



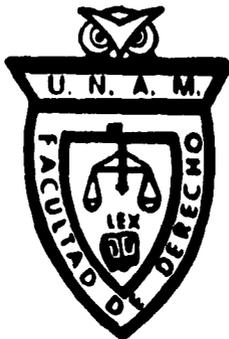
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"ACTITUD DEL ESTADO ANTE EL TRAFICO DE
MENORES EFECTUADO PARA LA OBTENCION
DE SUS ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ZORAIDA GARCIA CASTILLO



FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1995



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.

"Paradójicamente, son las políticas del Estado y sus instituciones las que más visiblemente violan los derechos del niño, con una visión económica, cultural y social que muestra una falta de proyecto para la infancia. Y, para nosotros, un país sin proyecto sobre la infancia es sencillamente un país sin proyecto."

Andrea Bárcena.

El Nacional, 28 de abril. 1991.

"...Que todos los niños del mundo puedan jugar y cantar y crecer alegres y contentos,
y que no haya más niños tristes."

José Martí

"La niñez es la flor más bella de los pueblos; dejar que se marchite es caer en el
agotamiento físico y espiritual; protegerla con cariño, con esfuerzo y aún con
sacrificio, es construir para hoy y para muchos mañanas"

Dr. José Dávalos Morales

Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano

4

**ACTITUD DEL ESTADO ANTE EL TRAFICO DE MENORES EFECTUADO
PARA LA OBTENCION DE SUS ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES**

PREFACIO	8
INTRODUCCION	10
ASPECTOS PREMILIMINARES	
VISION HISTORICA	17
ESTADO ACTUAL DEL TRAFICO DE MENORES	24
BREVE RESEÑA SOBRE LOS IMPLANTES DE ORGANOS Y TEJIDOS	45
METODOLOGIA	48
CAPITULO I.	
CONCEPTUALIZACION DE LA TERMINOLOGIA INHERENTE AL TRAFICO DE MENORES	
1.1. TRAFICO	49
1.2. MENORES (PUNTO DE VISTA LEGAL INTERNO E INTERNACIONAL)	52
1.3. DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS, CADAVERES	57
1.4. MUERTE	60
1.5. Organo	68
1.6. Tejido	70
1.7. Cadáver	72
1.8. Producto	76
1.9. Destino Final	76
1.10. Disponente Originario	77
1.11. Disponente Secundario	79
1.12. Receptor	84
1.13. Disposición Ilícita de Organos	85
1.14. Trasplante	89

CAPITULO 2.**INTERVENCION DEL ESTADO**

2.1. ESTADO, CONCEPTO, FUNCIONES Y FINES	92
2.2. BASE CONSTITUCIONAL MEXICANA. GARANTIAS CONTEMPLADAS.	
2.2.1. ARTICULO 2º CONSTITUCIONAL	103
2.2.2. ARTICULO 4º in fine CONSTITUCIONAL	106
2.2.3. ARTICULO 14º segundo párrafo CONSTITUCIONAL	110
2.2.4. ARTICULO 15º CONSTITUCIONAL	111
2.2.5. ARTICULO 16º CONSTITUCIONAL	114

CAPITULO 3.**MEDIOS EMPLEADOS EN EL TRAFICO DE MENORES** 117

3.1. Adopción en fraude a la ley	118
3.2. Privación ilegal de la libertad	130
3.3. Plagio o Secuestro	134
3.4. Sustracción de Menores	138
3.5. Atentado al derecho de identidad	143

CAPITULO 4.**DERECHO COMPARADO** 150

4.1. REMOCION. DONACION Y TRASPLANTE DE ORGANOS	
4.1.1. SISTEMAS QUE NO REGULAN LA DONACION Y TRASPLANTE DE ORGANOS HUMANOS	151
4.1.2. SISTEMAS QUE REGULAN LA REMOCION, DONACION Y TRASPLANTE DE ORGANOS HUMANOS	152
4.1.2.1. EN CUANTO AL ORIGEN DEL MATERIAL DEL QUE SE DISPONE	
4.1.2.1.1. SISTEMAS QUE DISTINGUEN ENTRE MATERIAL PROVENIENTE DE SUJETOS VIVOS Y DE CADAVERES	152
4.1.2.1.2. SISTEMAS QUE SOLO CONSIDERAN LICITA LA DONACION PROVENIENTE DE CADAVERES O EN SU CASO, RESTRINGEN EL TIPO DE ORGANOS DE DONANTES VIVOS DE QUE SE PUEDE DISPONER	154

4.1.2.2. EN CUANTO A LA FIRMA DE DISPOSICION DEL MATERIAL HUMANO	
4.1.2.2.1. SISTEMAS FUNDAMENTADOS EN LA VOLUNTAD DEL DISPONENTE ORIGINARIO Y EN ALGUNOS CASOS, EN LA DE LOS DISPONENTES SECUNDARIOS	154
4.1.2.2.2. SISTEMAS EN QUE EL ESTADO SUPLE EL CONSENTIMIENTO DEL DISPONENTE ORIGINARIO, ANTE LA OMISION DE ESTE	154
4.1.3. LATINOAMERICA	155
4.1.4. EUROPA	166
4.1.5. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	173
4.2. REGULACION DEL TRAFICO DE MENORES EN OTROS PAISES	179

CAPITULO 5

INTERVENCION DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	183
5.1. NACIONES UNIDAS	183
5.1.1. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	185
5.1.2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 1966	186
5.1.3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS	187
5.1.4. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	188
5.2. ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS	200
5.2.1. DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE DE 1948	202
5.2.2. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	204

5.2.3. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL. DE MENORES DE MONTEVIDEO DE 1989	205
5.3. ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD	207

CAPITULO 6.

