y plasmar un contrato.

En el caso de nuestro Código Civil no se ha seguido la teoría causalista, ya que omite cualquier mención acerca de la causa como un elemento del contrato, ya que identifica a la causa con el fin o el motivo.

Por otro lado, aunque el objeto como el fin o motivo determinante de un contrato debe ser lícito, no debemos olvidar que cuando este objeto recae sobre la prestación de un hecho, éste no sólo debe ser lícito, sino posible.<sup>60</sup> En este sentido el objeto se considera ilícito cuando es contrario al orden público y a las buenas costumbres.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 71. Uno de estos autores es Planiol quien afirma que la causa no tiene por qué ser considerada como elemento puesto que presupone que la existencia de la obligación de una de las partes crea una obligación para el otro contratante. Más esto no ocurre en los contratos bilaterales, ya que las obligaciones nacen de forma simultánea. De la misma manera en el caso de los contratos de carácter real, ya que la entrega de la cosa no es elemento de formación del contrato, sino más bien una causa eficiente por ser el hecho generador del contrato. O, en su defecto, en los contratos de donación asevera no existe una causa en sí para llevar a cabo el contrato, ya que se efectúa por la simple "voluntad de donar".

<sup>60</sup> *Íbidem*. Pág. 69.

<sup>61</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Op. Cit. Pág. 73. Al hablar del orden público hacemos referencia a la estructura y organización del Estado, relacionándolo con otros estados y con los particulares. En cuanto a las buenas costumbres son todas aquellas prácticas que lleva a cabo un grupo conforme un lugar y momento determinado.

#### **d) Ausencia de vicios del consentimiento**

Por vicio se entiende todo defecto o realización incompleta del consentimiento como parte de los elementos de existencia del contrato, por tanto, son aquellas circunstancias que sin suprimir el consentimiento lo dañan.<sup>62</sup>

Puede ser que precisamente por las deficiencias que pudiera llegar a presentar, los efectos del contrato no son los que hubieran pensado o querido, ya que bien pudieron haber sido celebrados omitiendo la libertad de una de las partes para celebrarlo, o bien aun cuando se hubiera otorgado el consentimiento, bien pudo haberse dado sin contar con la información necesaria.

En nuestro ordenamiento civil se establecen como vicios el error, el dolo, la violencia y la lesión.

Artículo 1812. "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

**a) El error.** El error es la opinión subjetiva contraria a la realidad. Sin embargo, esto no significa que se ignoren las circunstancias bajo las cuales se este celebrando el contrato, es decir, no se puede confundir el error con la ignorancia, ya que ésta última implica la falta de conocimiento, en tanto el error es el conocimiento falso de la realidad.

El error puede ser fortuito o inducido. Por error fortuito se entiende aquél que es resultado de circunstancias que simplemente se presentaron en forma accidental. En cuanto al error inducido, es aquél que requiere de la existencia de maquinaciones y artificios, es decir, del dolo. Estas dos clases de errores a su vez presentan tres especies.

---

<sup>62</sup> Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 40.

1) Error obstáculo. Como su nombre lo indica, obstaculiza el acuerdo de voluntades, ya que recae sobre la identidad del objeto del contrato o en su defecto sobre la naturaleza del acto jurídico; es decir, al momento de celebrar el contrato las partes deben coincidir sobre el objeto materia del contrato con la finalidad de que los efectos sean los que finalmente se deseaban.

2) Error nulidad. Este error recae sobre el motivo determinante de la voluntad. De hecho el motivo bien pudo haber sido abiertamente declarado o, en su defecto, se pudo haber deducido de la misma celebración del contrato. Por motivo determinante del contrato se entiende la razón o razones que llevaron a los contratantes a la celebración del contrato, más estas razones atienden a las cualidades del hecho o derecho objeto del contrato.

Artículo 1813. "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el caso de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró, éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

Es un hecho que el consentimiento fue otorgado, así como que el acto jurídico existe; sin embargo, uno de los contratantes sufrió un error en el motivo que lo llevó a contratar, lo que distorsiona finalmente los efectos que en su momento hubieran querido las partes. En caso de que el contratante hubiera conocido la circunstancia real bajo la cual se realizaría la celebración del contrato se hubiera negado a celebrarlo, o bien de haberlo hecho las condiciones probablemente hubieran sido muy distintas. Al referirnos al error de hecho hablamos de un falso conocimiento de las circunstancias fácticas; es decir, sobre las cualidades físicas ya sea del objeto o del sujeto. En tanto que el error de derecho recae sobre circunstancias de existencia o interpretación.

3) El error indiferente. Se estructura por circunstancias accidentales o secundarias sobre el objeto del contrato o del sujeto. Por tanto, no anula el

contrato, más bien da lugar a la rectificación como aprecia en el artículo 1814 del Código Civil.

Artículo 1814. "El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique".

En suma, deben ocurrir un par de circunstancias para considerar al error como tal: a) Que el error recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes. b) Que el motivo se haya exteriorizado, habiéndose manifestado como tal para que pueda ser comprobado.

**b) El Dolo.** Por dolo se entiende una conducta de naturaleza activa, que *per se* no es un vicio del consentimiento, toda vez que lo único que busca es inducir al error el cual finalmente si es un vicio. Para el Código Civil lo define así:

Artículo 1815. "Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratos; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

El dolo responde a una clasificación en virtud del error que ocasione:

1) Dolo principal. Es el dolo que provoca un error sobre el motivo determinante de la voluntad y como consecuencia provoca el error nulidad.

Artículo 1816. "El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico".

2) Dolo incidental. Es aquel que genera un error indiferente, ya que aun cuando el error fue conocido por las partes celebraron el contrato, simplemente genera un ajuste.

3) Dolo bueno. Es la exageración que hacen los comerciantes sobre la mercancía, de tal manera que sean más llamativas a sus clientes, más afecta la validez del contrato.

4) Dolo recíproco. En este caso los artificios son empleados por ambas partes, por lo que al celebrarse el contrato ninguna de las partes tiene posibilidad de pedir indemnización.

En muchas ocasiones suele confundirse al dolo con la mala fe. No obstante, la mala fe es una conducta pasiva en la que aun cuando se conoce la existencia del error se omite todo aviso sobre el mismo aprovechándolo; en tanto el dolo responde a una conducta activa en la que a través de una serie de actuaciones se induce al error.

**c) La Violencia.** Es toda acción grave, irresistible e injusta, que se ejerce sobre una persona para que acceda a obligarse aun en contra de su voluntad.<sup>63</sup> Esta coacción bien puede ser física o moral.

Artículo 1819. "Hay violencia cuando se emplea violencia física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado".

La violencia física se verifica al coaccionar la voluntad de un individuo a través de la fuerza física que se ejerza sobre él; por ejemplo, por medio de los golpes. En cuanto a la violencia moral, consiste a la coacción de naturaleza psicológica a la que se llega a través de amenazas, en este caso se requiere que las amenazas sean realmente contrarias a derecho y que versen sobre la celebración del contrato. Las amenazas también deben de ser en contra de la vida, la honra, la libertad, salud o en su defecto el peligro de perder una parte

---

<sup>63</sup> Martínez Alfaro, Joaquín. Op. Cit. Pág. 101.

importe de los bienes del contratante o de sus familiares. En este caso la nulidad puede ser invocada hasta seis meses después de la celebración del contrato.

**d) La Lesión.** Es el perjuicio que experimenta una de las partes a raíz de la celebración del contrato, puesto que recibe una prestación por demás inferior a la que en su momento ésta misma parte le proporcionó a la otra. Por lo general, el contrato no es invalidado por lesión, ya que es muy difícil, sino es que imposible, que las prestaciones sea iguales para las partes, además por lo regular siempre va a ver una parte la que obtenga mayor provecho del contrato.

Debemos puntualizar que la lesión no ha sido prevista en nuestro derecho como parte de los vicios del consentimiento, sino como parte de las disposiciones preliminares.

Artículo 17. “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios”.

La lesión cuenta con un elemento objetivo el cual consiste en la obtención de un lucro desproporcionado sin señalar el monto o la cuantía de ésta desproporción. Así mismo cuenta con un elemento subjetivo que se estructura por la explotación de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro. No obstante, no existe en los contratos de naturaleza aleatoria, ni tampoco en los de naturaleza gratuita, ya que no se podría hablar al cien por ciento de un afectado.

De acuerdo con Domínguez Martínez,<sup>64</sup> son los únicos vicios de la voluntad el error y el miedo. El error ha sido definido previamente; en cuanto al miedo, es

---

<sup>64</sup> Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho Civil*. Op. Cit. Pág. 438.

una inquietud, una perturbación desde luego angustiosa para el individuo que la padece, a tal grado de que es capaz de alterar la voluntad del mismo individuo, en razón de que representa el riesgo de un mal que si bien es cierto es futuro, también lo es que su realización es prácticamente inminente.

Tanto el error como el miedo producen en el individuo una falta de conciencia y libertad de actuar por propia voluntad, toda vez que a partir del momento en que se presenta se está aportando un motivo que en realidad no tendría razón de existencia si por propia voluntad el individuo se obligara a contratar.

En el caso del dolo no puede ser considerado como vicio de la voluntad, ya que más bien su existencia se debe y se encamina a la estructuración del error, tan es así, que de no llegar a producirse el error, el dolo no adquiere mayor importancia por sí mismo ya que no lograría su finalidad, la cual consiste en la realización del acto jurídico.

En relación con la lesión, el mismo autor explica que aun cuando el individuo sea sumamente ignorante, notoriamente inexperto o padezca extremada miseria se lleva a cabo de forma cotidiana la realización de los contratos, ya que de manera subjetiva para cada uno de los individuos las prestaciones a cargo de cada uno se encuentran perfectamente equilibradas.

## **5. Interpretación en los contratos**

Existen normas para la interpretación para de los contratos, las cuales se basan en una interpretación preponderantemente subjetiva, puesto que la función de estas es la intentar conocer lo que en su momento era la intención de las partes que llevaron a cabo la celebración del contrato, lo que busca es determinar el alcance y significado de los términos empleados en el contrato. La interpretación de contrato plantea nuevamente la necesidad de establecer si se va

a atender a la voluntad interna de las partes o bien a la voluntad declarada. Siendo ambas posiciones extremas, puesto que desde una óptica la voluntad interna carece de importancia jurídica; sin embargo, la sola voluntad declarada en broma o con fines didácticos, por ejemplo, igualmente carece de sentido.<sup>65</sup>

Por ello la mejor opción en cuanto a la voluntad que se debe atender para la interpretación es la voluntad interna declarada. Existen los siguientes tipos de interpretación:

a) Interpretación subjetiva. Esta interpretación tiene por objeto investigar la intención común de las partes, intención que en su momento fue exteriorizada a través de las palabras, de los términos o bien de las cláusulas que integran el contrato.

Artículo 1851. "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

Artículo 1852. "Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar".

En relación con los artículos anteriores debe buscarse la interpretación de los contratos en relación a la intención de las partes, de hecho la importancia de este punto es tal que si por cualquier circunstancia fuera prácticamente imposible determinar la intención de los contratantes, el contrato sería nulo.

b) Interpretación objetiva. Esta interpretación ubica su utilidad en la eliminación de dudas o ambigüedades en los términos utilizados en los contratos.

---

<sup>65</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 75.

Artículo 1853. "Si alguna de las cláusulas de los contratos admitiera diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efectos".

Como podemos observar éste artículo es limitativo en cuanto a que en ningún momento menciona la interpretación a causa de la ambigüedad en los términos, con la finalidad de que simplemente surta efectos, ya que ningún contrato se celebra sin razón; es decir, si los contratantes efectúan un acto jurídico es porque desean que este alcance los efectos jurídicos deseados para las partes.

Ahora bien, en el artículo 1854 del Código Civil se hace alusión a la interpretación sistemática:

Artículo 1854. "Las cláusulas de los contratos deben de interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

Sin embargo, esto no significa que se deba seguir de manera forzosa la calificación que se haya determinado al propio contrato, toda vez que esta pudo haber sido errónea, además la naturaleza del contrato en ningún momento se subordina al nombre que le pudieron haber dado, sino de los hechos a los que los contratantes ciertamente se obligaron.

c) Interpretación integradora. Al momento de la celebración del contrato es prácticamente imposible que los contratantes prevean de antemano todas las posibilidades que puedan darse en la práctica por lo que deben tomarse en cuenta las normas supletorias que en un momento dado puedan ser de utilidad, las cuales en ocasiones incluso llegan a ser insuficientes, dependiendo del conflicto que se esté desarrollando.

Para la interpretación integradora son de vital importancia las cláusulas que se desarrollaron en el contrato. En el caso de las cláusulas esenciales, es obvio que no pueden omitirse, puesto que incluso podría llegar a afectar el contrato de

manera tal que desaparecería el contrato. En el caso de las cláusulas naturales, no existe mucho conflicto, ya que dependiendo de la naturaleza del contrato estas si pueden obviarse. En las cláusulas accidentales se requiere del consentimiento expreso de los contratantes. Finalmente el contrato debe de interpretarse de acuerdo a la “buena fe” y tomando en cuenta que en materia contractual la buena fe goza de un elevado sentido ético, es de gran importancia para interpretación de los mismos.

Como hemos podido observar durante el desarrollo del presente capítulo, el contrato es un conjunto de elementos, algunos en sumo complejos, todo depende de la situación para la que concretamente se está aplicando el mismo y la manera en que fue formulado. Cuando en la celebración del contrato se satisfacen todas y cada una de las exigencias en cuanto a los elementos de existencia y de validez se estará frente a una figura jurídica plenamente válida, la cual surtirá todos los efectos que las partes desearon en el momento de su celebración.

## CAPÍTULO 3

### LA DONACIÓN DE ORGANOS COMO CONTRATO

El contrato de donación objeto de análisis en el presente capítulo es uno de los más peculiares, puesto que sobre él recaen una serie de excepciones con relación a los demás contratos típicos en cuanto a sus reglas generales se refiere, las excepciones son justificadas en virtud de la finalidad del mismo. El Estado ha procurado una regulación especial para este contrato, permitiendo conductas que en otros casos sería sencillamente imposible.

De la misma manera se abordará la posibilidad de regular la donación de órganos que ha sido objeto de estudio en el primer capítulo a través de un contrato de naturaleza *sui generis*, en virtud de ser un tema que cuenta con un gran contenido ético, lo que implica la necesaria regulación jurídica por parte del Derecho al ser un acto que versa sobre la integridad física del hombre.

Esta posibilidad se ha formulado en función de un problema cada vez más creciente para nuestra sociedad, en la que los conflictos suscitados con motivo de la escases de órganos disponibles para trasplante ha llevado al Estado a efectuar varias modificaciones a sus propias políticas de salud, sin que desgraciadamente los porcentajes de donación de órganos reflejen un real y verdadero avance.

#### 1. Concepto de contrato de donación

La denominación otorgada a este contrato deriva del vocablo *donatio*, del verbo *dono*, -are “donar”, denominativo de *donum*, que significa “regalo”; por tanto, se entiende como toda liberalidad de una persona a favor de otra, siempre que disminuya el patrimonio de la primera con incremento de la segunda.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Sepúlveda Sandoval, Carlos. *Contratos Civiles. Teoría general y análisis en particular de sus diversas clases*. Porrúa. México. 2006. Pág. 403.

En términos generales la donación es el contrato por virtud del cual una persona llamada donante, transmite gratuitamente parte de sus bienes presentes a otra persona llamada donatario, debiendo reservarse para sí bienes suficientes para la subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones.<sup>67</sup>

Su regulación se encuentra prevista en el Libro Cuarto de las obligaciones, Título IV de las donaciones, Capítulo I, II y III del Código Civil, entendiendo por contrato de donación lo establecido en el artículo 2332 de este ordenamiento:

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

El contrato de donación forma parte de los contratos traslativos de dominio y lo más notable es que se hace mención expresa de este efecto traslativo en la misma definición, omitiendo mencionar el efecto obligacional; sin embargo, no significa que no exista obligación.

La gratuidad del contrato emana de la liberalidad del donante desde un punto de vista objetivo y subjetivo. Desde el punto de vista objetivo la liberalidad consiste en el enriquecimiento del patrimonio del donatario que va en función del empobrecimiento del patrimonio del donante; en tanto desde el punto de vista subjetivo la liberalidad consiste en el hecho de que no existe un motivo determinante que obligue al donante a efectuar la donación, sólo lo hace en virtud de su voluntad.

La transmisión de una parte o de la totalidad de bienes hace referencia a la donación a título particular y a título universal. La donación a título particular comprende uno o varios bienes que están específicamente señalados; en tanto la donación a título universal comprende la totalidad de bienes, al menos en teoría, ya que nuestro Código Civil prevé que es imposible que se donen todos los bienes

---

<sup>67</sup> Pérez Fernández del Castillo. *Contratos Civiles*. Porrúa. México. 1999. Pág. 147.

en virtud de que el donante debe de conservar los necesarios para su subsistencia buscando además no perjudicar a sus herederos, lo contrario sería calificado como una donación inoficiosa; en el mismo supuesto se encuentra la donación que impida cumplir con las obligaciones alimentarias del donante y, por tanto, se reducirán con la finalidad de preservar las mismas.

Artículo 2348. “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”.

El motivo por el que se considera que la donación no puede ser a título universal versa sobre el hecho de que es imposible que el objeto del contrato sea un bien futuro; toda vez que no se puede hablar de la transmisión del patrimonio potencial, el cual comprende no sólo los bienes presentes, sino también los bienes adquiridos por el donante a futuro, puesto que independientemente de lo incierto que es determinar los bienes que pudiera llegar a adquirir el donante en un futuro el donante perdería todo aliciente para adquirir bienes producto de su trabajo.

No obstante, el Código Civil prevé la posibilidad de revocar la donación aun cuando se constituyó legalmente en los siguientes casos:

En primer lugar, por la superveniencia de hijos del donante dentro del periodo de cinco años contados a partir de la celebración del contrato de donación, siempre y cuando no se trate de bienes muebles.

Artículo 2359. “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 337.

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”.

De la misma forma la donación puede ser revocada por la ingratitud del donatario al haber cometido algún delito en contra de la persona del donante o en su defecto en contra de la familia del donante; así como por negarse el donatario a brindarle ayuda al donante en función del valor de la donación que recibió, en el caso en que las condiciones económicas de donante se modifiquen dejándolo en la pobreza.

Artículo 2370. “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 donante rehúsa socorrer, según el valor de la donación, al donante que ha venido a pobreza”.

Ambos casos atienden a un derecho potestativo a los que no se puede renunciar de forma anticipada.

### **Tipos de donación**

De acuerdo a la regulación del Código Civil el contrato de donación puede ser de cuatro tipos:

Artículo 2334. “La donación puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria”.

a) *Donación pura*, que es la donación en la que el donante le transmite al donatario a título gratuito una parte o la totalidad de sus bienes.

b) *Donación condicional*, en la cual su celebración depende de un acontecimiento futuro de realización incierta.

c) *Donación onerosa*, comprendiendo en todo caso una carga o gravamen que el donatario se obliga a pagar a favor de un tercero, de la misma donación que reciba por parte del donante, por ende, esta donación es la diferencia entre lo que recibió y lo que erogó.

d) *Donación remuneratoria*, la cual se efectúa como una especie de contraprestación otorgada por el donante hacia el donatario por los servicios prestados; más el requisito que debe cumplir esta donación es que el donante no debe tener la obligación de pagar.

## **2. Elementos de existencia del contrato de donación**

### **a) Consentimiento**

El contrato de donación se integra por dos partes, el donante y el donatario, por ende, se requiere del consentimiento de ambos. El consentimiento por parte del donante emana de lo que se conoce como el *animus donandi*,<sup>68</sup> ya que es imposible que se celebre el contrato sin esta manifestación.

El consentimiento determina el momento en que se forma el contrato y, a diferencia de los demás contratos regulados en materia civil que se perfeccionan de acuerdo a la teoría de la recepción,<sup>69</sup> el contrato de donación atiende a la teoría de la información, ya que no basta con que el oferente reciba la contestación de su

---

<sup>68</sup> Domínguez Martínez, Alfredo. Op Cit. Pág. 346. Es la intención requerida en el donante de llevar a cabo una liberalidad por la cual el activo de su patrimonio se empobrezca en la medida que se vea enriquecido el del patrimonio del donatario, claro a título gratuito.

<sup>69</sup> Rojina Villegas, Rafael. *Derecho civil mexicano. Contratos*. Porrúa. México. 1985. Pág. 433. El consentimiento entre presentes se perfecciona en el mismo momento de la aceptación, en tanto que entre ausentes al momento en que el aceptante le hace llegar la respuesta al oferente.

policitación, la donación además requiere que el oferente conozca los efectos de la aceptación.

Artículo 2340. “La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador”.

Esta aceptación se debe expresar con las mismas formalidades, además de hacerlo en vida del donante; ya que de morir éste antes de recibir la notificación de la aceptación el contrato no se alcanza a perfeccionar, por lo que los herederos no están obligados a sostener la oferta por causa del fallecimiento del oferente, siendo otra excepción. Derogándose el principio de que el consentimiento en los contratos puede ser tácito, por lo que la oferta termina con la muerte del donante si el donatario no expresó su aceptación o en su defecto el donante no se enteró oportunamente de ésta.<sup>70</sup>

En síntesis, el consentimiento es el resultado de la combinación respectiva de las declaraciones del donante y del donatario, para el donante se refleja en la exteriorización del *animus donandi* al ofrecer la donación; en tanto para el donatario la declaración de la voluntad se manifiesta a través de la aceptación.

## **b) Objeto**

El objeto en la donación versa sobre la transmisión de bienes susceptibles de valoración económica y apropiación individual.

**a) Objeto Directo.** Consiste en la transmisión de la propiedad del donante quien deja de ser el propietario de lo que se haya donado a favor del donatario. Mientras el donante aun no entregue la cosa debe de conservarla, además debe de conducirse con la probidad exigida, de tal manera que le garantice una posesión útil y pacífica al donatario.

---

<sup>70</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op Cit. Pág. 208.

**b) Objeto Indirecto.** Conforme a lo anterior, el contrato de donación genera una obligación de dar, la cual recae sobre las cosas o derechos reales, designándolos de forma genérica como bienes, los cuales deben ser presentes, en virtud de que deben ser propiedad del donante al momento en que se celebre el contrato.

Por tanto, el donatario responde de las deudas del donante si la donación de los bienes se hizo a título universal hasta la cantidad que corresponda a lo que recibió como donación, puesto que no tiene la obligación de cubrir los gravámenes con su propio patrimonio.

Artículo 2355. “Si la donación fue de todos los bienes, el donatario es 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”.

En este sentido, se trata de una donación que versa sobre una “totalidad restringida”<sup>71</sup> reservándose el donante la propiedad o el usufructo de los bienes que le permitan vivir de acuerdo a la manera en que está acostumbrado; es decir, debe de declarar de forma específica los bienes que se reserva para su aprovechamiento o en su defecto hacer la declaración general de que se reserva algunos bienes para testar, entendiéndose entonces que se queda con la mitad de los bienes donados.<sup>72</sup>

Artículo 2347. “Es nula la donación que comprenda la totalidad de los bienes del donante, si este no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias”.

---

<sup>71</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 207. Es imposible que la donación se efectúe en bloque; es decir, es indispensable que los bienes que conforman la donación sean detallados, aun cuando se habla de una universalidad.

<sup>72</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Págs. 206- 207.

Artículo 2349. "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".

### **3. Elementos de validez del contrato de donación**

#### **a) Capacidad**

La donación es un contrato que se realiza de acuerdo a la calidad de las personas; es decir, *intuito personae*, ya que el donante desea transmitirle la propiedad del bien a una persona en especial. El donante como el donatario deben de cumplir con ciertos requisitos que emanan de su capacidad legal.

**a) Capacidad del donante.** El donante requiere de la capacidad de goce, por tanto, debe estar legitimado como el propietario del bien que pretende transmitir a través del contrato de donación, lo que implica que el bien existe y es parte del patrimonio del donante, de lo contrario sería nulo el contrato.

Artículo 2270. "La venta de cosa ajena es nula y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe, debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe".

Requiere además de la capacidad de ejercicio para celebrar el contrato o en su defecto contar con un representante legal; sin embargo, el representante legal carece de la capacidad para donar los bienes de su representado, tal es el supuesto del tutor, del albacea y de quienes ejercen la patria potestad.

Artículo 660. "El representante del ausente es el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene, respecto de ellos las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores".

Artículo 576. "El tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado".

Artículo 436. “Los que ejercen la patria potestad no pueden... hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos”.

En el caso de quienes ejercen la patria potestad, al renunciar al cincuenta por ciento que les corresponde por usufructo o productos de los bienes de sus descendientes que no hayan sido procedentes de su trabajo, estarán haciendo una donación. En tanto, los emancipados no pueden hacer donaciones, ya que sólo cuentan con la libre administración de sus bienes no con el dominio. No obstante, los apoderados si pueden celebrar donaciones, siempre y cuando en el poder que les confirió se mencione expresamente esta permisión.<sup>73</sup>

**b) Capacidad del donatario.** El donatario requiere únicamente de la capacidad de goce para poder ser el beneficiario de la donación; recordemos que esta capacidad se adquiere desde el momento del nacimiento; sin embargo, la ley misma prevé el supuesto sujeto a condición, de considerar capaz para ser el beneficiario de una donación al *nasciturus*, siempre y cuando se encuentre concebido al momento de la celebración del contrato y nazca viable, conforme a lo dispuesto en los artículos 2357 y 337 del Código Civil.

Artículo 2357. “Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquella se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337”.

Artículo 337. “Para los efectos legales, sólo se reputa como nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad”.

---

<sup>73</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág.195. El maestro Sánchez Medal considera que se necesita de cláusula especial para donar a nombre del mandante, ya que ni siquiera por el conducto del mandato general para actos de dominio se puede transmitir el bien vía donación.

## **b) Forma**

El contrato de donación es formal y la ley determina la manera en que ha de cubrirse la misma, el contrato se puede celebrar verbalmente o por escrito, esta formalidad atiende tanto al tipo de bien que se desea donar, como al monto del mismo. Es el único contrato translativo de dominio que requiere de tantas formalidades; no obstante, el exceso de protección deriva de la preocupación del Estado por proteger los bienes de la familia del donante motivo por el que exige la intervención del notario público en el caso de donaciones de bienes inmuebles.<sup>74</sup>

El contrato de donación puede ser verbal, siempre y cuando recaiga sobre bienes muebles, cuyo valor no exceda de doscientos pesos.

Artículo 2343. “La donación verbal sólo producirá efectos legales cuando el valor de los muebles no pase de los doscientos pesos”.

Por otro lado, si el bien mueble que se desea donar excede el valor de doscientos pesos, pero es menor a los cinco mil pesos, la donación puede celebrarse a través de un contrato privado, el cual debe cumplir con la firma de ambas partes y la de dos testigos, estas firmas deben de ser ratificadas ante notario público, Juez competente o por el Registro Público de la Propiedad.

Artículo 2344. “Si el valor de los muebles excede de los doscientos pesos, pero no de cinco mil, la donación debe hacerse por escrito...”

Si el bien mueble cuenta con un valor superior a los cinco mil pesos debe de celebrarse forzosamente mediante escritura pública, con la finalidad de producir efectos frente a terceros.

---

<sup>74</sup> La intervención del notario público se debe a una supuesta segunda reflexión por parte del donante para celebrar el contrato, puesto que recordemos que una vez celebrado el contrato es irrevocable, salvo en las excepciones determinadas por la propia ley.

Artículo 2344. "... Si excede de cinco mil pesos, la donación se reducirá a escritura pública".

Los artículos anteriormente transcritos han sido objeto de numerosas críticas, ya que las cantidades sobre las cuales versa el contrato son realmente absurdas, por lo que autores como Domínguez Martínez y Pérez Fernández del Castillo son partidarios de la actualización del monto de las cantidades a las que hace alusión el Código Civil.

### **c) Ausencia de vicios del consentimiento**

Una de las características principales de la donación es que se trata de un contrato *intuitu personae*, por lo que su celebración depende en esencia de las características y cualidades individuales a las cuales responde el donatario; *ergo*, de existir algún error con respecto a la identidad del donatario, evidentemente la validez del contrato se cuestionaría.

### **d) Licitud en el objeto**

En términos generales el objeto en cuanto a su finalidad en ningún momento debe contravenir las restricciones y prohibiciones establecidas, con la finalidad de conservar las buenas costumbres. La consecuencia de no cumplir con este requisito es la nulidad relativa o absoluta en cuanto a sus efectos, los cuales cesan en el mismo momento en que así se decreta.

## **4. La donación de órganos como un contrato *sui generis***

La denominación de "donación de órganos" como pilar de la cirugía sustitutiva ha sido objeto de críticas y comentarios en virtud de que se ha tomado el término de "donación" que originalmente emana del derecho civil para designar al acto por la que se transmite la "propiedad"; sin embargo, la donación como contrato civil y la donación de órganos difieren en cuanto a las finalidades que

persiguen. De esta manera se considera que éste término se aparta del sistema legal típico de la donación regulada por el Código Civil.<sup>75</sup> No obstante, el término “donación” de acuerdo con sus raíces estrictamente hace referencia a un “regalo” y finalmente la donación de órganos es un regalo que un ser humano hace a otro, por lo que la denominación que se le proporciona me parece la más viable.

En virtud de las circunstancias actuales en las que aun cuando en la Ley General de Salud<sup>76</sup> se ha implementado el consentimiento tácito para la disposición de órganos como el ideal para la obtención de órganos de toda legislación a través de la donación *mortis causa* por la cantidad de vidas que se pueden salvar, debemos recordar que deben de concurrir las condiciones necesarias al momento de la muerte para estar en la posibilidad de efectuar el trasplante; situación que no siempre ocurre, toda vez que la demanda de órganos que requieren los receptores ha superado por mucho la disponibilidad de los mismos, teniendo que recurrir a la donación *inter vivos*.

La donación de órganos es considerada desde el punto de vista del Derecho como un acto *sui generis*, en virtud de que aun cuando no versa sobre la transmisión del patrimonio, si implica la transmisión de una parte del cuerpo humano. La regulación de este acto debe de coincidir con la realidad actual, por lo que la mejor manera de regular este acto me parece que es la celebración de un contrato de naturaleza *sui generis*,<sup>77</sup> proporcionándole mayor protección y seguridad. Este contrato debe de responder a una naturaleza *sui generis* en virtud de que la donación de órganos como contrato en ningún momento puede ni debe

---

<sup>75</sup> Muñoz de Alba Medrano, Marcia. *La bioética. Un reto del tercer milenio. II Simposium Universitario*. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM. México. 2002. Pág. 153.

<sup>76</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.

<sup>77</sup> Santos Briz, Jaime. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Granada. España. 1996. Pág. 326. Es una locución latina que significa "propio de su género o especie", En materia jurídica denota un acto singular y excepcional, siendo realmente difícil de clasificar dentro de las regulaciones presentes. Los contratos de esta naturaleza responden preponderantemente a la evolución necesaria de la humanidad en cuanto a sus necesidades se refiere, su existencia se debe a que el desarrollo de los casos concretos ha superado los preceptos contenidos en la ley, por tanto, representan el natural desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre los seres humanos.

cumplir con la regulación prevista en el Código para el contrato de donación civil, ya que sus finalidades son distintas.

En la actualidad la ley permite al disponente originario manifestar su consentimiento para convertirse en donador a través de una tarjeta de donador proporcionada por el Centro Nacional de Trasplantes, siendo una declaración unilateral de la voluntad promovida por el Estado; o en su defecto a través del documento de Voluntad Anticipada; no obstante, únicamente surten sus efectos legales *mortis causa*. En este contexto, la ley en la práctica también reconoce otra posibilidad, aun cuando no la califica como contrato; se trata del acto por el cual el donador acepta desprenderse de una parte de su cuerpo como lo es un órgano y el receptor a su vez lo acepta, siendo evidente que sí se trata de la celebración de un contrato que amplía la posibilidad de donar ya sea *inter vivos* o *mortis causa*.

Es un hecho que este contrato deberá contar con los principios éticos de la donación como la gratuidad, la información, la confidencialidad y el altruismo, todos procurados al máximo; sin embargo, en el caso del altruismo su aplicación ha sido modificada por nuestro Derecho no sólo con la finalidad de obtener un incremento en los beneficios para el receptor, sino por la necesidad de ajustarse a la realidad.