QUINTA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES	210
CONCLUSIONES	220
PROPUESTAS PERSONALES	
NIVEL NACIONAL	226
CODIGO PENAL LEY GENERAL DE SALUD	
NIVEL INTERNACIONAL	228
BIBLIOGRAFIA	230

PREFACIO

En cumplimiento a una promesa que me hice al terminar el bachillerato y comenzar la licenciatura, dedico este trabajo a la memoria de Ernesto "Che" Guevara.

Mis pensamientos en agradecimiento a quienes me apoyaron durante los estudios de licenciatura, conjuntamente con mi desempeño laboral; así como en el desarrollo de este escrito. Con especial mención a mi gafa, la Doctora María Elena Mancilla y Mejía, a quien respetuosamente admiro y aprecio.

A mi padre, el jurista que ha promovido en mi alma el culto al Derecho; impulsando cada uno de mis pasos desde siempre con sus sabios consejos.

Mi profunda gratitud a los licenciados René Casoluengo Méndez y Antonio Vilchis Villavicencio, por su apoyo en momentos determinantes de mi carrera.

Especial mención al Doctor Jorge Mario Magallón, por indicarme el maravilloso mundo de la postulancia y lealtad a la abogacía.

A mi querido maestro, el Doctor Sabino Ventura Silva, por haber provocado en mí el enamoramiento hacia la Profesión, el Derecho y la Justicia.

Mi más profunda gratitud a mi madre y mis hermanos, por la confianza y el amor que compartimos.

En general, y con perdón de mis desmemorias, a mis amigos todos, por la fortuna de contar con su desinteresado apoyo en todo momento.

Por último, mi encarecida disculpa por las verdades que sostengo, a las que quizás un giro de la tierra vuelva falsas: pugnando por el olvido de las mentiras en que pude creer.

✻

✻

✻

INTRODUCCION

El problema del tráfico del menor con el fin específico de obtener de él sus órganos, tejidos o cadáveres se plantea como un fenómeno novedoso y aparejado a las últimas posibilidades científicas y técnicas de que el trasplante de material orgánico se haga realizable y, consecuentemente, se emplee como medio quirúrgico para alcanzar niveles de salud que por otras vías no sería posible obtener.

La población que requiere de órganos y tejidos crece geométricamente, mientras que los posibles donadores son los menos, aunado a la desventaja y detrimento que implica la existencia biológica de un rechazo y falta de compatibilidad biológica entre receptor y posible donador.

La carencia de material orgánico es un medio propicio para el comercio de éstos; partimos de la posición de que quien tiene la posibilidad de hacerlo, pagaría cualquier cantidad por obtener el órgano que con urgencia necesita.

Nos colocamos en el intento de plantear, un problema que se ha venido suscitando mundialmente a partir de las nuevas tecnologías y progresos alcanzados a través de la investigación médico-quirúrgica; específicamente sobre trasplante de órganos y tejidos de seres vivos y de cadáveres.

La práctica del trasplante se efectúa como último recurso, al tornarse imposible la curación por medio de otras técnicas quirúrgicas, con el fin de evitar en todo lo posible, la situación de controversia entre principios axiológicos y valores tutelados encontrados.

La realización de trasplantes de órganos y tejidos de seres vivos o muertos, es una feliz posibilidad que otorgan los avances científicos modernos; se trata una opción más en el afán del tratamiento y recuperación de la salud y de la integridad física. Pero nuevamente el derecho queda superado por los avances científicos, pues las circunstancias y las prácticas se tornan diferentes, versátiles y dinámicas; planteando situaciones fuera del control y previsión de los sistemas legales.

Junto con los avances científicos y tecnológicos, la terminología relativa a la obtención, conservación y trasplante de órganos y tejidos de seres vivos o muertos, también se muestra dinámica y supera y cuestiona la aplicabilidad del derecho y de la regulación que en cada caso se formula.

La problemática, sin embargo, no se limita a tan simple razonamiento; la confrontación entre los avances científicos y la realidad jurídica atiende también a factores axiológicos, fruto de la moralidad, de posiciones meramente subjetivas y valorativas.

En el caso concreto, el enfrentamiento se da entre la vida del donante y la del posible receptor. Nos situamos en un momento de disertación en que se encuentra en entredicho la muerte de un posible donante: se trata de valorar y de escoger entre la conservación de la vida de quien con grandes posibilidades puede llegar a morir, pero que aún no muere, y que por tanto permanece en él la esperanza de vida; o preferir la procuración de la salud, y la subsecuente conservación de la vida de quien necesita de un órgano para ello.

Fundamentalmente, los valores violentados en el tráfico del menor -y en todo caso de cualquier persona capaz o incapaz- son la vida y la integridad física. La libertad, la seguridad, la identidad son principios subsumidos al factor vida; sin éste, nada más es posible.

Estoy totalmente a favor de que se implementen nuevas técnicas para lograr el mayor bienestar humano, la conservación de su salud, de su integridad, de su incorporación al ámbito productivo, de su desarrollo físico y emocional; en una palabra, de la conservación de su vida y del intento porque ésta transcurra en óptimas condiciones.

Se trata de promover y concientizar a la gente, para incrementar el número de donadores de órganos y tejidos, sea en vida, o postmortem. Se ha tratado de encontrar así, una vía para evitar el comercio de los materiales orgánicos. Y es cierto, resulta absurda la conservación de órganos o tejidos cuando la muerte se ha determinado y éstos pueden ser útiles para la continuación de la vida en otro ser.

El problema radica en unificar los criterios que establezcan el momento en que la muerte ocurre; o visto bajo otra perspectiva, en que la vida termina. ¿Cómo definir a la muerte y cómo definir a la vida?; el ordenamiento civil establece que la vida se protege jurídicamente desde el momento de la concepción, pero ¿en qué momento deja de existir esta protección?, ¿cómo podemos explicar la regulación en lo concerniente al tratamiento del cadáver?, ¿cuál es el bien jurídico tutelado en este último caso?...