Este contrato *sui generis* atenderá a la naturaleza gratuita eliminando cualquier posibilidad de lucro entre las partes, evitando transgredir la integridad física o la dignidad del ser humano, alentando el altruismo con que actúan los seres humanos. Será celebrado entre el donador y el receptor; el donador es la persona que en vida efectuará la disposición de su órgano humano a través de una cirugía sustitutiva que llevará a cabo a favor de la otra parte denominada receptor, entendida como la persona a la que mediante el procedimiento terapéutico recibirá el trasplante beneficiándose del mismo. Este contrato cuenta con los siguientes elementos:

## **a) Consentimiento**

En el caso del donador, será el único facultado para manifestar su consentimiento el cual deberá ser otorgado libremente para la extracción de alguno de sus órganos, ya que es el titular del derecho. En tanto el receptor también deberá manifestar su consentimiento para que se lleve a cabo la cirugía una vez que hayan recibido la información suficiente acerca de los riesgos propios en cada caso, procediendo el CENETRA a la extracción del órgano, siempre y cuando la compatibilidad entre donador y donante sea previamente comprobada, salvaguardando la salud del donador y receptor en igualdad de condiciones, conforme lo dispuesto en los artículos 24, 25 y 26 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.<sup>78</sup>

Artículo 24. “El documento por el que el disponente originario exprese su voluntad para la disposición de sus órganos y tejidos con fines de trasplante, deberá contener:

...IX. El señalamiento de que por propia voluntad y a título gratuito consiente en la disposición del órgano o tejido de que se trate, expresándose si esta disposición se entenderá hecha entre vivos o para después de su muerte...”

Artículo 25. “El receptor de un órgano o tejido deberá reunir los siguientes requisitos:

...IV. Haber expresado su voluntad por escrito, una vez enterado del objeto de la intervención, de sus riesgos y de las probabilidades de éxito...”

Artículo 26. “El escrito donde se exprese la voluntad a que se refiere la fracción VI del artículo anterior, deberá contener:

... IX. El señalamiento preciso de que por su propia voluntad consiente en la realización del trasplante, y que fue enterado suficientemente del objeto y clase de la intervención y de las probabilidades de éxito terapéutico...”

---

<sup>78</sup> Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de febrero de 1985.

## b) Objeto

Desde mi punto de vista el objeto del contrato se constituye por el órgano humano que será donado. La posibilidad de que los órganos del ser humano sean parte de la celebración de un contrato ha sido ampliamente criticada, ya que la propia ley ha determinado su exclusión del comercio, evitando la celebración del contrato,<sup>79</sup> buscando proteger la integridad física de la persona, toda vez que el ser humano no es susceptible de apropiación por parte de sujeto alguno, motivo por el cual se evita el ánimo de lucro.

No obstante, coincido con la doctora María Teresa Beroglio en el hecho de que nunca se cuestionó el axioma jurídico que afirmaba que la persona no se encontraba dentro del comercio, prohibiendo toda posibilidad contractual sobre el cuerpo humano y sus componentes; sin embargo, este axioma se ha quebrantado, toda vez que atiende en realidad a una razón histórica y de inercia, ya que lo que se trataba de evitar en un principio era cualquier tipo de mutilación que desde ninguna óptica se encontraba justificada; sin embargo, para desgracia del propio ser humano esta idea nunca se modificó, sustentándose aun cuando las circunstancias son completamente distintas en la actualidad.<sup>80</sup>

Cabe destacar que este elemento cuenta con las características propias del objeto, en el sentido de que el órgano ya existe. Por otro lado, el órgano u órganos humanos están perfectamente determinados.

Artículo 24. "El documento por el que el disponente originario exprese su voluntad para la disposición de sus órganos y tejidos con fines de trasplante, deberá contener:

...X. Identificación clara y precisa del órgano o tejido objeto del trasplante..."

---

<sup>79</sup> San Julián, Verónica. *El objeto del contrato*. Aranzadi. Pamplona. 1996. Pág. 269.

<sup>80</sup> Bergoglio de Brouwer, María Teresa. *Trasplante de órganos*. Hammurabi. Buenos Aires. 1983. Pág. 51.

### **c) Capacidad de las partes**

Por lo que hace a este elemento podrán ser donadores quienes cuenten necesariamente con capacidad de ejercicio, condición que les permitirá disponer de su cuerpo para donar parte del mismo, siempre y cuando se persigan fines exclusivamente terapéuticos o de investigación. Los receptores únicamente requieren de la capacidad de goce para ser beneficiarios del mismo, claro además de las condiciones físicas.

En este sentido los menores de edad bien podrán donar sus órganos siempre y cuando sea una decisión que hayan tomado de manera conjunta ellos mismos y su representante legal. Quedando excluidos de esta posibilidad los incapaces.

En tanto el receptor únicamente necesita contar con la capacidad de goce para poder ser beneficiario de la donación y recibir de esta forma el trasplante, lo que permite que este beneficio alcance a los menores de edad y a los incapaces.

### **b) Forma**

Es recomendable e indispensable que este tipo de contratos consten por escrito, toda vez, que de esta manera se perpetúa la voluntad de las partes, además de proporcionarle una certeza mayor a los intereses de cada uno. Es por ello que se requiere que las partes otorguen su consentimiento de manera expresa constando por escrito y ante notario público, conforme lo expresa el artículo 333 de la Ley General de Salud.

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

...b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley,

manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante...”

### **c) Licitud en el objeto materia del contrato**

El donador es el único que puede tomar la decisión de donar sus órganos en vida, puesto que es quien en determinado caso será afectado por la donación, lo que evidentemente no genera mayor problema para la sociedad, ya que no busca el perjuicio de la misma, no afecta las buenas costumbres, todo lo contrario, como ya lo había mencionado, promueve el altruismo. Sin embargo, aun cuando la donación se considera como el máximo exponente de los actos altruistas, no significa que el donador sacrifique su vida por salvar la de otra persona, motivo por el cual la donación *inter vivos* versa únicamente sobre órganos no necesarios para la conservación de la vida, como bien lo expresa el Reglamento de la Ley General de Salud.

Artículo 23. “El trasplante de órgano único, no regenerable, esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver...”

De esta forma es que considero completamente lícita y justificada la donación de órganos efectuada a través de un contrato, ya que debemos recordar que se considera absolutamente inadmisibles que se trasgredan los principios rectores de la donación de órganos como son la gratuidad y la confidencialidad.<sup>81</sup>

### **d) Ausencia de los vicios del consentimiento**

En este sentido la persona que ha decidido convertirse en donador debe estar plenamente consciente de su decisión y de las consecuencias que acarrea la

---

<sup>81</sup> Sánchez Cordero de García Villegas, Olga. *La Bioética. Un reto del tercer milenio. II Simposium Universitario*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. México. 2002. Pág. 197.

misma; por tanto, debe otorgar su consentimiento libre de cualquier circunstancia que le provoque un miedo o temor tal que incida de forma definitiva en la forma en la que esta decidiendo actuar.

La estructura del contrato que estoy presentando en este momento atiende a un contrato que evidentemente se celebrará en vida; no obstante, nada impide que su aplicación no se lleve a cabo una vez que se ha perdido la vida con la misma estructura que he presentado, con la salvedad de introducir una condición suspensiva, permitiendo que el contrato surta efectos al momento en que se determine la pérdida de la vida.

### **Revocación y responsabilidad de las partes en el contrato**

Así como en la donación regulada por el Código Civil el legislador contempla ciertos y determinados supuestos en los que puede ser revocado el contrato, en la donación de órganos también el legislador en la Ley General de Salud establece la posibilidad de revocarla en el artículo 322, pero en este caso no depende de un acontecimiento futuro incierto, sino de la misma voluntad del donador, precisamente por el significado y alcances del acto.

Artículo 322. "...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".

De acuerdo con el contenido del artículo anterior, la revocación puede llevarse a cabo en cualquier momento, incluso minutos antes de la ablación del órgano objeto del trasplante, dejando al receptor completamente indefenso, ya que se ha perdido tiempo vital para el mismo con relación a los estudios de compatibilidad entre el donador y el receptor.

Se ha dicho que la revocación del consentimiento en la donación de órganos es prácticamente excepcional; sin embargo, aun cuando sea “prácticamente excepcional” ésta deberá estar perfectamente determinada, toda vez que por remota que pueda parecer la posibilidad de que ocurra bien puede presentarse. De esta manera propongo que el donador contraiga con la celebración del contrato la obligación de avisar de la revocación de su consentimiento al menos veinticuatro horas antes de que se efectúe la cirugía sustitutiva. De omitir el aviso al Centro Nacional de Trasplantes me parece que su responsabilidad se debería ver reflejada en el pago de los posibles gastos generados con motivo de la cirugía en perjuicio del Estado, por tanto, el pago se efectuará a favor del Sistema Nacional de Trasplantes salvaguardando el principio de gratuidad de la donación de órganos.

La forma de disponer de los órganos se ha ido modificando en virtud de las costumbres y necesidades de la sociedad, de tal manera que lo único que se ha tratado de hacer es regular actos y circunstancias que se han presentado con el progreso científico. Sin embargo, el contrato sólo será posible si el donador recibe la suficiente información por parte de las autoridades del sector salud, el Estado deberá implementar campañas de información, creando un registro de todos y cada uno de los habitantes del país, para que de ser necesario el ciudadano reciba la visitas en su domicilio con la finalidad de informarle la importancia de la donación de órganos como ocurre en Francia.

## **5. Restricciones jurídicas a la donación de órganos**

Como lo he señalado desde el inicio, el ser humano tiene el derecho de disponer sobre su propio cuerpo; esta afirmación ha sido el resultado de la evolución del concepto que tiene el hombre de sí mismo. Sin embargo, la evolución fue lenta en virtud de que nunca ha sido sencillo abordar un tema de esta naturaleza, tanto que hasta este momento las opiniones siguen divididas sobre el tipo de derecho que se trata. Los intentos por explicar estos derechos de

disposición sobre el cuerpo humano han sido muchos, por este motivo expondré sólo algunas de las distintas formas en que se ha sido concebida la naturaleza jurídica de este derecho.

La escuela del Derecho Natural del siglo XVI efectuaba una dicotomía de derechos entre los patrimoniales y los derechos sobre sí mismo; en este contexto, los derechos patrimoniales le conceden al hombre la facultad de apropiación sobre cosas ajenas; en tanto el derecho sobre sí mismo negaba cualquier nexo con los derechos patrimoniales ya que al hombre no se le había otorgado un justo título sobre su cuerpo.<sup>82</sup> Para el siglo XX este derecho fue reconocido como un derecho subjetivo que a su vez se deriva de la norma, por lo que su alcance dependía expresamente de lo que la misma ley le permitiera.

Por otro lado, la disposición sobre el cuerpo humano ha llegado a ser visto como un derecho personalísimo al que se le atribuye el carácter de extrapatrimonial, toda vez que no es susceptible de valor pecuniario<sup>83</sup> ya que lo contrario equivale a poner en igualdad de circunstancias a los calificados como derechos extrapatrimoniales y patrimoniales, siendo que los primeros son tutelados como valores, lo que implica que es incalculable lo que vale el ser humano como tal; en tanto que los derechos patrimoniales se limitan al aspecto económico, por tanto es perfectamente calculable su valor. De tal manera que los derechos personalísimos están por encima de los derechos patrimoniales.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Me parece que el conflicto siempre ha sido el resultado de la imposibilidad de explicar qué derecho es exactamente el que ejerce el hombre sobre su propio cuerpo ya que no es un derecho patrimonial y tampoco es absoluto, puesto que simplemente el hombre nunca ha tenido una disposición plena sobre el mismo en virtud de la normatividad impuesta por el Derecho, la cual he de reconocer es necesaria.

<sup>83</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 74. Los derechos de la personalidad tratan de proteger todo lo relativo a las cualidades ya sean físicas o morales del hombre.

<sup>84</sup> Domínguez Martínez, Alfredo. Op. Cit. Pág. 270.

Existe una postura que afirma que la naturaleza jurídica de este derecho es completamente distinta a la patrimonial, afirmando que se trata de un derecho de humano del que se trate de forma intransferible.<sup>85</sup>

La dificultad para homologar los criterios en cuanto a los derechos de disposición sobre el cuerpo responden a la concepción protectora con que el Derecho ha conceptualizado a la integridad física, toda vez que se ha visto en la necesidad de regular situaciones que se han presentado *de facto*, en virtud de los avances científicos que le han permitido ampliar sus posibilidades de vida no sólo en tiempo sino en calidad; no obstante, este mismo avance es el que ha provocado cierto temor que se ha generado por el hecho de que el hombre ha llegado a adquirir tal poder a través de la ciencia que es muy probable que él mismo ignore sus alcances y bien puede ser que no se detenga a pensar en los riesgos que tiene con tal poder, las consecuencias pueden ser realmente caóticas en función del tan temido “efecto Everest”.<sup>86</sup>

Bajo este contexto la Ley General de Salud impone las siguientes restricciones para la donación de órganos.

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

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

---

<sup>85</sup> Bazúa Witte, Alfredo. *Los derechos de la personalidad. Sanción Civil a su violación*. Porrúa-Colegio de Notarios del Distrito Federal. México. 2005. Pág. 29.

<sup>86</sup> Con este termino se hace referencia a la tendencia plenamente marcada del hombre de hacer todo aquello que se encuentra a su alcance, además que es de temerse en virtud de las circunstancias actuales en las que el cuerpo humano se ha configurado como un bien escaso y, por tanto, valioso, susceptible de proporcionar grandes utilidades a la vida de los demás hombres por ser insustituible.

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

No cabe la menor duda de que estas restricciones responden a la protección de los principios y convicciones de la integridad física de todo ser humano en cuanto a la inviolabilidad del cuerpo, dirigidos siempre a salvaguardar la dignidad y libertad de la persona. La protección es aun mayor cuando se trata de los seres más vulnerables como lo son los menores de edad y los incapaces, considerando a este artículo como la regla general en cuanto a la disposición de órganos y tejidos en menores e incapaces.

La razón de ser de la primera fracción se debe a que ni el menor de edad ni el incapaz cuentan con el suficiente grado de discernimiento o autonomía para estar plenamente conscientes de los riesgos y consecuencias que acarrearán decisiones de tal magnitud. La posibilidad de que los menores de edad e incapaces sean objeto de extracción de alguno de sus órganos o tejidos en situaciones realmente extremas, en las que aparecen desde el punto de vista médico como los únicos donantes válidos para salvarle la vida a otro ser humano es un tema muy delicado y complejo dentro de la cirugía sustitutiva; ya que no importa lo remota que pueda ser esta posibilidad, y me atrevo a decir remota en virtud de los avances alcanzados en el campo de la inmunosupresión al menos en relación con sus órganos; más esta salvedad no ocurre con relación al trasplante de médula ósea, toda vez que es la única posibilidad de combatir enfermedades mortales.<sup>87</sup>

La posibilidad de donar médula ósea por parte de los menores de edad corresponde a la única excepción prevista por la Ley General de Salud en el artículo 332.

---

<sup>87</sup> Romeo Casabona, Carlos. *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*. Comares. Granada. 2005. Pág. 106. Como es el caso de la leucemia en sus distintos tipos y en el caso de deficiencias inmunológicas graves.

Artículo 332. “La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.

No se podrán tomar órganos y tejidos para trasplantes de menores de edad vivos, excepto cuando se trate de trasplantes de médula ósea, para lo cual se requerirá el consentimiento expreso de los representantes legales del menor.

Tratándose de menores que han perdido la vida, sólo se podrán tomar sus órganos y tejidos para trasplantes con el consentimiento expreso de los representantes legales del menor.

En el caso de los incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte”.

Esta excepción permite la donación de médula ósea en el menor de edad por tratarse de una sustancia susceptible de regeneración. Sin embargo, no concuerdo con el contenido de este artículo por dos razones; la primera se debe a que no le pertenece al cien por ciento la decisión de la extracción de un tejido que provenga de un menor de edad únicamente al representante, ya que como lo he expuesto en ocasiones anteriores, es una decisión que le corresponde tomar al disponente originario; estoy consciente de que en este caso se trata del menor de edad, lo que me lleva a la segunda razón, puesto que considero que debería tomarse en cuenta la opinión del menor de edad en la medida de su grado de madurez.

De la misma forma algunos especialistas afirman que la opinión del menor debe de ser tomada en cuenta, desde luego en función de las características personales del menor comprendiendo su edad y grado de madurez. Esta afirmación se apoya en el artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño,<sup>88</sup> la cual señala que “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

---

<sup>88</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Por México fue firmada el 20 de septiembre de 1990.

autoridades administrativas y los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será al interés superior del niño”; sin embargo, el Convenio sobre derechos humanos y biomedicina<sup>89</sup> mantiene el criterio de exclusión de los menores en la donación de órganos; no obstante también permite la donación de tejidos regenerables, siempre y cuando cumpla con las garantías procedimentales.

Por otro lado, de acuerdo con investigaciones desarrolladas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,<sup>90</sup> este tipo de permisiones que se llevan a cabo dentro de nuestra legislación, no se presentan bajo ningún motivo en países que encabezan las listas de trasplantes a nivel mundial, tal es el caso de España, país en el que se veda cualquier posibilidad de que el menor de edad pueda consentir la extracción de alguno de sus órganos independientemente de su edad o madurez. En tanto que en Francia a pesar de que el consentimiento que se requiere para la donación por parte de un menor le corresponde a quien ejerce la patria potestad, establece una estricta vigilancia por parte de un comité de expertos, quienes verificarán que el menor fue debidamente informado.

Por todo lo anterior, me parece que lo más apropiado es hacer una adición al mismo artículo 332 de tal forma que le permita al menor de edad expresar su consentimiento sobre la extracción no sólo de la médula ósea, sino, incluso de sus órganos, siempre y cuando se garantice que el menor ha comprendido la información que se le ha proporcionado en función de su edad y madurez, toda vez que es una pena que en nuestra legislación no se conceda ese beneficio al menor de edad quien finalmente será el donador.

---

<sup>89</sup> Tratado impulsado por el [Consejo de Europa](#) que relaciona la [bioética](#) con la defensa y promoción de los derechos humanos, en ámbitos nuevos como la [biomedicina](#), firmado en abril de 1997 en la ciudad de [Oviedo](#).

<sup>90</sup> Brena Sesma, Ingrid. *Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. nueva serie. año XXXV. núm. 105. septiembre-diciembre 2002. México. Pág. 797-816.

En cuanto a las personas mayores de edad cuya capacidad de obrar se encuentre por determinadas razones limitada en cuanto al consentimiento válido sobre la extracción de alguno de sus órganos para ser trasplantados a otra persona, esta posibilidad es rechazada por la propia ley de nuestro país, dejando de lado incluso la procedencia de la representación legal, ya que independientemente de que ningún beneficio le traerá a su representado, el incapacitado carece de discernimiento para entender e, incluso, querer libre y conscientemente los efectos de una intervención de esta naturaleza en virtud de su incapacidad.<sup>91</sup> Dentro de este supuesto se encuadran todas aquellas personas que establece el artículo 450, fracción II del Código Civil. Conforme este criterio la Ley General de Salud en su artículo 322 establece:

Artículo 322. "...En el caso de los incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte".

Por otra parte, la segunda a fracción del artículo 326 de la Ley General de Salud protege la integridad física no sólo de la madre, sino la del producto; la mujer embarazada bien puede contar con la madurez y plena consciencia para tomar esta decisión y con los sentimientos necesarios para efectuar la donación, lo que no es criticable, ya que ¿Qué donación no se lleva a cabo sin sentimientos de por medio? la restricción se debe a que la mujer embarazada no dispone únicamente ya de su cuerpo, puesto que ahora también pone en riesgo la integridad del producto.

La preocupación ha sido mucha en relación con el derecho que tenemos de disponer sobre nuestro propio cuerpo, por lo que considero es prudente reflexionemos que si se supone que se trata de nuestro propio cuerpo y aun así

---

<sup>91</sup> No todos sus derechos se encuentran restringidos, depende de su naturaleza patrimonial o personal el grado de actuación que alcancen, ya que mientras en el campo patrimonial el ejercicio de derechos y deberes se subsana a través de la representación legal; no obstante, en el ejercicio de sus derechos personalísimos su incapacidad se hace presente ante la imposibilidad absoluta de tomar sus decisiones por él mismo.

debemos hacer frente a un número importante de restricciones en cuanto al grado de disponibilidad sobre el mismo, entonces dudo bastante que podamos tener algún tipo de injerencia sobre un cuerpo ajeno.

## **6. La regulación de la donación en la Ley General de Salud**

La ciencia jurídica ha procurado regular esta admirable acción humana con el propósito de evitar futuros conflictos que pudieran suscitarse por esta causa; sin embargo, es prácticamente imposible que se puedan prever cada una de las conductas. De hecho no se ha avanzado jurídicamente hablando tan rápido como en el aspecto médico en materia de trasplantes; por tanto lo que se sigue buscando es que si estos dos aspectos no se pueden desarrollar a la par, al menos el Derecho no se encuentre desfasado de la realidad.

La normativa de la donación y trasplantes de órganos suele atender a tres objetivos principales: 1. La facilitación en la obtención de órganos viables, a la par de la obtención de otros elementos biológicos para su posterior trasplante; 2. Proteger los derechos y bienes individuales del donante y del receptor en igualdad de circunstancias; y 3. Señalar a los profesionales médicos y a las autoridades sanitaria que actuarán dentro del marco jurídico.

La ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, derogando el Código Sanitario. En esta ley se introducen términos muy específicos como “disponente originario” que es la persona que tiene el derecho de disponer de su propio cuerpo; “disponente secundario” comprende al cónyuge, concubinos, ascendientes, descendiente, así como parientes colaterales hasta segundo grado del disponente originario; en caso de que no exista ningún pariente podrá disponer del cuerpo la autoridad sanitaria. Esta Ley ha sido objeto de varias reformas, más las realmente representativas son de los años 2000 y 2004.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> La reforma a la Ley General de Salud del año 2000, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 2000; en tanto la reforma de 2004 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de noviembre del mismo año.

En la reforma de 2000 se incorpora a la Ley el consentimiento tácito, a través del cual toda persona que fallece es considerada como donador con un par de condiciones, la primera versa en el hecho de que el donador no haya manifestado por escrito público o privado su negativa para ser donador; la segunda es la obtención del consentimiento de alguno de los disponentes secundarios.

En lo que toca a la donación inter vivos el artículo 333 de la Ley General de Salud establecía:

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

...VI. Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea no será necesario este requisito..."

El contenido del artículo anterior de acuerdo a los legisladores respondía a los principios de altruismo y gratuidad en la donación de órganos, puesto que presuponían que si el donante y el receptor compartían lazos de esta naturaleza eliminaría cualquier posibilidad de lucro.<sup>93</sup>

Con la finalidad de establecer una organización administrativa a la Ley, se expidió el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos el 20 de febrero de 1985, que a grandes rasgos regula los fines terapéuticos y de docencia

---

<sup>93</sup> Sin embargo, no estoy de acuerdo con la afirmación que hizo el legislador acerca de que solamente así se aseguraba la gratuidad en la cirugía, ya que aun siendo parte de la misma familia finalmente nada garantizaba que si bien es cierto no se lucrara, probablemente si se obtuviera un contraprestación. Además para evitar la comercialización de los órganos el legislador emitió algunas medidas como la necesaria autorización sanitaria para efectuar la cirugía; la existencia de un comité interno de trasplantes un coordinador y un comité institucional en bioética para la supervisión de las acciones.

para la disposición de los órganos. Además regulaba la competencia de la Secretaría de Salud para emitir las normas técnicas.<sup>94</sup>

Para el 2004, el artículo 333 de la Ley General de Salud fue reformado ampliando las posibilidades en la donación de órganos, omitiendo la restricción por parentesco obligatorio en las modalidades establecidas antes de la reforma, para quedar de la siguiente forma:

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

...VI. Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

a) Obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria, donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica;

b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante.

c) Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la secretaria para comprobar que no se está lucrando con esa práctica”.

---

<sup>94</sup> Domínguez García Villlobos, Jorge. *Trasplantes de órganos. Aspectos jurídicos*. Porrúa. México. 1996. Págs. 10-11. Las normas técnicas que se emitieron fueron la *Norma Técnica 277 para la disposición de sangre humana y sus componentes, publicada el 29 de enero de 1988*; así como la *Norma Técnica 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos* publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de noviembre de 1988, homologando criterios en cuanto al Registro Nacional de Trasplantes.

Por tanto, la vigente fracción VI del artículo 333 fue modificada en virtud de que fue considerado como inconstitucional el texto anterior, ya que limitaba las donaciones *inter vivos* a parientes únicamente relacionados.<sup>95</sup> Muchas fueron las justificaciones que se intentaron promover para el contenido de esta fracción, por cierto todas relacionadas con los lazos de afecto; sin embargo, la que considero más coherente con la realidad y que no mencionaron los legisladores es la que atendía a consideraciones de carácter médico, puesto que con el parentesco genético se reducía al máximo la posibilidad de un rechazo.

En cuanto al consentimiento, la Ley General de Salud considera que es tácito cuando, el donador en vida no haya manifestado su negativa a donar.

Artículo 324. "Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componente sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento 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 ser firmado por éste, o bien, la negativa expresa podrá constar en alguno de los documentos públicos que para este propósito determine la Secretaria de Salud n coordinación con otras autoridades competentes.

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

---

<sup>95</sup> *Donación de órganos. Inconstitucionalidad del artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud.* Serie decisiones importantes de la SCJN. México. 2004. Págs. 68-70. La Suprema Corte de justicia de la Nación consideró violatoria de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la fracción VI, del Artículo 333, toda vez que el pleno estimó que la causa final de la garantía establecida en el artículo 4º de la Constitución es la procuración y el bienestar de los seres humanos, obteniendo una mejor calidad de vida y prolongándola. Al mismo tiempo determinó que el derecho a la protección de la salud vinculado al reconocimiento de la dignidad humana en su artículo 1º se fundamente en el apoyo que debe brindar el Estado para conservar, mejorar y recuperar la salud. Tal razonamiento fue el resultado del Amparo en Revisión 115/2003.

Este mismo artículo establece un orden de prelación con respecto a los familiares que podrán otorgar el consentimiento sobre la disposición del cuerpo humano en el que se ha comprobado que acaba de perder la vida, ya que el consentimiento tácito opera únicamente *mortis causa*.

No obstante, el hacer participe a la familia de la disposición del cuerpo debe buscar únicamente que el familiar trasmita la voluntad del ahora difunto. Con la solicitud de permiso que se hace a los familiares es un hecho que se está actuando contrariamente a lo que la propia Ley establece en cuanto a la inviolabilidad de la integridad física, además de estar permitiendo una labor educativa hacia la población totalmente errónea,<sup>96</sup> ya que se hace creer a los familiares que son titulares de derechos sobre los cadáveres que en realidad no le corresponde ejercitar.

## **7. Sistema Nacional de Trasplantes**

El Sistema Nacional de Trasplantes es el conjunto de organismos, instituciones y centros hospitalarios<sup>97</sup> que facilitan la donación de órganos y tejidos en el territorio nacional, cumpliendo siempre con los lineamientos y políticas que determina la Ley General de Salud. Por tanto, este sistema es el resultado de los esfuerzos de todas las instituciones y establecimientos de salud.

Los establecimientos de salud requieren de autorización sanitaria que solamente será otorgada cuando se cuente con la infraestructura, instrumental, equipo e insumos, así como con un responsable sanitario. Deberán contar con un comité interno de trasplantes y con un coordinador de estas acciones, siendo

---

<sup>96</sup> Romeo Casabona, Carlos. *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*. Comares. Granada. 2005. Págs. 40-41.

<sup>97</sup> *Donación de órganos. Inconstitucionalidad del artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud*. Serie decisiones importantes de la SCJN. México. 2004. Pág. 34. También intervienen organismos no gubernamentales y fundaciones, instancias procuradoras de justicia a nivel federal y estatal, empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos de transporte tanto aéreos como terrestres. Todos coordinados con el Centro Nacional de Trasplantes con el objeto de facilitar la distribución de los órganos.

supervisados estas a su vez por su comité institucional de bioética. Su estructura es la siguiente:

- a) Consejo Nacional de Trasplantes (CONATRA).
- b) Centro Nacional de Trasplantes (CENATRA).
- c) Consejos Estatales de Trasplantes (COETRAS).
- d) Centros Estatales de Trasplantes (CEETRAS).

#### **a) Consejo Nacional de Trasplantes**

Fue creado por acuerdo del Ejecutivo federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999, como una comisión intersecretarial de la administración pública federal. Efectúa acciones interinstitucionales de los sectores público, social y privado, con la finalidad de lograr la promoción, apoyo y coordinación en materia de trasplantes; reduciendo el número de personas enfermas, por padecimientos que pueden ser subsanados a través de esta cirugía. Todo con apego a las políticas del Sistema Nacional de Salud.

Este Consejo se integra por: el Secretario de Salud, quién lo presidirá; el Secretario de la Defensa Nacional; el Secretario de Marina; el Secretario de Educación Pública; un representante de la Secretaría de Salud; el Director de Instituto Mexicano del Seguro Social; el Director de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado; además, el Secretario de Salud invitará a participar a un representante de la Procuraduría General de la República, de la Universidad Nacional Autónoma de México, del Instituto Politécnico Nacional; a los presidentes de las academias Nacional de Medicina, Mexicana de Cirugía y Mexicana de Ciencias; así como todas aquellas personas e instituciones que por su experiencia puedan auxiliar al Consejo. Contará además con un secretario técnico y un patronato.

Su estrategia estriba en la equidad en nuestro país; desarrollando acciones para atención médica especializada adecuándolas a las necesidades de la población, a través del fortalecimiento y ampliación de la infraestructura del sistema, dirigiéndose hasta los grupos más vulnerables. A nivel técnico e interpersonal se encarga de desarrollar mecanismos para detección temprana de los donantes de órganos para la realización de los trasplantes, además de capacitar al personal médico en los tres niveles de atención, establece un modelo general de atención para garantizar un servicio eficiente.

### **b) Centro Nacional de Trasplantes**

Fue creado por ley el 26 de mayo del 2000. Es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, conforme lo establecido en el Artículo 2º; letra C, fracción VI del Reglamento Interior de la Secretaría. Una de sus facultades más importantes es el control sanitario de las donaciones y trasplantes humanos, con el fin de contribuir al desarrollo terapéutico de los trasplantes en el país, enfocándose al tratamiento de enfermedades crónico degenerativas emergentes, tratando de conservar la vida de los pacientes a un costo significativo. Le corresponde otorgar constancia del mérito y altruismo con que actuó el donador y su familia a través del testimonio correspondiente que los reconozca como benefactores de la sociedad.<sup>98</sup>

Le corresponde la vigilancia del Registro Nacional de Trasplantes, conforme lo dispuesto en el Artículo 338 de la Ley General de Salud.

Artículo 338. "El Centro Nacional de Trasplantes tendrá a cargo el Registro Nacional de Trasplantes, el cual integrará y mantendrá actualizada la siguiente información:

- I. Los datos de los receptores, de los donantes y fecha del trasplante;
- II. Los establecimientos autorizados conforme al artículo 315 de esta Ley;

---

<sup>98</sup> Desde mi punto de vista este reconocimiento funge como una contraprestación, la cual tengo que aclarar desde no es económica, pero es una forma de dar las gracias y cumple en todo caso con los principios bajo los cuales se rige la donación.

III. Los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes.

IV. Los pacientes en espera de algún órgano o tejido integrados en listas estatales y federales; y

V. Los casos de muerte cerebral.

En los términos que precisen las disposiciones reglamentarias, los establecimientos a que se refiere el artículo 315 de esta Ley y los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan trasplantes deberán proporcionar la información relativa a las fracciones I, III, IV y V de este artículo”.

Al Registro Nacional de Trasplantes le corresponde la operación y actualización del registro de los posibles donadores y receptores; se encarga de la asignación de los órganos a los receptores, llevando un control de las donaciones efectuadas en todo el país, por lo que funciona como un centro nacional de referencia; esta información es proporcionada por todas las instituciones y hospitales del país autorizados para el trasplante o disposición de órganos con el fin de mantener una base de datos confiable logrando que el proceso de donación y asignación sea más ágil. También lleva un registro de los establecimientos de salud y Bancos de órganos, así como de los profesionales que han participado en este tipo de cirugías, ya que deben estar inscritos en este registro.<sup>99</sup>

### **c) Consejos Estatales de Trasplantes**

Son organismos públicos del poder ejecutivo de las entidades federativas, se encargan de apoyar, promover y aplicar las acciones y programas en materia de donación y trasplantes con fines terapéuticos en cada uno de los Estados. Su creación es promovida por el Consejo Nacional de Trasplantes.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> La facultad de vigilancia le corresponde desde el 30 de junio de 2003 a la Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios, como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, ya que se le asignaron diversas facultades en materia de disposición de órganos, tejidos y células humanas.