Bien podemos responder que el valor a cuidar por el orden jurídico es la muerte, y el culto que a ella se rinde; encontrándonos nuevamente en una situación valorativa y meramente subjetiva, en que pueden intervenir factores sociológicos y morales tales como la religión, las costumbres, la formación intra e interfamiliar, coludidos todos en un ambiente sociológico que se explica histórica y circunstancialmente.

Ciertamente, el tráfico de niños es un fenómeno que se ha suscitado desde tiempos inmemoriales, pero sus objetivos y fines se han tornado con diferentes matices, conforme

las circunstancias de cada momento y lugar cambian en atención a las necesidades mercantilistas, industriales, incluso morales, y que tienen evidente trascendencia en la vida de derecho de los hombres y los Estados.

Atendiendo a la situación económica y social en que cada uno de los países del mundo se ha situado, y que define interposiciones de ventaja y desventaja, el tráfico de menores, fluye principalmente desde los países del Tercer Mundo hacia aquéllos en que por causas atribuibles a los sistemas legales, al nivel económico o al mayor control de la natalidad, se crea la necesidad de la "compra de menores" como un instrumento de satisfacción más.

Es bien sabido que hoy día todo derecho positivo ha descartado y repugnado a la esclavitud; la privación ilegal de la libertad ha quedado también sancionada y reprimida por los órdenes legales existentes, las lesiones, la tortura, el homicidio... Sin embargo, es un hecho que todas se presentan conjuntamente en la comisión del tráfico de menores; en perjuicio de los seres más sensibles y en quienes radica el devenir humano: los niños.

Los derechos del menor son pisoteados y burlados, la reducción de que son objeto cuando se les utiliza como bienes de compraventa o simplemente cuando se les ignora, bajo el pretexto y la cortina de la incapacidad jurídica para decidir en relación a su bienestar físico y psicológico, que implican el futuro y la formación que tendrán.

Los Estados no se dan cuenta de la urgente necesidad de velar por la protección y el desarrollo de quienes son mayoría en los aproximadamente cinco mil millones de personas que habitamos el orbe. Resulta sofisticado, misterioso e increíble para las autoridades, que las desapariciones de menores sean por tráfico, y aún más que los fines de éste sean la extracción de sus órganos, tejidos o la utilización de sus cadáveres.

las circunstancias de cada momento y lugar cambian en atención a las necesidades mercantilistas, industriales, incluso morales, y que tienen evidente trascendencia en la vida de derecho de los hombres y los Estados.

Atendiendo a la situación económica y social en que cada uno de los países del mundo se ha situado, y que define interposiciones de ventaja y desventaja, el tráfico de menores, fluye principalmente desde los países del Tercer Mundo hacia aquéllos en que por causas atribuibles a los sistemas legales, al nivel económico o al mayor control de la natalidad, se crea la necesidad de la "compra de menores" como un instrumento de satisfacción más.

Es bien sabido que hoy día todo derecho positivo ha descartado y repugnado a la esclavitud; la privación ilegal de la libertad ha quedado también sancionada y reprimida por los órdenes legales existentes, las lesiones, la tortura, el homicidio... Sin embargo, es un hecho que todas se presentan conjuntamente en la comisión del tráfico de menores; en perjuicio de los seres más sensibles y en quienes radica el devenir humano: los niños.

Los derechos del menor son pisoteados y burlados, la reducción de que son objeto cuando se les utiliza como bienes de compraventa o simplemente cuando se les ignora, bajo el pretexto y la cortina de la incapacidad jurídica para decidir en relación a su bienestar físico y psicológico, que implican el futuro y la formación que tendrán.

Los Estados no se dan cuenta de la urgente necesidad de velar por la protección y el desarrollo de quienes son mayoría en los aproximadamente cinco mil millones de personas que habitamos el orbe. Resulta sofisticado, misterioso e increíble para las autoridades, que las desapariciones de menores sean por tráfico, y aún más que los fines de éste sean la extracción de sus órganos, tejidos o la utilización de sus cadáveres.

FALLA DE ORDEN

En este sentido, es indispensable hacer la aclaración de que el planteamiento que se hace tuvo que sentar su base en datos obtenidos de estadísticas e investigaciones extraoficiales, que evidencian la existencia del fenómeno del tráfico en cuestión. Es imposible afirmar números y señas oficiales, porque no existen, sino en la clandestinidad; no obstante, la contundencia del tráfico de menores es innegable, y se procura no caer en la vaguedad o en el planteamiento iluso de la conjetura. La aceptación de facto respecto a la actualidad del problema del tráfico de menor, se ha dado a nivel nacional e internacional.

El texto de esta investigación es persecutor de que así quede asentado: el tráfico, sustracción y retención de menores es un fenómeno que debe preocupar a todo Estado, pues éste se presenta ya sea bajo máscaras fraudulentas a la ley o con el gran descaro de su existencia a nivel nacional e internacional.

El tema que se plantea lleva aparejados muchos más: la comisión y concurso de diversos delitos, la violación a las disposiciones de carácter civil y familiar, el atentado en general a los derechos humanos del menor, su identidad, su integridad física y mental, su vida y su seguridad; así como la necesidad de desarrollarse en un ambiente familiar, sano y limpio de toda intromisión en su completo desarrollo.

Es por ello, que este estudio da pie a su configuración desde diversas perspectivas; en ese sentido, hemos querido fusionar el tratamiento del tráfico del menor y de la obtención de sus órganos y tejidos para trasplante que se plantea como fin.

Comenzamos con una alusión de antecedentes históricos sobre esclavitud, tráfico de personas, así como un apartado dedicado a dar un vuelo por los avances en la obtención, sustracción, conservación e implantación de órganos y tejidos de seres humanos.