<sup>100</sup> [www.cenatra.gob.mx](http://www.cenatra.gob.mx)

#### **d) Centros Estatales de Trasplantes**

Son organismos de enlace y comunicación de los establecimientos autorizados para realizar trasplantes con el Centro Nacional de Trasplantes y trabajan en coordinación para la asignación de órganos y promoción de la cultura de la donación en cada una de las entidades federativas.<sup>101</sup>

Sin embargo, es una pena lo evidente que es la falta de organización en los Consejos y Centros Estatales de trasplantes, ya que estos mismos organismos han manifestado en repetidas ocasiones los conflictos que mantienen desde su creación con las agencias de Ministerio Público, quienes por lo regular se niegan a cooperar en la entrega de los cadáveres de personas desconocidas para su empleo a favor de la investigación y la docencia.

El Sistema Nacional de Trasplantes se ha fortalecido con el paso del tiempo; sin embargo, no basta con que las instituciones y establecimientos de salud mejoren en cuanto a infraestructura, o que los médicos estén mejor capacitados. Es indispensable que la población tome consciencia de la gran responsabilidad que tiene con relación a la donación y trasplante de órganos. El porcentaje de donantes está muy por debajo del de los receptores, puesto que aun cuando estos últimos se encuentren en lista de espera, es un hecho que un porcentaje importante perderá la vida antes de que llegue su turno.

---

<sup>101</sup> *Ibíd.* Pág. 38.

## CAPÍTULO 4

### LA DONACIÓN DE ÓRGANOS COMO PROBLEMA JURÍDICO SOCIAL

Un tema como el de la donación y el trasplante de órganos humanos no debe ser analizado únicamente desde el punto de vista ético, es necesario revisar su contenido jurídico, con la finalidad de que sea una actividad cada vez más aceptada y practicada por las personas en general. Es un hecho que la forma en cómo se ha ido desarrollando el acto de la donación de órganos ha rebasado por mucho a la regulación actualmente en vigor.

En este contexto, el Estado ha procurado tomar las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de afectación a la integridad física de la persona y a su dignidad, en igualdad de circunstancias para el donador y para el receptor. Tal ha sido la preocupación del Estado por proteger al ser humano que su regulación inicia con el *nasciturus* y se extiende hasta el cadáver.

#### 1. Status jurídico del cadáver

No debemos olvidar que el cadáver alguna vez fue una persona y, por tanto, gozó de una serie de derechos y obligaciones que emanaron de la personalidad que adquirió con el nacimiento. Sin embargo, una vez que se pierde la vida el *status* jurídico evidentemente se modifica, aparentemente sus derechos y obligaciones desaparecen en virtud de la imposibilidad jurídica de ejercerlos por sí mismo.

Esta aparente pérdida de derechos se debe a la naturaleza jurídica con la que actualmente se califica al cadáver, entendiendo al mismo como una “cosa de naturaleza especial” en virtud de que alguna vez fue una persona.

Desde el punto de vista jurídico, la doctrina ha definido a la persona como el sujeto de derechos y obligaciones, lo que le ha permitido dentro de este orden jurídico la posibilidad de que le sean imputadas las consecuencias de derecho.<sup>102</sup>

Recordemos que gracias al *status* jurídico de persona se obtiene la personalidad jurídica<sup>103</sup> que inicia con el nacimiento y se extingue con la muerte, es por ello que cuando el hombre termina su existencia física, también lo hace su vida jurídica, motivo por el cual es de suma importancia determinar el momento exacto en que ocurre la muerte.

### **Derechos sobre el cadáver**

He hablado en los capítulos anteriores de que el Estado ha protegido de manera especial el derecho sobre la integridad corporal, toda vez que al transgredir este derecho se está atentando contra la vida y la libertad del ser humano, por lo que ha reconocido que en realidad este derecho es auténtico de la personalidad. Por ende, no sólo regula las permisiones y límites que tenemos de forma personal sobre nuestros cuerpos, sino también sobre el de los demás. De esta forma el ordenamiento jurídico persigue el respeto por parte de los terceros de la titularidad que sobre ellos tiene el ser humano de forma exclusiva.<sup>104</sup>

En la actualidad las extraordinarias utilidades que emanan del cadáver humano han suscitado un debate entre el supuesto derecho que tienen los familiares sobre el cuerpo de quien acaba de fallecer y los derechos que de su propio cadáver que ejerce el ser humano. El cadáver ha dejado de ser una persona para convertirse en una cosa; sin embargo, se trata de una “cosa especial”; el carácter de especial se le confiere con relación a la dignidad que en

---

<sup>102</sup> Baqueiro Rojas, Edgar. *Derecho civil. Introducción y personas*. Oxford. México. 2007. Pág. 133.

<sup>103</sup> Rico Álvarez, Fausto. *Teoría general de las Obligaciones*. Porrúa. México. 2007. Pág. 23. La personalidad es el reconocimiento formal por parte del Estado, para la actuación de la persona, traduciéndose en la calidad de ser sujeto de derechos y obligaciones.

<sup>104</sup> Moro Almaráz, María Jesús. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Bosch. Barcelona. 1988. Pág. 57.

algún momento tuvo esa persona. La Ley General de Salud en el artículo 346 establece que el cadáver no puede ser objeto de propiedad, por lo que deberá ser tratado con respeto y consideración, negando entonces que sea una cosa, ya que de lo contrario permitiría la posibilidad de apropiación del cadáver; no obstante, evita definir lo que es.<sup>105</sup>

Entonces la cuestión es la siguiente ¿La persona tiene derechos sobre su cadáver? O bien, ¿a quién le corresponde ejercitar estos derechos? Con anterioridad afirmé que el cadáver pierde aparentemente sus derechos, ya que al morir evidentemente pierde la capacidad de ejercicio sobre los derechos personalísimos que le corresponden, no así sobre los derechos de carácter patrimonial; no olvidemos que la persona cuenta con el derecho de disponer lo que ocurrirá con sus bienes a través del testamento, dejando tales disposiciones a sus herederos o legatarios como lo establece el artículo 1344 del Código Civil.

Sin embargo, es prácticamente imposible que por medio del testamento se establezcan ciertas condiciones a sus herederos y/o legatarios, tales como la disposición de sus órganos una vez que muera. Recordemos que el contenido del testamento es patrimonial y que las condiciones testamentarias de hacer sólo tienen efectos resolutivos. Además, la tramitación de la sucesión no es tan expedita como se necesita para la donación *post mortem*.<sup>106</sup> Cabe mencionar que en otros países, como España, si tiene instrumentos jurídicos especializados para este tipo de disposiciones, tal como el testamento vital o documentos de voluntades anticipadas.

En México una persona puede disponer de su cuerpo una vez que muera para efectos de donación de órganos por medio de dos instrumentos. El primero es la tarjeta de donador aplicable a nivel nacional y el segundo que sólo existe en

---

<sup>105</sup> Bazúa Witte, Alfredo. Op. Cit. Pág. 41.

<sup>106</sup> Esta figura pierde toda utilidad ya que se requiere de la inmediatez para actuar en la extracción de los órganos, de lo contrario se perdería la utilidad de la cirugía ante el plazo perentorio que presentan los órganos para su trasplante.

el Distrito Federal denominado documento de voluntad anticipada. La tarjeta de donador, se expide por el Centro Nacional de Trasplantes; considerada como la declaración unilateral de la voluntad del donador; por tanto, obliga a quien así expresa su voluntad a donar sus órganos una vez que haya perdido la vida, siendo perfectamente revocable únicamente por él mismo antes de su muerte, ya sea a través de escrito público o privado como lo determina la Ley General de Salud.

Artículo 329. “El Centro Nacional de Trasplantes hará constar el mérito y altruismo del donador y de su familia, mediante la expedición del testimonio correspondiente que los reconozca como benefactores de la sociedad.

De igual forma el Centro Nacional de Trasplantes se encargará de expedir el documento oficial mediante el cual se manifieste el consentimiento expreso de todas aquellas personas cuya voluntad sea donar sus órganos, después de la muerte para que estos sean utilizados en trasplantes”.

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 esta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante determinadas circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione su 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”.

El segundo caso es el del Documento de Voluntad Anticipada; la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal<sup>107</sup> de la siguiente forma:

---

<sup>107</sup> Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de enero de 2008.

Artículo 3. "Para efectos de esta Ley se define y entiende por:

...V. Documento de Voluntad Anticipada: consiste en el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, sería, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la Obstinación Médica..."

Artículo 7. " El documento de voluntad anticipada podrá suscribirlo:

- I. Cualquier persona con capacidad de ejercicio;
- II. Cualquier enfermo en etapa terminal, medicamente diagnosticado como tal;
- III. Los familiares y personas señaladas en los términos y supuestos de la presente Ley, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por si mismo su voluntad; y
- IV. Los padres y tutores del enfermo en etapa terminal cuando éste sea menor de edad o incapaz legalmente declarado.

Para los efectos de las fracciones III y IV del presente artículo el signatario deberá acreditar con el acta correspondiente el parentesco a que haya lugar".

En este mismo documento, se otorga la posibilidad de hacer la disposición sobre sus órganos y tejidos una vez que muera quien los suscribe, bajo la supervisión de la Coordinación Especializada en materia de voluntad anticipada, coordinación que no sólo lleva el control de los formatos y documentos de voluntad anticipada, también coadyuva al CENATRA en la donación y trasplante de órganos.

Artículo 46. "Son atribuciones de la Coordinación Especializada:

...III Supervisar en la esfera de su competencia:

- a) El cumplimiento de las obligaciones de los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada; y
  - b) Lo relativo en materia de trasplantes y donación de órganos;
- IV. Coadyuvar en el control y registro de donantes y receptores de Órganos y Tejidos en coordinación con el Centro Nacional de Trasplantes y los Centros Estatales de Trasplantes en el ámbito de sus atribuciones;

- V. Fungir como vínculo entre el Centro Nacional y estatales de Trasplantes en el ámbito de su competencia;
- VI. Fomentar, promover y difundir la cultura de Donación de Órganos y Tejidos en el ámbito de su competencia;
- VII. Proponer en el ámbito de su competencia, la celebración de convenios de colaboración con otras instituciones y asociaciones públicas o privadas en las que se promuevan y realicen Trasplantes de Órganos y Tejidos...”

Artículo 47. “Las disposiciones derivadas de la Voluntad Anticipada establecidas en el presente capítulo en materia de Trasplantes y Donación de Órganos se regirán por lo dispuesto en la Ley de Salud para el Distrito Federal y en la Ley General de Salud, en los términos que las mismas determinen en lo conducente y aplicable en el Distrito Federal”.

En este contexto, ambos instrumentos coinciden en ser declaraciones unilaterales de la voluntad que emanan de quienes los suscriben; de la misma forma, ambos pueden ser revocados antes de su muerte por ellos mismos. Es evidente, que los artículos transcritos únicamente hacen referencia a la disposición expresa que haga el donador en vida para después de su muerte; no obstante, a pesar de que en nuestro país no existe figura o institución idónea para la disposición corporal para ser cumplida después de muerta la persona, se deja la posibilidad de que la persona “obligue” moralmente a sus familiares para que ejecuten su voluntad a ese respecto. Por tanto, un tipo de conflicto moral y jurídico se presenta cuando la Ley General de Salud establece que el consentimiento tácito de donador requiere, adicionalmente, el consentimiento de los familiares. A este respecto, también estoy en desacuerdo por las razones que ha argumentado en el capítulo anterior, en el sentido de que la familia no posee ningún derecho sobre el cadáver, sólo trasmite a las autoridades competentes la que fuese la voluntad de la persona que ha fallecido. Los familiares únicamente tienen una función interpretativa de lo que en vida expresara la persona, más no de disposición sobre el cuerpo de ella, sobre el cadáver.

La imposibilidad de disposición de cuerpo ajeno, aun cuando aquél ha perdido la vida, deriva del hecho de que se trata de un derecho personalísimo, por

lo que esta restricción debe de atender y satisfacer enteramente a los valores y convicciones de nuestra cultura,<sup>108</sup> por ende, nadie más puede disponer del cuerpo humano sin vida, en virtud de que el cadáver no es objeto de propiedad.<sup>109</sup> Es el mismo titular del derecho personalísimo el único que puede disponer lo que ocurrirá con su cuerpo una vez que haya perdido la vida con fines de donación y trasplante e, incluso, de investigación en aras de la preservación de la vida y de la dignidad humana.

Por tanto, de la misma manera que se reconoce el derecho sobre la integridad física y la disposición del propio cuerpo, me parece completamente razonable que el único derecho reconocido sobre el cadáver, sea el que la propia persona *ante mortem* determine.

### **El cadáver como una cosa de naturaleza especial**

El cadáver ha sido calificado como una “cosa especial” ante la imposibilidad más jurídica que moral<sup>110</sup> de definir lo que es el cuerpo humano una vez que ha perdido la vida; sin embargo, no se puede dejar de regular una realidad por no ajustarse a las figuras y modelos que el Derecho ha establecido, ya que se

---

<sup>108</sup> Es de tomarse en cuenta que la evolución del hombre y el gran progreso alcanzado en la ciencia y la tecnología han dotado de un sentido completamente distinto a las prácticas ancestrales en las que se consagraba la intangibilidad del cadáver como una exigencia fundamental para la dignidad del ser humano que ha perdido la vida; sin embargo, ahora estas prácticas se enfrenta al dilema de aceptar como lícitas todas aquella prácticas que en un momento dado fueron consideradas condenables. Romero Casabona, Carlos. *Nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*. Comares. Granada. 2005. Págs. 162-163.

<sup>109</sup> No puede ser objeto de propiedad, ya que tal afirmación nos llevaría implícitamente al reconocimiento de que se cuenta con el *ius utendi*, teniendo la facultad de servirse de la cosa, utilizando todos o algunos de los componentes del cuerpo de forma arbitraria sin consideración alguna en beneficio propio de un tercero; del *ius fruendi* teniendo el derecho de recoger los frutos, considerando dentro de este rubro a la sangre y demás fluidos corpóreos; y finalmente teniendo un *ius abutendi* pudiendo consumir la cosa a tal grado de contar con la libertad para enajenarla, otorgando la posibilidad de que el cuerpo sea objeto de comercio.

<sup>110</sup> La falta de definición de lo que es un cadáver se debe a que el Derecho considera dentro de su reglamentación que el cuerpo humano una vez que ha perdido su personalidad ha dejando de contar con la titularidad de sus derechos, por lo que requiere de mayor protección, la cual no será negada bajo ninguna circunstancia; sin embargo, la protección otorgada por el Estado en realidad responde a la carga sentimental que tienen los familiares hacia el cadáver. Angoitia Gorostiaga, Víctor. Op. Cit. 115.

encontraría desfasado. La naturaleza jurídica que se le ha otorgado responde a la dicotomía que desde siempre ha efectuado el Derecho en la que por exclusión todo lo que no goce de la calidad de persona es cosa o derecho.

A pesar de que la conceptualización del cadáver como una cosa especial ha sido objeto de varias críticas, no deja de reconocerse que es la acepción que jurídicamente más se ajusta a lo que se entiende por este cuerpo sin vida. Jurídicamente hablando “la cosa” como tal es comprendida como el género en relación con los bienes; por tanto, se entiende por cosa todo aquello que es útil al hombre y que a su vez es objeto de apropiación.<sup>111</sup> En este sentido se afirma que es una cosa, toda vez que cuenta con características tales como la sustantividad material y la susceptibilidad de tener un valor no en sentido económico sino en sentido social en virtud de la satisfacción a las necesidades de la humanidad.<sup>112</sup>

Lo cierto es que sobre el cadáver se efectúan actos de disposición que se manifiestan como cualquier titularidad de dominio a través de la potestad que ejerce sobre sí mismo, este poder al momento de ser ejercitado ante los demás hombres simplemente adquiere la calidad de un derecho; sin embargo, no debemos olvidar que este dominio debe atender a la defensa de la dignidad del ser humano, no porque se le otorgue la calidad de cosa al cadáver la integridad física puede alterarse de forma tal que responda únicamente al tan temido utilitarismo<sup>113</sup> dejando de lado la dignidad del cadáver.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> De Ibarrola, Antonio. Op. Cit. Pág. 79.

<sup>112</sup> Bergoglio de Brouwer, María Teresa. *Trasplante de órganos*. Hammurabi. Buenos Aires. 1983. Págs. 176-178.

<sup>113</sup> *Formación continuada de donación y trasplantes de órganos y tejidos*. Instituto Nacional de Salud. Madrid. 1998. Pág. 425. En este sentido, podemos hablar de un utilitarismo médico y uno social; el único utilitarismo que se puede justificar, es el médico, el cual pretende maximizar los parámetros sanitarios de un conjunto de pacientes con la finalidad de proporcionarle una mayor esperanza y calidad de vida, claro con el mínimo de riesgo; en tanto, el utilitarismo social persigue beneficios sociales y globales basando sus decisiones entre los pacientes que le son más útiles o perjudiciales a la sociedad, ergo, resulta mucho más difícil de justificar.

<sup>114</sup> Se usa el término “dignidad del cadáver” con el propósito de evidenciar la alta consideración que se le debe tener al cadáver que propiamente no tiene dignidad, la dignidad la tuvo la persona en vida y derivado de ella se le tiene tal consideración a su cuerpo sin vida.

Para el maestro Gutiérrez y González la cosa en sentido jurídico es: “Toda realidad corpórea o incorpórea interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en la relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular”.<sup>115</sup>

Al estructurar su definición de esta manera, afirma que las cosas bien pueden ser internas o externas en el ser humano, ya que si sólo considerara a las externas se dejaría de lado a los órganos humanos. En este contexto el *status* de cosa en relación al cadáver se ha ido modificando, esta modificación aun cuando no es radical, al menos si implica un gran avance en el que se comienza a ver al cadáver como una extensión de la personalidad, apoya además su criterio con la afirmación de Ennecerus: “...el cuerpo del hombre vivo no es cosa ni tampoco objeto. A él pertenece también aquello que en las concepciones del tráfico es considerado como miembro o parte de la personalidad humana...”

Esta postura se acompaña del argumento lógico de la desprotección jurídica que sufre el cadáver al ser privado de la personalidad y, por ende, de todos los derechos que tenía como persona; afirmando que se deja al cadáver a merced de una serie de actuaciones que bien pueden efectuarse a favor de los vivos, dichas prácticas evidentemente atentan contra todo reconocimiento de la dignidad humana del cadáver. En este contexto, el periodo de tránsito entre el último aliento de vida y el acceso del cadáver a su eterno descanso desde siempre ha representado para el hombre la trascendencia antropológica.<sup>116</sup> En la actualidad este periodo ha adquirido todavía mayor importancia, siendo el propicio para que el cadáver pueda ser sometido en función de los intereses de la vida de otras personas.

Bajo este contexto, lo ideal es que quien debe tomar la decisión acerca de lo que ocurrirá con su cuerpo una vez que pierda la vida es la propia persona, por

---

<sup>115</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 73.

<sup>116</sup> Tolivar Alas, Leopoldo. *Dogma y realidad del derecho mortuario español*. Aranzadi. Pamplona. 1997. Pág. 419.

la sencilla razón de que independientemente de quién haya manifestado el consentimiento para la donación *mortis causa*, ésta es tratada legislativamente de forma distinta a la donación *inter vivos*, puesto que pasa a segundo termino la integridad física del donante echando abajo esta protección que en vida se entiende como un gran obstáculo.<sup>117</sup>

En virtud de los argumentos anteriores se demuestra la necesidad de que el Derecho renueve sus parámetros con los cuales en un momento determinado debe de proteger los valores y convicciones propias de nuestra sociedad.<sup>118</sup>

## **2. Responsabilidad del Estado frente a la donación de órganos**

Contrariamente a lo que se pudiera pensar el Estado elevó a nivel constitucional el derecho a la salud hasta 1983 mediante el artículo 4º, párrafo tercero. Este reconocimiento no se hizo antes toda vez que el Estado consideraba que no podía garantizar un total estado de salud para la población, en virtud de que esa responsabilidad no le correspondía completamente a él, debía ser una responsabilidad conjunta entre el Estado y el gobernado.

El derecho a la protección de la salud se encuentra expresamente regulado en la parte dogmática de la Constitución, como si se tratara de una garantía individual;<sup>119</sup> sin embargo, se trata de una garantía de carácter social, y, por tanto, esta clasificación obliga al Estado a generar las condiciones apropiadas para cubrir esta necesidad a favor de la población del país. De esta manera la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 4. "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

---

<sup>117</sup> Brena Sesma, Ingrid. *El derecho y la salud. Temas a reflexionar*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004. Pág. 132.

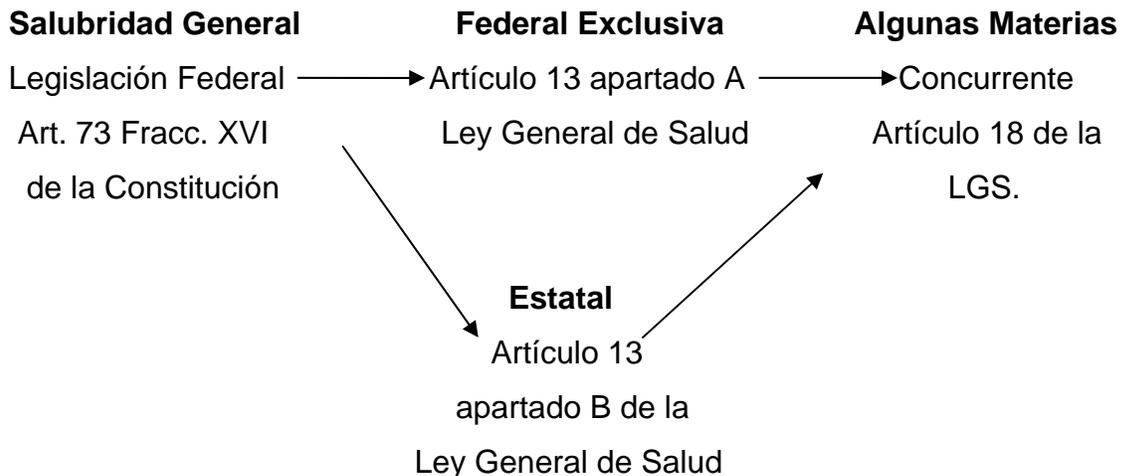
<sup>118</sup> Soto Lamadrid, Miguel Ángel. *El trasplante de órganos y tejidos humanos en la legislación española*. Santillana. Madrid. 1982. Pág. 161.

<sup>119</sup> Fernández Ruíz, Jorge. *Servicios públicos de salud y temas conexos*. Porrúa- Facultad de derecho. México. 2006. Pág. 6.

conurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución”.

En este contexto le corresponde al Congreso de la Unión la facultad para legislar en materia de salubridad general, conservando el principio de que lo que no se encuentre especialmente conferido a la Federación, será competencia de los gobiernos locales. Con la finalidad de procurar una mayor regulación sobre el rubro de la salud es que del artículo 4º se desprendió la Ley General de salud, siendo esta ley reglamentaria la encargada de regular el ambicioso programa de salud que busca proporcionar servicios de salud con el objeto de superar y mejorar las condiciones de vida de la población.<sup>120</sup>

El sector salud distribuye las competencias de la siguiente forma:



El esquema anterior nos muestra que la normatividad en materia de salubridad general le corresponde tanto a la Federación como a las entidades federativas; el artículo 13 de la Ley General de Salud en su apartado “A” delimita las facultades correspondientes a la Federación, las cuales atienden a la organización y operación de los servicios a nivel nacional. En tanto el apartado “B”

<sup>120</sup> Moctezuma Barragán, Gonzalo. *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2000. Pág. 28.

determina las facultades que poseen las entidades federativas dentro de su propia jurisdicción, encaminadas en términos generales a coadyuvar a la consolidación del Sistema Nacional de Salud.

Por tanto, el Estado adquiere la responsabilidad de proteger a la población de todas aquellas situaciones que pongan en riesgo o afecten la salud de la misma.

De forma concreta la regulación sobre la disposición de órganos y cadáveres de seres humanos le corresponde a la Federación de acuerdo con el artículo 13, apartado "A", fracción II de la Ley General de Salud.

Artículo 13. "La competencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme lo siguiente:

A) Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la secretaria de salud:

...II. En las materias enumeradas en las fracciones I, III, V, VI, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII y XXIX, del Artículo 3o. de esta Ley, organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento por sí o en coordinación con dependencias y entidades del sector salud..."

Artículo 3. "En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:

...XXVIII. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos..."

Es claro que el Estado tiene una gran responsabilidad con respecto a la regulación de la donación de órganos; sin embargo, como ya lo había mencionado anteriormente ninguna norma jurídica puede regular todos aspectos éticos y técnicos en esta materia. En este contexto, lo que se ha buscado con la regulación es cumplir con la finalidad de procurar al máximo la vida y la salud de todos y cada uno de los miembros de la población.

El papel del Estado en materia de la obtención de órganos con finalidades terapéuticas ha sido sumamente complejo, puesto que por un lado debe de velar específicamente por salvaguardar al máximo la integridad física de los donadores y de los receptores y; por el otro, debe regular a la donación y al trasplante de órganos como parte de una realidad que se ha desarrollado *per se* de tal manera que ni siquiera ha necesitado esperar su reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico. De hecho su posición se torna aun más compleja al garantizar sobre todas las circunstancias la gratuidad de la donación encargándose de cubrir absolutamente todos los gastos relacionados con la cirugía sustitutiva, salvaguardando los principios éticos y jurídicos de la misma.

La intervención del Estado ha sido realmente notoria en cuanto al consentimiento tácito, ya que en este tipo de disposición sobre el cadáver debe asegurar que los órganos obtenidos sean destinados a los fines terapéuticos, como resultado de la extracción del órgano, asumiendo ante los familiares un rol equivalente al de un albacea logrando que se concrete la voluntad del donante. Una vez que los órganos y tejidos donados *mortis causa* con finalidad terapéutica han sido trasplantados, le corresponde de igual forma otorgar la protección al receptor en virtud del derecho al que se ha hecho acreedor con la cirugía sustitutiva.

No obstante, aun cuando la presencia del Estado es absolutamente necesaria en cuanto a la regulación de la disposición de parte o la totalidad del cuerpo humano, debemos recordar y comprender que en ningún momento se está buscando o defendiendo un paternalismo que determine de forma limitativa la información que se haga llegar tanto al receptor como al donador. O, en su defecto, que imponga de forma arbitraria las condiciones en las cuales procederá en virtud de su potestad a la extracción de un órgano humano o la disposición del cadáver con fines científicos en aras de salvar y prolongarle la vida a otro miembro de su población. En este contexto, Fernández Ruíz asevera: “Se define hoy a un Estado poderoso (...) como aquel que posee a los hombres más libres. La ética

del poder se rige ahora sobre la voluntad constructiva (...) Este cambio radical en la concepción del Estado subyace profundamente en la visión mexicana del derecho”.<sup>121</sup>

En esta tesitura, el Estado ha procurado regular a la donación y al trasplante de órganos de tal forma que le ha permitido actuar tanto a los donantes como receptores con la mayor libertad posible, claro siempre y cuando atiendan a los principios jurídicos y éticos propios de este acto, sin abusar del poder que posee.

### **3. Intervención y responsabilidad de los notarios en la donación de órganos**

Como se ha demostrado en el presente trabajo hablar en teoría de la donación de órganos nunca ha sido sencillo, por tanto, en la práctica el tema es aun más complejo por las razones éticas y jurídicas expuestas anteriormente. En este sentido, para la ley nunca serán suficientes las previsiones que se tomen al respecto con la finalidad de salvaguardar al máximo la seguridad jurídica del donante y del donador en este tipo de intervención quirúrgica.

La Ley General de Salud en su artículo 333, inciso “b” requiere de la participación del Notario Público de forma irremplazable, quien deberá de dar fe sobre el consentimiento expreso que el donante en vida efectúe para la ablación del órgano no esencial que desea donar. No dando opción a la elaboración de escrito privado, toda vez, que al tratarse de una ablación *inter vivos* la protección hacía el disponente originario es superior a la que se otorga *mortis causa*.

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

...b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando

---

<sup>121</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Op. Cit. Pág. 177.

que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante...”

El notario también interviene en donación *mortis causa*, ya que la Ley de voluntad Anticipada para el Distrito Federal, determina que para la celebración del documento de voluntad anticipada requiere de su participación, dando aviso a la Coordinación Especializada, para los efectos necesarios propios del documento.

Artículo 8. “El Documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

I. Realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante Notario...”

Artículo 9. “El Documento de Voluntad Anticipada suscrito ante Notario, deberá ser notificado por éste a la Coordinación Especializada para los efectos a que haya lugar”.

El Estado, en aras de proteger la seguridad jurídica de los gobernados, se apoya en el Notario Público por ser una persona investida de fe pública idónea para responder de la exigencia de licitud, transparencia, gratuidad y seguridad jurídica de este acto. En este sentido, la responsabilidad que adquiere el Notario, además de la moral, es de naturaleza civil, penal y administrativa. El artículo 222 de la Ley del Notariado del Distrito Federal dispone lo siguiente:

“Los Notarios son responsables por los delitos o faltas que cometan en el ejercicio de su función, en los términos que previenen las leyes penales del fuero común y federales. De la responsabilidad civil en que incurran los Notarios en el ejercicio de sus funciones conocerán los Tribunales. De la responsabilidad administrativa en que incurran los Notarios por violación a los preceptos de esta Ley, conocerán las autoridades competentes. De la responsabilidad colegial conocerá la Junta de Decanos, que estimará si amerita el asunto encauzarse a través de la Comisión de Honor y Justicia, y dado el caso, a través del arbitraje correspondiente. De la

responsabilidad fiscal en que incurra el Notario en ejercicio de sus funciones, conocerán las autoridades tributarias locales o federales, según el caso...”

Al tratarse de un contrato de naturaleza *sui generis* por el hecho de tener como objeto una parte del cuerpo humano en cuanto a su disposición, la responsabilidad civil por parte del Notario no podrá ser cubierta del todo mediante el pago de daños y perjuicios como en el resto de los contratos previstos por el Código Civil, toda vez que implicaría el cese del lucro obtenido para alguna de las partes, lucro que en el contrato de donación de órganos no se tiene previsto.

Por tanto, la responsabilidad del Notario estriba en la prestación y satisfacción en la elaboración del contrato de donación de órganos, otorgándole autenticidad, certeza y seguridad jurídica al mismo.

#### **4. ¿El comercio de órganos como una opción a futuro?**

El hombre está lleno de esperanzas y de temores, las esperanzas derivan de tratar de alcanzar mejores condiciones de vida y de salud como resultado de los cada vez más sorprendentes avances científicos y tecnológicos; por tanto, el temor deriva de que estos mismos avances desencadenen una serie de conductas que quebranten su dignidad a través de la degradación del ser humano.

Como una forma de hacer frente a este tipo de problemas que le plantean al Derecho, considero que es necesaria y fundamental la gratuidad en la donación de órganos y tejidos humanos por los motivos expresados en el capítulo primero de esta tesis. Paradójicamente al avance científico de nuestros días, cada vez es más frecuente escuchar de atrocidades cometidas en contra del ser humano con la finalidad de obtener de él un órgano, conductas que van desde el robo de cadáveres o el asesinato con tal fin, hasta la experimentación médico-científica<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> Por lo que no es nada extraño leer frecuentemente sobre este tipo de actos, en los que curiosamente son los medios de comunicación quienes aparentemente cuentan con un gran conocimiento dotado de un gran contenido amarillista, este matiz que se le proporciona a la

que en nada tienen que ver con la realidad. La exigencia de la gratuidad obedece a razones no sólo jurídicas, sino también sociales y, tal vez con mayor sustento, éticas, porque el problema de la escases de órganos para trasplante y el deficiente sistema sanitario en este tema que adolece nuestro país, difícilmente se puede mejorar con disposiciones jurídicas que consideren a los órganos y tejidos dentro del comercio.