Antes de entrar al tratamiento técnico del tema planteado, exponemos el método a seguir y damos un panorama terminológico básico y necesario en el desarrollo del tema; con la aclaración ya formulada, de que el dinamismo en el avance científico, implica el cambio terminológico y práctico aplicable en cada caso concreto.

Dedicamos nuestra atención a la necesidad de la intervención del Estado, mediante el planteamiento de su conceptualización, de sus fines y alcances históricamente dados, mismos que conducen al tratamiento de las bases constitucionales nacionales; sustento jurídico filosófico de cada uno de los valores amedrentados con la sucesión del tráfico de menores a fin de obtener sus órganos, tejidos o cadáveres.

En un tercer capítulo se enuncian los medios que de facto se emplean para la realización y actualización del tráfico de menores, ya sea en fraude a la ley, como es el caso de la adopción, o en evidente atentado a los derechos consagrados y velados por el orden legal.

En este orden de ideas, hacemos mención de la regulación que al respecto han desarrollado otros países; con la intención de abarcar el rubro de la obtención de órganos y el del tráfico de menores. También hemos querido hacer hincapié en el desarrollo del tema por la comunidad internacional, pues se trata de preocupaciones que pueden llegar a constituir derecho interno, con la aceptación tácita y expresa de la evidencia del fenómeno y con la obligación asimilada de ser tratado como un objeto de regulación urgente.

Con la celebración de la última Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, en que tuvo lugar la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, hemos querido cerrar nuestro trabajo de investigación; pues la relevancia de

este documento se explica por sí misma en nuestro tratamiento. Su muy reciente celebración y los logros en ella alcanzados, ponen a la luz social y jurídica la inquietud latinoamericana por el constante flujo y desaparición de menores de nuestros países, cuyo incierto destino está imposibilitado de augurar algo positivo.

No obstante, a pesar de todo lo que se haya dicho y lo que esté por expresarse, hoy día nos encontramos ante el acontecimiento inaudito de laceración a los derechos más fundamentales del hombre, me refiero a la iniciativa 187 del Estado norteamericano de Baja California, cuyas intenciones discriminatorias van dirigidas principalmente al menor.

ASPECTOS PRELIMINARES

VISION HISTORICA

Es bien sabido que la esclavitud, como el estado oprobioso a que es reducida aquella persona sujeta a tráfico, y en tanto negación del derecho a la libertad, es la condición de un individuo sobre el cual se ejercen los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

También sabemos, a propósito del tema que nos ocupa, que la esclavitud fue una institución jurídica común a todos los pueblos de la antigüedad: que en nuestro país existió en diversos periodos de su historia; que su proscripción por diferentes países se inició hasta ya muy avanzada la época moderna y, asimismo, que pese a la abolición de esta institución tanto por el derecho interno de todos los Estados contemporáneos como por el orden jurídico internacional, y contra todo lo que pudiera creerse, la misma sigue existiendo en nuestros días, ya sea como una situación de hecho, o bien bajo el aspecto de instituciones y prácticas analogas a la esclavitud.¹

En tal virtud, y para mejor captar el sentido, alcance e implicaciones de este fenómeno, que es antecedente, medio e instrumento en el tráfico de menores, creemos pertinente hacer referencia a su origen y desarrollo y aludir brevemente a la situación que guarda en la actualidad el problema que nos ocupa.

El surgimiento de la esclavitud en las sociedades antiguas se ha pretendido explicar, por lo general, como una consecuencia de las guerras que enfrentaban a los pueblos entre sí,

¹ Cfr. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. Comentario al Artículo 2º constitucional. En "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada". Serie de Textos Jurídicos, Biblioteca Popular de la Ciudad de México, México, 1990, pag. 5

y, al mismo tiempo, como una mitigación de la pena que normalmente se deparaba al vencido, puesto que éste, en lugar de ser privado de la vida, únicamente perdía su libertad para quedar sometido al poder omnímodo de su dueño, quien en todo caso, proveía a su subsistencia.

Tal explicación, no tiene sino un alcance limitado pues supone que la esclavitud estaba reservada exclusivamente a los prisioneros de guerra, y que ésta nunca se emprendía precisamente con el propósito de procurarse esclavos. A decir verdad, ninguno de esos dos supuestos se compagina con la realidad histórica, ya que la esclavitud, tanto en la antigüedad como en la época moderna, revistió un carácter institucional que obedecía a diferentes causas o motivos pero que, desde luego, ni circunscribía la condición de esclavos únicamente a los vencidos, ni desconocía las guerras hechas con el solo fin de agenciarse esclavos.

En los pueblos orientales, como la India y la China, así como en los del Medio Oriente, Egipto, Caldea y Babilonia, la esclavitud era una institución hondamente arraigada a la vida social, y que además de reconocer como causas, motivos bélicos, obedecía a concepciones de tipo religioso. Verbigracia, en la India la esclavitud surgió como el destino divino que se deparó a determinada clase social, que era la de los sudra, compuesta por individuos que se decía habían emanado de los pies de un gigante primitivo llamado Purusha, según aparece en el himno XIX del libro X del Rig-veda, el cual fue posteriormente reiterado por el Código de Manú, en donde se encuentra la división de la sociedad hindú en cuatro castas, siendo una de ellas la de los sudras o servidores, cuya obligación consistía en servir a los demás.²

² Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales", Edit. Porrúa, 11a. ed., México, 1978, pág. 294

Entre los hebreos, los libros sagrados tales como el Levítico, el Génesis, el Exodo y el Deuteronomio, establecieron distintas modalidades a la situación del esclavo, la cual asumía un carácter temporal.