Es un hecho que la acción en sí de donar una parte de nuestro cuerpo con la finalidad de beneficiar a otra persona es sencillamente extraordinaria por no decir heroica, sin necesidad de especificar que por esta acción el donante no recibe contraprestación alguna; sin embargo, no es la contraprestación económica que bien se podría considerar plenamente justificada<sup>123</sup> la que es condenada por la sociedad, es el acto en sí.

De forma prácticamente unánime se condena la extracción de un órgano humano en vida, con motivo de un acuerdo, convenio o contrato de naturaleza onerosa, en virtud de que la acción se haría en función de una remuneración.<sup>124</sup> Sin embargo, desde mi punto de vista el Derecho ya ha permitido la disposición del cuerpo ya sea en su totalidad o bien en partes a cambio de una remuneración, si bien es cierto no de forma expresamente regulada al menos si consentida tácitamente, tal es el caso de los ya tan conocidos contratos de nodriza, a través del cual una mujer que se encontrara lactando se prestaba para alimentar a una criatura que no se desprendió de su seno materno, estoy consciente que muchos podrían decir que se hace por razones de caridad evitando que el niño sufra hambre, pero aun así se cobraba una retribución; en el mismo supuesto encontramos, por ejemplo, la venta del cabello que no beneficia mas que a la vanidad. En cuanto a la extracción de sangre el Código Sanitario de 1973 permitía

---

donación y trasplante de órganos es el que final y desgraciadamente incide de manera decisiva en las tasas de donantes y receptores.

<sup>123</sup> Desde el punto de vista jurídico esta situación no es muy común, toda vez que se trata de una obligación de dar que si bien es cierto el donante ha adquirido por sí mismo, bien le corresponde de algún modo una contraprestación, siendo entonces un hecho que difícilmente es compatible con los parámetros habituales del ámbito jurídico.

<sup>124</sup> Angoitia Gorostiaga, Víctor. Op. Cit. Pág. 209.

y regulaba su retribución; no obstante, en la actualidad no se permite la retribución en este supuesto.

El Derecho ha defendido estas permisiones sobre la leche materna y la sangre afirmando que al ser sustancias no se está hablando propiamente de una parte del cuerpo, sino de un producto, cuestión que no me parece correcta, ya que finalmente emana del cuerpo, es parte de él.

En la actualidad la disposición que versa sobre todo el cuerpo es la que se hace con motivo de investigaciones efectuadas por los laboratorios, empresas y universidades en las que personas con capacidad de ejercicio se prestan para ser objeto de estudio e, incluso, de experimentación de tratamientos que si bien es cierto benefician a la sociedad en general y en la mayoría de los casos a ellos mismos por estar afectado por la enfermedad que se encuentre en investigación, también lo es que reciben una retribución ya sea en dinero o en su defecto en especie al hacerse acreedores al tratamiento médico correspondiente.

En este contexto, hay dos posturas bastante claras y completamente distintas en cuanto a la retribución que puede llegar a existir con motivo de la donación de órganos, la primera permite esta retribución, en tanto para la segunda postura es simplemente repulsiva.

### **Aceptación de la retribución económica**

El autor Jesús Martínez Garnelo en su obra *La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos humanos* defiende abiertamente la postura de que el donante reciba una retribución cuando realice este acto, afirmando que no entiende por qué motivo ha de escandalizarse la sociedad cuando se dispone de los órganos del nuestro propio cuerpo humano a cambio de una retribución si en el fondo lo que se pretende es causar un beneficio a una tercera persona que realmente necesita de un trasplante; en este contexto, en relación a la donación

*mortis causa*, afirma que es absurdo y egoísta de nuestra parte conservar un cuerpo que sin vida no tiene mayor utilidad ni proporciona ningún beneficio a la sociedad.

Incluso, desde un punto de vista extremo, Eduardo Rivera López expone un modelo de mercado para los trasplantes de órganos, en el que la venta del o de los órganos únicamente es restringida a la muerte del disponente, para beneficio de sus herederos. Este sistema requiere de agencias de compra y venta de órganos, agencias que evidentemente al convertirse en intermediarios serán quienes gocen de la mayoría de los beneficios de carácter económico.

Autores españoles como Hervada Xiberta, Marcelino Zalba, Alcántara Sampelayo y Martínez Selles, entre otros,<sup>125</sup> aceptan que el hecho de que el donante rechace la contraprestación es un mérito; sin embargo, si no lo rechazara tampoco se puede calificar al acto como ilícito. Estos autores ven a la gratuidad como una circunstancia agregada a este acto de enorme caridad, aseveran que lo que debe ser castigado es la mercantilización de los actos, en este sentido no se puede hablar de una compraventa, toda vez que no hay un precio que se fije que en realidad cubra el valor de un órgano humano. Esta contraprestación sólo representaría el resarcimiento de daños por el bien o servicio prestado, incluso reflejaría la remuneración por el tiempo invertido en los estudios de compatibilidad.

En términos generales aceptan que la gratuidad es un principio de vital importancia para la donación y trasplante de órganos; no obstante, la remuneración no debe de ser vista como una forma de enriquecimiento sin causa. Basta con evitar la mercantilización del cuerpo humano, por lo que bien podría permitirse una simple expresión de gratitud hacia el donante o su familia, no es necesario sofocar la libertad de agradecer del receptor.

---

<sup>125</sup> Angoitia Gorostiaga, Víctor. Op. Cit. Págs. 222-227.

## **Rechazo a la retribución económica**

En este sentido, la resolución WHA 44.25 de la Organización Mundial de la Salud del 13 de mayo de 1991 establece que el ser humano y sus componentes no pueden ser objeto de transacción comercial, por lo que prohíbe cualquier retribución. Es un hecho que tanto las legislaciones nacionales como internacionales se han preocupado por determinar expresamente la prohibición de que el donante reciba retribución por su acto, es por ello que el Estado se encarga de cubrir todos los gastos previos y posteriores a la cirugía para el donante y para el donatario.

La mayoría de los textos legales en materia de trasplantes incluyen en varios de sus artículos el rechazo absoluto a las prácticas comerciales basadas no solamente en compraventas sino en cualquier tipo de compensación a cambio del órgano objeto del trasplante. Por ende, se niega que la retribución que se pretenda otorgar de forma espontánea y libre tanto al donante como al familiar se considere como lícita, en virtud de la imposibilidad de garantizar que tal libertad y espontaneidad efectivamente concurren en ese momento.

En este sentido me parece que son tres las razones por las cuales se rechaza la retribución a cambio de un órgano humano con fines de trasplante, así que procederé a desarrollarlas brevemente:

La primera razón por la cual se defiende la gratuidad en la disposición del cuerpo humano es la que atiende al ámbito preponderantemente económico, ya que como lo mencioné previamente los donantes serán aquellos que usualmente tengan conflictos económicos que en ningún momento serán solucionados completamente, su solución sólo será temporal; en tanto los receptores serán aquellos que cuenten con los medios económicos para cubrir este tipo de cirugías, reduciendo estos beneficios a una parte prácticamente representativa de la

población, el resto de la población en la mayoría de las veces ni siquiera con grandes sacrificios llegarían a cubrir el costo de la cirugía sustitutiva.<sup>126</sup>

La segunda es el tan temido tráfico de órganos, el cual es prácticamente imposible que ocurra, ya que contrariamente a lo que la mayoría de las personas piensan, se requieren de una serie de condiciones que necesariamente deben cumplirse, estas condiciones no sólo responden al carácter técnico o de infraestructura en cuanto al establecimiento en que se efectúa la cirugía, los instrumentos y medios con los cuales se conserva el órgano humano, los conocimientos del cirujano, se requiere a su vez de varios estudios que avalen la compatibilidad entre donante y receptor; este último requisito es insalvable y su comprobación depende únicamente de los estudios y análisis propios, por lo que no tendría razón de ser el robo de un órgano si se desconoce la compatibilidad.

No obstante, esta segunda causa es el resultado directo de la intervención que han tenido los distintos medios de comunicación, los cuales lejos de alentar la realización de éste acto altruista, han provocado miedo y desconfianza en la mayoría de los posibles donadores con noticias realmente amarillistas que distorsionan completamente la realidad, basando sus notas informativas en una serie de rumores nunca confirmados en los que participa el “amigo de algún conocido a quien narcotizaron en algún bar, despertando al día siguiente con la falta de uno de sus riñones” la pregunta es que si se tomaron tantas molestias para extraer un riñón ¿por qué no extraer ambos riñones de una vez? ¿Cómo supieron que eran compatibles? Ya que aun cuando la estructura física sea parecida no se garantiza nada. De la misma manera, el robo de infantes responde en la mayoría de las ocasiones a la venta de los propios padres con finalidad de adopción en otros países.

---

<sup>126</sup> Estas circunstancias inequitativas bien pueden suscitar una serie de actos en países en vías de desarrollo a través de eventos aparentemente caritativos encaminados a reunir los fondos suficientes destinados a las personas que necesiten de un trasplante y que ya sea por motivos económicos o en su defecto por la rigidez o falta de regulación en estos países deban trasladarse a países que permitan la extracción. En este contexto, lo que se lograría sería una disminución en la aplicación de los recursos públicos, además de la casi inminente reducción en las donaciones altruistas.

En este orden de ideas, nadie hasta el momento ha logrado argumentar adecuadamente el hecho de que el trasplantado es un paciente que requiere de medicación y cuidados especializados (estudios pre y post operatorios) ¿Dónde están todos esos receptores procedentes del tráfico masivo de órganos de los que tanto se habla? ¿Cuántos médicos y personal de enfermería están involucrados? ¿En qué hospitales clandestinos se realizan y se sigue su evolución? Por tanto, es un hecho que el trasplante no se acaba en el quirófano, se requiere de un seguimiento de por vida, lo que asegura la falsedad de los rumores.

La última de las razones por la que no se considera como procedente el otorgamiento de una contraprestación en la donación y trasplante de órganos se debe fundamentalmente al respeto de la dignidad<sup>127</sup> del ser humano. La dignidad es tan importante para todo ser humano que aun cuando ya ha perdido la vida, la protección por parte del Estado se extiende al mismo cadáver. La afirmación de que el cuerpo humano se encuentra fuera del comercio representa la exigencia fundamental de la dignidad inherente a todo ser humano, por ello, es que siempre se ha procurado que la protección sea igualitaria para todos, lo que incluye la atención médica como ya lo hemos visto.

Una vez que he expuesto ambas posturas, en cuanto a la aceptación o el rechazo de una contraprestación económica por la donación y trasplante de órganos, es más que evidente que el rechazo a recibir una contraprestación económica es abrumador; sin embargo, me parece que son más los argumentos que se emplean para rechazar la posible remuneración no tanto por tratar de prever esta situación que definen como remota quienes la rechazan, sino más bien se debe a la necesidad de tratar de frenar la realidad.

No parece que las posiciones deban de atender a fines completamente distintos, recordemos que como bien lo asevera el doctor Diego Gracia, el fracaso

---

<sup>127</sup> Sánchez Barroso, José Antonio. Bioética, *Dignidad Humana y Derechos Humanos*. Artículo inédito.

de las teorías siempre se ha debido al absolutismo con que se manejan en cuanto a su aplicación. Insisto no se trata de anteponer por encima de la dignidad de los seres humanos vistos de forma individual el bienestar de la sociedad, también debemos entender que al menos en este momento en que se presenta una crisis de valores es imposible ponerle un precio a los órganos humanos, pero no veo nada de malo en el hecho de permitir que si de forma espontánea el receptor desea darle las gracias a su donante o a su familia (en caso de la donación *mortis causa*) lo haga libremente.

Me parece que un contrato en el que su naturaleza responda esencialmente al altruismo representado a través de la gratuidad no puede ser condenable en cuanto a su licitud; ya que no se esta persiguiendo ningún lucro. Como lo afirma Diez Diaz es imposible que se ignore la existencia de este tipo de convenios; sin embargo, es un hecho que no será sencillo darles una denominación como contratos, pero no por eso se dejará de regular una figura que se está presentando como una opción.<sup>128</sup>

El contrato del que habla Diez Diaz es denominado por el autor como “somático o corporal”, este responde a un mecanismo innovador que por un lado corresponde a la transmisión del órgano humano y, por otro, presenta dos alternativas, la primera acerca de la posibilidad de recibir una contraprestación ya sea en dinero o en especie, o en su defecto, optar por no recibir absolutamente nada a cambio.

De igual forma Gutiérrez y González asevera que este contrato ya existe, solamente que nunca se le ha dado un nombre de manera concreta, por tanto, siempre ha funcionado como un contrato de naturaleza atípica, aun cuando el

---

<sup>128</sup> Sin embargo, este autor únicamente habla de un contrato cadavérico, en el que hace alusión a lo incierto que puede llegar a ser en cuanto al cumplimiento por parte de la persona que llegado el momento deberá entregar su cuerpo bien podría estar dañado por una serie de padecimientos posteriores a la firma del contrato siendo ocultados de forma deliberada con la finalidad de obtener el dinero. Diez Diaz, Joaquín. *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*. Santillana. Madrid. 1970. Pág. 309.

objeto de este tipo de actos definitivamente no versa sobre las prestaciones ya tradicionales de dar, hacer o no hacer; su objeto directo en realidad consiste en la transmisión o la utilización corporal.<sup>129</sup> Es así como define a este contrato como “físico-somático” en virtud de que versa sobre la disposición del cuerpo humano; es decir, no se celebra a favor de cualquier cuerpo, justificando la posibilidad de la regulación de este contrato conforme lo prevé el artículo 1858 del Código Civil.

Lo que es un hecho innegable es que es un acto que se le ha salido de las manos a los ordenamientos jurídicos, claro que hay tráfico de órganos, pero no porque priven de su libertad a nadie y les extraigan sus órganos o compren a las personas y las sometan a estas cirugías; los hay porque son los propios disponentes originarios generalmente provenientes de países de tercer mundo, los que por lo regular carecen de una regulación en materia de donación de órganos quienes venden sus órganos a receptores provenientes de las economías del primer mundo, en los cuales claro que existe regulación y muy avanzada, pero finalmente quien cuenta con los medios económicos siempre buscará opciones de vida de cualquier forma y a cualquier precio.

Es contundente que si se concibe la venta y compra de órganos dentro de un mercado de órganos irrestricto, se dará mayor prioridad a aquellos capaces de afrontar el costo; por tanto, bajo ninguna circunstancia es una opción al menos en el presente el comercio de los órganos humanos.

---

<sup>129</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. Pág. 1060.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Nunca se ha cubierto la demanda de órganos humanos requeridos por los receptores por medio de las donaciones *mortis causa*, aun cuando ha sido considerada como la donación ideal por el número de órganos con posibilidad de trasplante y por su menor complejidad ética y médica; motivo por el cual se ha tenido que recurrir a otras opciones como la donación *inter vivos*.

**SEGUNDA.-** La Ley General de Salud y el Sistema Nacional de Trasplantes han evolucionado de tal forma que han procurado de forma conjunta cubrir las necesidades de la población en materia de cirugía sustitutiva, procurando mejorar la calidad de vida de los receptores. En esta evolución el principio de información ha jugado un papel importante para la consolidación de este sistema, ya que le ha brindado mayor seguridad y confianza al donador.

**TERCERA.-** El ser humano tiene la posibilidad de disponer de su cuerpo, ya sea en su totalidad (donación *mortis causa*) o en partes (donación *inter vivos*), es una decisión que le corresponde única y esencialmente a él, puesto que en vida cuenta no sólo con la facultad, sino con la capacidad para poner en una balanza los beneficios y perjuicios de proporcionar un bien a un tercero a través de la donación de sus órganos de forma gratuita, altruista, confidencial, pero sobretodo informada.

**CUARTA.-** Nuestro Código Civil regula la Teoría General del Contrato y no la Teoría del Acto Jurídico, *ergo*, parte de especie y no del genero; por tanto, deja de lado las características propias y particulares de todos los demás actos jurídicos para regularlos bajo la misma normatividad que le es específica al contrato, homologando de esta forma los efectos legales de los diversos actos jurídicos.

**QUINTA.-** El contrato es una de las figuras más importantes para el derecho, no solamente porque gracias a este acto jurídico pueden satisfacerse un sinnúmero

de necesidades en función de la libertad contractual con la que actúan las partes, la cual no deja de estar sujeta a las disposiciones prohibitivas del Estado, sino porque independientemente de los contratos típicos previstos por el Código Civil, las partes pueden obligarse en función de contratos que no estén contemplados en este ordenamiento, a través de los contratos conocidos como *sui generis* en virtud de que estos contratos no se ajustan al cien por ciento a los modelos ya establecidos.

**SEXTA.-** La donación de órganos *inter vivos* es el contrato *sui generis* por virtud del cual una persona con capacidad legal para disponer de su cuerpo, llamada donador, transmite gratuitamente a otra, llamada receptor, un órgano o tejido con finalidades terapéuticas. Es un contrato formal en virtud de que se tiene que otorgar ante Notario Público con la intención de dar mayor seguridad a los contratantes y a la sociedad en razón al objeto del contrato.

**SÉPTIMA.-** La donación de órganos *mortis causa* es una declaración unilateral de la voluntad en el cual una persona con capacidad legal para disponer de su cuerpo, llamada donador, manifiesta expresamente su voluntad de donar gratuitamente uno o varios de sus órganos o tejidos una vez que ocurra su muerte, a una o varias personas individualmente determinadas o no, llamadas receptores. Esta declaración unilateral de voluntad puede constar en documento de voluntad anticipada otorgado ante Notario público, o bien, en una tarjeta de donador expedida por el Centro Nacional de Trasplantes.

**OCTAVA.-** Para garantizar un eficiente funcionamiento del sistema sanitario en relación al trasplante de órganos *mortis causa* debe existir un Registro de los potenciales donadores en base a la información proporcionada por el Centro Nacional de Trasplantes y de los Notarios Públicos que autoricen los instrumentos correspondientes. Tendrán acceso a los datos de dicho Registro las instituciones de salud públicas o privadas que atiendan a las personas en su última enfermedad

o padecimiento para saber cómo proceder clínicamente en caso de ser posibles donadores de órganos.

**NOVENA.-** La complejidad del consentimiento tácito es evidente, toda vez que deriva de presunciones que se han establecido de las acciones y omisiones de alguno de los contratantes. Una de las presunciones más importantes para el Derecho emana de la teoría del silencio que produce sus efectos en la medida en que el mismo Derecho lo permita; no obstante, en la actualidad se ha cuestionado bastante la validez de esta teoría en función de la libertad con la que la ley determina los casos en que procede el silencio para producir efectos jurídicos.

**DÉCIMA.-** El consentimiento tácito en la donación cadavérica representa un verdadero conflicto ético, ya que involucra una decisión por parte de los parientes más cercanos del cadáver para disponer de los órganos del mismo; sin embargo, esta decisión en ningún momento le corresponde a los familiares tomarla, ya que se trata de un derecho subjetivo, además el cuerpo no es propiedad de la familia. Incluso la respuesta casi siempre es negativa, en razón de las circunstancias en las que se da la pérdida de la vida del ser querido. No obstante, ha sido la opción que el Estado ha procurado al máximo, al haber una casi inexistente intención por parte de la población (en nuestro país) para donar, ya sea por simple apatía, o bien por la falta de cultura en este sentido, lo cual se ha hecho cada vez más palpable a medida que transcurre el tiempo.

**DÉCIMA PRIMERA.-** En el caso del consentimiento tácito, los familiares de la persona que ha perdido la vida les corresponde únicamente y de forma limitativa la función de interpretación de la voluntad que en vida tuvo la persona sobre la disposición de sus órganos y tejidos, más nunca la disposición sobre el cuerpo. La imposibilidad de disposición de cuerpo ajeno, aun cuando aquél ha perdido la vida, deriva del hecho de que se trata de un derecho personalísimo, por lo que esta restricción debe atender y satisfacer enteramente a los valores y convicciones

de nuestra cultura, por ende, nadie más puede disponer del cuerpo humano sin vida, en virtud de que el cadáver no es objeto de propiedad.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** El cadáver es considerado una “cosa de naturaleza especial” en virtud de que en algún momento fue persona; sin embargo, aun cuando la protección jurídica es menor en comparación con la que gozaba en vida, la ley no deja de proteger al cuerpo ya sin vida, por lo que la decisión sobre la disposición del propio cadáver debe dejarse al disponente originario en vida mediante la tarjeta de donación de órganos o por el documento de voluntad anticipada, evitando cualquier tipo de intervención ya sea por parte de los disponentes secundarios o en su defecto del Estado.

**DÉCIMA TERCERA.-** El Estado por medio de la ley debe promover, más no imponer, entre los individuos la disposición de sus órganos para después de su muerte para evitar posibles conflictos ético-jurídicos y, en alguna medida, involucrar directamente a la sociedad en general en resolver conjuntamente un problema común, el cual como se ha visto, no puede ser solucionado aisladamente ni por la ley, ni por el sistema sanitario, ni por el propio individuo.

**DÉCIMA CUARTA.-** Sería muy sencillo y aventurado aseverar que el Estado debería de apropiarse de los cadáveres con la intención de usarlos con fines científicos y de investigación; sería sencillo porque el Estado cuenta con la facultad e incluso con la justificación de disponer de los órganos que sean necesarios con la finalidad de salvar el mayor número de vidas que le sea posible y en virtud de que por estadística la lista de receptores ha aumentado y la donadores ha disminuido, parecería la mejor opción; sin embargo, ¿dónde queda la voluntad del ser humano? y ¿el respeto a los cadáveres? los cuales se ha puntualizado que no son objeto de apropiación, situación que se ha respetado al máximo, aun cuando las necesidades no se han cubierto. La verdadera solución está dada por la Ética y por el Derecho conjuntamente; la primera, a través de la promoción de valores sociales de co-responsabilidad, altruismo, solidaridad,

justicia, etc. y; del segundo, garantizando la protección a la dignidad personal y previendo los mecanismos necesarios para el ejercicio reflexivo de la libertad humana.

**DÉCIMA QUINTA.-** A pesar de que la donación de órganos atiende a un compromiso interno que asume el donante por sí mismo en virtud de sus ideales y creencias, ciertamente no tiene ninguna obligación legal que cumplir frente al resto de la sociedad; sin embargo, el ser humano por el hecho de serlo tiene un compromiso moral. Ante la ineficiencia del Estado en materia de donación de órganos, corresponde a los gobernados altruismo, responsabilidad y reciprocidad.

**DÉCIMA SEXTA.-** Existe el tráfico de órganos; sin embargo, no se debe a un robo de personas para su venta como donadores de órganos, se debe a la venta que de sus propios órganos efectúan los disponentes originarios por cantidades de dinero realmente significativas en función de su precaria situación económica que les permite salir momentáneamente de su pobreza. Es necesario un marco normativo internacional en materia de donación de órganos que impida que receptores con buena capacidad económica apoyados por legislaciones laxas o inexistentes obtengan órganos de países sub-desarrollados. En menester combatir la situación de que en países de primer mundo no hay tráfico de órganos, pero en los de tercer mundo sí.

**DÉCIMA SÉPTIMA.-** No considero ni ética ni jurídicamente apropiada la venta de órganos aun a la vista de un contrato en el que el único parámetro sería la oferta en relación con la demanda; sería tanto como aceptar que el ser humano ha pasado a ser una simple cosa objeto de propiedad, lo que permitirá el evidente uso, goce y disfrute del cuerpo humano en su máxima expresión. Con la venta de órganos se lograría hacer jurídicamente posible lo que es moralmente imposible: la apropiación del cuerpo humano por un tercero al precio que sea.

**DÉCIMA OCTAVA.-** La celebración de un contrato de donación de órganos de naturaleza gratuita y ante Notario Público me parece es la mejor opción para tratar de satisfacer la demanda de órganos para trasplante; en este contrato se ha de respetar al máximo la dignidad del ser humano, siendo el donador quien disponga de los órganos que desea donar los cuales no deben ser esenciales para su vida. Sin embargo, el donador si bien es cierto podrá revocar su consentimiento deberá adquirir como obligación no sólo el pago por los gastos que hubiera erogado el Sistema Nacional de Trasplantes con motivo de la cirugía sustitutiva, sino el aviso previo de la revocación al menos veinticuatro horas antes de la cirugía.

## Bibliografía General Consultada

- ALCOCER POZO, José. *Medicina legal. Conceptos básicos*. Limusa. México. 1993. 170 pp.
- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de las obligaciones*. Edisofer. Madrid. 2004. 363 pp.
- ALVARADO MARTÍNEZ, Israel. *El cadáver. Evolución histórica y tratamiento por la sociedad y el derecho*. Porrúa. México. 1999. 180 pp.
- ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad*. Técnos. Madrid. 1998. 172 pp.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica*. Marcial Pons. Madrid. 1996. 517 pp.
- AYALA SALAZAR, Melchor. *Mitos y realidades en torno a la donación y trasplante de órganos, tejidos y células*. Trillas. México. 2003. 247 pp.
- BASSO, Domingo. *Nacer y morir con dignidad*. Lexis Nexis. Argentina. 2005. 381 pp.
- BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylán. *Derecho Notarial*. Cárdenas Editores. México. 1990. 617 pp.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar. *Derecho civil. Introducción y personas*. Oxford. México. 2007. 348 pp.
- BAZÚA WITTE, Alfredo. *Los derechos de la personalidad. Sanción civil a su violación*. Porrúa- Colegio de Notarios del Distrito Federal. México. 2005. 55 pp.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones civiles*. Oxford University Press. México. 2003. 461 pp.
- BERGOGLIO DE BROUWER, María Teresa. *Trasplantes de órganos*. Hammurabi. Buenos Aires. 1983. 392 pp.
- BLANCO, Guillermo. *Bioética y derecho. Cuestiones actuales*. Universidad. Buenos Aires. 2002. 463 pp.
- BRENA SESMA, Ingrid. *El Derecho y la salud*. UNAM. México. 2004. 158 pp.

- CANE VALLE, Fernanda. *La administración de justicia en el contexto de la atención médica*. UNAM. México. 2003. 100 pp.
- CAREAGA PÉREZ, Gloria. *Ética y salud reproductiva*. Programa Universitario de Estudios de Género. México. 1996. 447 pp.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los derechos del hombre*. Reus. S.A. Madrid 1992. 364 pp.
- CORO BARRACHINA, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Ediciones Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1995. 366 pp.
- DE IBARRORA, Antonio. *Cosas y sucesiones*. Porrúa. México. 2006. 1120 pp.
- DE PABLO, Carlos. *El contrato. Un negocio jurídico*. Porrúa- Colegio de Notarios del Distrito Federal. México. 2002. 79 pp.
- DIEZ DIAZ, Joaquín. *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*. Santillana. Madrid. 1970. 457 pp.
- DOMINGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge. *Trasplante de órganos. Aspectos jurídicos*. Porrúa. México. 1996. 134 pp.
- DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo. *Derecho civil. Parte General, personas, cosas, negocios jurídicos e invalidez*. Porrúa. México. 2006. 706 pp.
- DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Alfredo. *Derecho Civil. Contratos*. Porrúa. México. 2002. 805 pp.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Servicios públicos de salud y temas conexos*. Porrúa. México. 2006. 477 pp.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas, familia*. Porrúa. México. 1996. 752 pp.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Trasplantes de órganos. Pietas familiar y solidaridad humana*. Civitas. Madrid. 1987. 115 pp.
- GUERRA LÓPEZ, Rodrigo. *Afirmar a la persona por sí misma. La dignidad como fundamento de los derechos de la persona*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. 2003. 219 pp.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Porrúa. México. 2005. 1237 pp.

- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*. Porrúa. México. 2004. 1160 pp.
- GRACIA, Diego. *Como arqueros al blanco*. El Búho. Colombia. 2004. 491 pp.
- GRACIA, Diego. *Ética de los confines de la vida*. El Búho. Colombia. 2003. 353 pp.
- LINNO, Ciccone. *“Bioética. Historia. Principios. Cuestiones”*. Pelicano. España. 2005. 478 pp.
- LEIBNIZ, Gottfried. *Monadología*. Porrúa. México. 1984. 256 pp.
- MARCH, Joan Carles. *Medios de comunicación y trasplantes de órganos*. Escuela Andaluza de Salud Pública. España. 1997. 110 pp.
- MERINA RIOPÉREZ, Pablo. *El jurista ante el trasplante de órganos humanos. Régimen administrativo*. Universidad de Granada. Granada. 2006. 445 pp.
- MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. *Teoría de las obligaciones*. Porrúa. México. 2000. 466 pp.
- MARTÍNEZ GARNELO, Jesús. *La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos*. Porrúa. México. 2002. 755 pp.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. *Derechos de los usuarios de los servicios de salud*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2000. 176 pp.
- MORO ALMARÁZ, María de Jesús. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Bosch. Barcelona. 1988. 417 pp.
- PASCUAL ESTEVILL, Luis. *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*. Bosh. Barcelona. 1989. 127 pp.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Contratos Civiles*. Porrúa. México. 1999. 401 pp.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho notarial*. Porrúa. México. 1991. 398 pp.
- RIOS HELLIG, Jorge. *La práctica del derecho notarial*. Mc Graw Hill. México. 2005. 488 pp.

- RIVERA LÓPEZ, Eduardo. *Ética y trasplante de órganos*. Fondo de Cultura Económica- UNAM. México. 2001. 228 pp.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo sexto. Vol.1. México. 1985. 441 pp.
- ROMERO CASABONA, Carlos María Coordinador. *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*. Comares. Granada. 2005. 404 pp.
- ROMERO CASABONA, Carlos María. *Genética y derecho*. Responsabilidad jurídica y mecanismos de control. Astrea. Buenos Aires. 2003. 287 pp.
- SAN JULIAN, Verónica. *El Objeto del contrato*. Aranzadi. Pamplona. 1996. 360 pp.
- SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio. *Dignidad Humana y Derechos Humanos*. Artículo inédito.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *De los contratos civiles*. Porrúa. México. 2004. 629 pp.
- SANTOS BRIZ, Jaime. *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Granada. España. 1992. 397 pp.
- SEPÚLVEDA SÁNDOVAL, Carlos. *Contratos civiles. Teoría General y análisis en particular de sus diversas clases*. Porrúa. México. 2006. 1202 pp.
- TELLO, Francisco. *Medicina Forense*. Harla. México. 1991. 359 pp.
- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. *Los contratos civiles y sus generalidades*. Mc Graw Hill. México. 1996. 1037 pp.
- URBANO SALERNO, Marcelo. *Contratos civiles y comerciales*. Oxford University Press. México. 2002. 412 pp.
- YAÑEZ CAMPERO, Valentín. *La administración pública y el derecho a la protección de la salud en México*. INAP. AC. México. 2000. 146 pp.
- ZAGO, Jorge. *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión*. Universidad. Buenos Aires. 1981. 220 pp.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. *Contratos Civiles*. Porrúa. México. 2002. 604 pp.

- *Donación de órganos. Inconstitucionalidad del artículo 333, fracción VI, de la Ley General de Salud.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2004. 80 pp.
- *Formación Continuada de donación y trasplantes de órganos y tejidos.* Instituto Nacional de Salud. Madrid. 1998. 593 pp.
- II Simposium Universitario. *La Bioética. Un reto del tercer milenio.* Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2002. 245 pp.

### **Hemerografía**

- Brena Sesma, Ingrid. *Reflexiones jurídicas en torno a los sujetos que intervienen en un trasplante de órganos.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. nueva serie. Año XXXV. Núm. 105. septiembre-diciembre 2002. México.
- Ramírez Sánchez, Teresa. *Percepción de la calidad de la atención de los servicios de salud en México: perspectiva de los usuarios.* Salud Pública de México. Año I. Núm. 1. Enero-febrero 2002. México.
- Reyes Acevedo, Rafael. *Ética y trasplante de órganos: búsqueda continua de lo que es aceptable.* Artículo Especial. Revista de Investigación Clínica. Año X. Núm. 31. enero-junio 2005. México.
- Tapia Conyer, Roberto. Derecho a la protección de la salud pública.

### **Legislación**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil Federal.

- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Ley General de Salud.
- Ley del Notariado para el Distrito Federal.
- Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.
- Reglamento de Cementerios del Distrito Federal.

### **Legislación Internacional**

- Código Civil Español.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Convenio sobre derechos humanos y biomedicina.
- Resolución WHA 44.25 de la Organización Mundial de la Salud.

### **Información de Internet**

- [www.cenatra.gob.mx](http://www.cenatra.gob.mx). Página consultada los días 2, 5, 12, 13 y 27 de mayo de 2008.
- [http:// www. donacion.es.html](http://www.donacion.es.html). Página consultada los días 27 y 28 del mes de abril.