La esclavitud en las ciudades griegas tenía como causa general la propia guerra, en Esparta, por ejemplo, una de las clases en que estaba dividida la sociedad eran los ilotas, reducidos a la esclavitud; situación que llegó a ser importante materia de regulación por el derecho positivo, lo mismo que en Roma.³

En el México precortesiano, durante la Colonia o en la época moderna, la esclavitud de un ser humano podía derivar, además de la guerra, por mero nacimiento en el seno de una determinada casta o clase social; por motivos religiosos; como sanción por la comisión de un delito grave; como último recurso para saldar deudas pendientes; por haber sido objeto de un contrato de compraventa, etcétera. ⁴

Las "Guerras Floridas" del México precolonial frecuentemente tenían como único objetivo la obtención de esclavos y prisioneros, unas veces destinados a la servidumbre y otras al sacrificio. Asimismo, ningún otro interés, como no fuera el odioso comercio de esclavos, guiaba las incursiones en África de las huestes armadas de algunos países europeos que auspiciaban y solapaban tan oprobioso comercio.

Cabe subrayar que la esclavitud, las más de las veces, estuvo vinculada con móviles económicos. De ahí que si en la Roma arcaica el dueño simplemente aumentaba su producción con el trabajo del esclavo, durante la Roma republicana e imperial dicho trabajo llegaría a constituir la base de su economía. Más tarde, el descubrimiento del

³ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales", Op. cit., pág. 294

⁴ Cfr. GARCIA-GALLO, Concepción. "Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas", Anuario de Historia del Derecho Español, t. I, núm. 1, Madrid, 1980, pág. 1005

Entre los hebreos, los libros sagrados tales como el Levítico, el Génesis, el Éxodo y el Deuteronomio, establecieron distintas modalidades a la situación del esclavo, la cual asumía un carácter temporal.

La esclavitud en las ciudades griegas tenía como causa general la propia guerra. en Esparta, por ejemplo, una de las clases en que estaba dividida la sociedad eran los ilotas, reducidos a la esclavitud: situación que llegó a ser importante materia de regulación por el derecho positivo, lo mismo que en Roma.³

En el México precortesiano, durante la Colonia o en la época moderna, la esclavitud de un ser humano podía derivar, además de la guerra, por mero nacimiento en el seno de una determinada casta o clase social; por motivos religiosos; como sanción por la comisión de un delito grave; como último recurso para saldar deudas pendientes; por haber sido objeto de un contrato de compraventa, etcétera.⁴

Las "Guerras Floridas" del México precolonial frecuentemente tenían como único objetivo la obtención de esclavos y prisioneros, unas veces destinados a la servidumbre y otras al sacrificio. Asimismo, ningún otro interés, como no fuera el odioso comercio de esclavos, guiaba las incursiones en África de las huestes armadas de algunos países europeos que auspiciaban y solapaban tan oprobioso comercio.

Cabe subrayar que la esclavitud, las más de las veces, estuvo vinculada con móviles económicos. De ahí que si en la Roma arcaica el dueño simplemente aumentaba su producción con el trabajo del esclavo, durante la Roma republicana e imperial dicho trabajo llegaría a constituir la base de su economía. Más tarde, el descubrimiento del

³ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales", Op. cit., pág. 294

⁴ Cfr. GARCIA-GALLO, Concepción. "Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas", Anuario de Historia del Derecho Español, t. I., núm. 1, Madrid, 1980, pág. 1005

Entre los hebreos, los libros sagrados tales como el Levítico, el Génesis, el Exodo y el Deuteronomio, establecieron distintas modalidades a la situación del esclavo, la cual asumía un carácter temporal.

La esclavitud en las ciudades griegas tenía como causa general la propia guerra, en Esparta, por ejemplo, una de las clases en que estaba dividida la sociedad eran los ilotas, reducidos a la esclavitud; situación que llegó a ser importante materia de regulación por el derecho positivo, lo mismo que en Roma.³

En el México precortesiano, durante la Colonia o en la época moderna, la esclavitud de un ser humano podía derivar, además de la guerra, por mero nacimiento en el seno de una determinada casta o clase social; por motivos religiosos; como sanción por la comisión de un delito grave; como último recurso para saldar deudas pendientes; por haber sido objeto de un contrato de compraventa, etcétera.⁴

Las "Guerras Floridas" del México precolonial frecuentemente tenían como único objetivo la obtención de esclavos y prisioneros, unas veces destinados a la servidumbre y otras al sacrificio. Asimismo, ningún otro interés, como no fuera el odioso comercio de esclavos, guiaba las incursiones en África de las huestes armadas de algunos países europeos que auspiciaban y solapaban tan oprobioso comercio.

Cabe subrayar que la esclavitud, las más de las veces, estuvo vinculada con móviles económicos. De ahí que si en la Roma arcaica el dueño simplemente aumentaba su producción con el trabajo del esclavo, durante la Roma republicana e imperial dicho trabajo llegaría a constituir la base de su economía. Más tarde, el descubrimiento del

³ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales", Op. cit., pág. 294

⁴ Cfr. GARCIA-GALLO, Concepción. "Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas", Anuario de Historia del Derecho Español, t. I., núm. 1, Madrid, 1980, pág. 1005

continente americano, pero sobre todo la colonización de éste, como de otros territorios del mundo, harían cobrar nuevos bríos a esta antigua forma de dominación y explotación del ser humano.

Así se explica que en la época moderna la esclavitud haya podido subsistir, por ejemplo, hasta 1848 en las colonias francesas y hasta 1865 en los Estados Unidos de Norteamérica, dado que tal institución era considerada necesaria a la economía de estos países.

En México, en la época precolombina, un individuo podía ser sometido a esclavitud en tres casos distintos, a saber: por causa de guerra; como sanción por la comisión de un delito grave y, por último, por propia voluntad como medio de saldar las deudas contraídas.

Durante casi toda la época de la dominación colonial española, los indígenas o naturales de la Nueva España no podían ser reducidos a la condición de esclavos, sino que eran considerados como un objeto de cristianización, tal como lo dispuso en su testamento la reina Isabel la Católica⁵; si bien no quedaron a salvo de ser objeto de otras formas de sumisión y explotación, entre las cuales cabe mencionar, por ejemplo, la encomienda, la cual no fue suprimida sino hasta el siglo XVIII. En cambio, la esclavitud quedó reservada a los individuos de raza negra traídos del África, merced al comercio negrero emprendido por franceses, holandeses, ingleses o portugueses, el cual reportaba pingües ganancias a estos traficantes y a los gobiernos que toleraban y hasta auspiciaban semejante comercio.

Durante la Colonia, diversas disposiciones reales pretendieron suavizar el tráfico de esclavos negros o, al menos, impedir su abuso, al determinarse que éstos no deberían introducirse a las Indias sin licencia del Rey, de la justicia y oficiales reales. (Leyes de 21

5 Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales". Op. cit., pág. 295

de junio de 1595 y 17 de marzo de 1557, dadas por Felipe II, y que aparecen compiladas en el título XVIII del libro VIII de la Recopilación de Leyes de Indias.⁶

Inglaterra y Francia fueron los países que desde fines del siglo XVII y a principios del XIX descollaron en ese tráfico execrable, que fue condenado por la Iglesia Católica, la cual, a través de León XIII y en la Encíclica *In Plurimis*, declaró que la trata de negros contravenía de manera ostensible las leyes divinas y humanas.⁷

El clamor antiesclavista alcanzó su clímax con las críticas a esta institución y con las ideas libertarias de la Ilustración, durante el propio siglo XVIII. Tales ideales libertarios encontraron eco en las preocupaciones y anhelos por la afirmación de la libertad personal de los insurgentes que emprendieron la lucha por la independencia en nuestro país. En este sentido, los documentos fundamentales elaborados en el México insurgente e independiente proscribieron expresamente la esclavitud; a saber, en la proclama de Miguel Hidalgo y Costilla de 6 de diciembre de 1810; los Elementos Constitucionales de Ignacio López de Rayón de 1811 (art. 24); la Constitución de Cádiz de 1812 que consideraba como españoles a "... todos los hombres libres nacidos y avecinados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos" (art. 5º); los Sentimientos de la Nación de José María Morelos, de 14 de septiembre de 1813 (art. 15); la Constitución de Apatzingán, que reputó como "ciudadanos de América" a todos los nacidos en ella (art. 13); el Plan de Iguala de 24 de febrero de 1821, que declaró que todos los habitantes de la Nueva España, sin distinción alguna de los europeos, de africanos, ni de indios, eran ciudadanos de la monarquía mexicana, con opción a todo empleo, según su mérito y virtudes; el "Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano" de 10 de enero de 1822, que consideró como mexicanos "... a todos los habitantes del imperio..." sin

6 Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", Op. cit., pág. 295

7 Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", Op. cit., págs. 294 y 295

distinción de origen (art. 7°); el Decreto Congressional de 13 de julio de 1824, que abolió para siempre la esclavitud en México, prohibiendo el tráfico de esclavos y declarando que los individuos que en el extranjero hubiesen tenido esta condición, debían quedar libres "con sólo el hecho de pisar territorio mexicano"; los tratados entre México e Inglaterra de 16 de diciembre de 1826, que sancionaron en el mismo sentido; la ley de 15 de septiembre de 1829, expedida por Vicente Guerrero, que puso a cargo del erario la indemnización a favor de los propietarios de esclavos que existían; la ley de 5 de abril de 1837; las Bases Orgánicas de 1843, que en su artículo 9 establecieron que ninguno es esclavo en territorio de la nación y que el que se introduzca quedará en clase de libre y bajo la protección de las leyes; el Estatuto Orgánico Provisional de 15 de mayo de 1856 expedido por Ignacio Comonfort, que enfatizó: "En ningún punto de la República Mexicana se podrá establecer la esclavitud" y "los esclavos de otros países quedan en libertad por el hecho de pisar territorio de la nación". Las Constituciones de 1857 y 1917, en su artículo segundo respectivamente, reiteraron el tan mencionado derecho a la libertad y la protección de las leyes.⁸

La esclavitud sigue existiendo en nuestros días, no obstante haber sido abolida en la inmensa mayoría de los órdenes jurídicos internos, y de estar prohibida en el plano internacional por las Convenciones de Ginebra, del 25 de septiembre de 1926, relativa a la esclavitud, y del 7 de septiembre de 1956, concerniente a la abolición de la esclavitud, de la trata de esclavos y de las instituciones y prácticas análogas.

El maestro Rodríguez y Rodríguez menciona que según informes del grupo de trabajo sobre la esclavitud, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, establecido en 1974, hoy día existirían varios millones de esclavos en el

⁸ Cfr. BURGDA ORIHUELA, Ignacio, "Las Garantías Individuales", Op. cit., págs. 296 y 297

mundo⁹, además de que en países que oficialmente la han abolido, la esclavitud aún existe. Tal sería el caso, por ejemplo, de Mauritania, país que suprimió la esclavitud el 5 de junio de 1980, pero donde todavía existían en 1984, aproximadamente unos 100.000 esclavos^{10 .11}

⁹ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1984/23

¹⁰ UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1984/CPR.I/add.10

¹¹ Cfr. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. Comentario al Artículo 2^o constitucional. En "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada". Op. cit., pág. 7

ESTADO ACTUAL DEL TRAFICO DE MENORES

El rejuvenecimiento de la población ha producido el agravamiento de las malas condiciones de vida en los países del tercer mundo, con daño para su niñez y la insatisfacción de sus necesidades básicas en lo físico, intelectual, espiritual y educacional. Según un estudio del UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), en 1969 había en Latinoamérica y el Caribe 22,240,400 niños desnutridos menores de cinco años, y más de 7,039,760 niños de esas edad con grados de desnutrición altos; estas cifras subieron a 28,288,200 y a 8,707,600, respectivamente, en 1970; y en 1977, el 39% del total de la población carecía de servicios de agua potable.¹²

En los países industrializados el nivel de vida trae consigo el uso masivo de medios anticonceptivos que producen violentas caídas de las tasas de natalidad.

Este fenómeno demográfico ocasiona que las parejas en los países industrializados que pretenden adoptar a un menor, no lo puedan hacer por no existir niños desamparados en su país, promoviendo así las adopciones de menores provenientes de países de América y Asia, en donde existe una pobreza extrema y un acelerado crecimiento demográfico.

Asimismo, es importante recalcar que en los países desarrollados las mujeres ya no desean embarazarse por diversos factores, sobre todo de tipo económico, ya que prefieren recurrir a la compra de infantes en lugar de dejar de trabajar por estar embarazadas, pero cuando por alguna razón las mujeres que van a otro país a trabajar quedan embarazadas, se rehusan a dar a sus hijos en adopción.

¹² UNICEF. "Situación de la Infancia en América Latina y el Caribe". Oficina Regional para las Américas. Edit. Universitaria. Santiago de Chile, 1979, págs. 99, 192 y 193

Es importante considerar que desde 1980 el número de adopciones en el extranjero por parte de parejas estadounidenses creció de 5,139 a más de 10,000 en 1987. La cantidad en Francia también aumentó al doble en el mismo período y por primera vez los 2,227 bebés extranjeros llevados a ese país en 1986, sobrepasaron al número de niños franceses adoptados. En la misma forma en Gran Bretaña.¹³

Si las adopciones van en aumento, las irregularidades también; por ejemplo en Corea del Sur, Filipinas y Tailandia, los trabajadores sociales no se preocupan de la inmoralidad de comerciar con seres humanos, como si fueran mercancías, ya que muchas parejas que no desean arriesgarse al rechazo o soportar los procedimientos de adopción de las agencias aprobadas por sus gobiernos, que generalmente son muy largos y rigurosos, terminan negociando con traficantes, los cuales no tienen el menor interés en el bienestar del menor y ayudan inconscientemente a la expansión de un comercio subterráneo.

En Corea del Sur por ejemplo, se llevan a cabo el mayor número de adopciones por extranjeros (más de 6,000 al año). Las agencias de adopción con licencia del gobierno tratan inicialmente de colocar a los bebés abandonados en familias coreanas, pero debido a las tradiciones y al respeto por los lazos sanguíneos rechazan adoptar a un hijo ilegítimo y en consecuencia dos terceras partes de los infantes son dados en adopción a extranjeros a un costo promedio de U.S. \$4,500.00. Al parecer no se ha presentado un mercado negro de menores en este país, sin embargo se teme que este sistema se haya pervertido, ya que el dinero que proviene de las adopciones internacionales sólo se destina a pagar los costos de operación de las agencias y algunos programas de ayuda social, con lo que

¹³ KAPLAN, Barbara. "Occidental Couples Apply to Asia and Latin America to occupy cradles at home". News Week, México, 6 de junio de 1988.

se deduce que "las agencias se han vuelto demasiado dependientes de las grandes ganancias que están obteniendo, convirtiéndose en un verdadero negocio".¹⁴

Por otro lado, en países como Chile, Argentina y Sri Lanka también los traficantes cosechan jugosas ganancias de parejas occidentales cobrándoles hasta U.S.\$20,000.00 por infante.¹⁵

En estos países los gobiernos no vigilan activamente los procedimientos de adopción y no hay leyes que prohiban que las madres vendan a sus hijos.

En Chile los comerciantes individuales y agencias ilícitas pagan a una madre hasta U.S.\$1,000.00 por bebé, para venderlo posteriormente por quince veces esa cantidad. En Argentina, donde el 90% de la población es de origen europeo, los bebés de ojos azules y cabello rubio tienen una demanda especialmente alta, alcanzando un valor de hasta U.S.\$20,000.00.

Funcionarios latinoamericanos calculan que entre 200 y 700 menores son exportados ilegalmente desde cada uno de esos países cada año.¹⁶

En Sri Lanka, se han detectado las llamadas granjas de bebés, las cuales localizan mujeres jóvenes empobrecidas que se encuentran en las primeras etapas del embarazo a las que les ofrecen un buen cuidado, comida y la modesta cantidad de U.S.\$100.00

14 KAPLAN, Barbara. "Occidental Couples Apply to Asia and Latin America to occupy cradles at home". Op. cit.

15 KAPLAN, Barbara. "Occidental Couples Apply to Asia and Latin America to occupy cradles at home", Op. cit.

16 KAPLAN, Barbara. "Occidental Couples Apply to Asia and Latin America to occupy cradles at home", Op. cit.

mensuales si aceptan vivir en las ciudades granjas hasta que hayan dado a luz y entreguen a sus bebés recién nacidos.

Algunos bebés son vendidos directamente a parejas extranjeras visitantes, otros son exportados ilegalmente a un precio promedio de U.S.\$1,000.00 a Asociaciones en Bélgica y Suiza, que luego venden a los menores aumentando su precio hasta U.S.\$8,000.00.

Las autoridades de Sri Lanka calculan que unos trescientos niños fueron vendidos a parejas occidentales en 1987, a pesar del hecho de que el gobierno haya reducido el número de granjas de bebés de 50 a menos de una docena desde 1986.¹⁷

De manera similar, intermediarios en Filipinas han desarrollado un comercio especial que coexiste con el sistema legítimo de adopciones del gobierno. Ellos buscan mujeres embarazadas en clubs nocturnos y barrios bajos cerca de las bases militares de los Estados Unidos para comprar bebés de sangre mixta y luego venderlos a parejas occidentales.

En Guatemala, entre octubre de 1981 y marzo de 1986, se registraron 166 adopciones con fines lucrativos.

Pocos países, con excepción de las economías planificadas, están libres del tráfico internacional de menores de edad.

Por su parte, en la República Mexicana también se ha detectado la existencia de "mafias de abogados e incluso religiosas que se dedican a la actividad y que operan sobre todo en

¹⁷ KAPLAN, Barbara. "Occidental Couples Apply to Asia and Latin America to occupy cradles at home". Op. cit.

la frontera Norte"¹⁸, las cuales se aprovechan de la extrema pobreza en la que se encuentran muchas familias mexicanas, mismas que son persuadidas a regalar o vender a sus hijos, quienes son llevados posteriormente al extranjero mediante vías ilícitas e inclusive mediante vías lícitas, como es el caso de la adopción.

Cabe mencionar que las ciudades con más índice de tráfico de menores mexicanos son Tijuana y Ciudad Juárez.

El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas encargado del estudio de los derechos del niño señala que "aproximadamente un millón de niños en todo el mundo sufre cada año situaciones de esclavitud, relacionada con la explotación de la mano de obra infantil, el comercio sexual infantil, la participación obligada de niños en acciones criminales, la utilización de bebés y menores de edad para el trasplante de órganos y la venta de infantes para su posterior adopción por otra familia".¹⁹

Los menores que son objeto de tráfico son destinados no tan sólo al abuso y comercialización, sino también al tráfico de órganos, que conlleva a la comisión de otros delitos como el infanticidio. Es decir, que el tráfico ha alcanzado límites crueles y completamente inhumanos.

Los traficantes, una vez que trasladan al bebé al extranjero lo venden a hospitales o clínicas clandestinas principalmente en Estados Unidos, en donde médicos sin escrúpulos extraen sus órganos vitales para ser guardados en bancos a la espera de un trasplante, que por lo general sólo beneficia a los ricos, quienes son los únicos que pueden pagar

¹⁸ TORNEL MORENO, Arturo. "Escandaloso Tráfico de Niños Mexicanos a E.U.", La Prensa, México, 18 de septiembre de 1989, pág. 31

¹⁹ "Un millón de niños en situación de esclavos", La Jornada, México, 8 de agosto de 1989, pag. 21

operaciones tan costosas, ya que cada órgano puede alcanzar precios de hasta U.S.\$75,000.00.

En los hospitales estadounidenses, una vez extraído el órgano "los infortunados niños terminan en los orfanatorios del vecino país del norte, convirtiéndose en un problema para las autoridades de aquél país".²⁰

El mercado ilegal en los países desarrollados, principalmente en los Estados Unidos, ha estado exigiendo órganos y tejidos humanos de diversa índole: ojos, riñones, corazones, pulmones, hígados, sangre, entre otros.²¹

La Asociación de Juristas Democráticos rindió en Ginebra un informe a la Subcomisión de la ONU para los Derechos Humanos, y señaló que "es posible que se haya creado un mercado y comercialización de partes del cuerpo humano" a raíz de que se hicieron posibles los trasplantes.²²

"En Honduras, la policía encontró un centro en donde estaban trece niños en cautiverio, listos para ser enviados a Estados Unidos a efecto de que sus órganos fueran utilizados, según confesaron las cinco personas detenidas que habían constituido tan discriminada y despiadada empresa. Por cada niño les darían 10 mil dólares".²³

En Guatemala aconteció algo similar, "...niños robados o comprados a familias pobres o madres solteras, están ahí listos para ser trasladados a organizaciones privadas

20 TORNEL MORENO, Arturo. "Escandaloso Tráfico de Niños Mexicanos a E.U.", Op. cit., pág. 31

21 Cfr. AGUILAR CORTES, Marco Antonio. "Organos Humanos: Compraventa de Niños", Excélsior, México, 24 de junio de 1988, pág. 7

22 "Las Adopciones de Bebés, motivo polémico en Paraguay". El Universal, El Universal, México, 10 de agosto de 1988, pág. 10

23 TAMEZ, Mario. "Escándalo: Trafican con Bebés". Ovaciones Express, México, 10 de julio de 1988, pág. 9

estadounidenses, disfrazadas de benefactoras, pero prósperas por la actividad en la venta de órganos humanos. El precio que fijaban por cada niño era de 15 mil dólares."²⁴

En Honduras, a pesar de que la embajada de Estados Unidos se opusiera, los parlamentarios de la oposición manifestaron que la adopción de niños hondureños en su país está vinculada al tráfico de órganos para trasplantes. La denuncia fue hecha por la diputada del Partido Liberal Rosario Godoy de Osejo, que presentó una lista de abogados y otras personas que dijo se dedican al tráfico de niños para darlos en adopción en Estados Unidos, específicamente en una clínica de Los Angeles.²⁵

Se ha logrado detectar a diversas bandas que trafican con menores "para venderlos a laboratorios de Israel y Estados Unidos."²⁶

Una nota del Diario Noticias de Paraguay del 24 de agosto de 1988 muestra que México no es ajeno al tráfico de menores de edad; el encabezado de dicha nota señala lo siguiente: "En México hacen los Trasplantes". en dicha nota un doctor paraguayo platicó su experiencia en los hospitales mexicanos y señala la existencia de toda una organización provista de elementos médicos y paramédicos, helicópteros, etc., donde eran capaces de que los equipos médicos simultáneamente a través de radiollamadas pudieran hacer las intervenciones para el trasplante. Además, advirtió que teme que los niños paraguayos sean llevados al exterior para ser sometidos a trasplantes de órganos ya que existen bancos de órganos especialmente montados para ello.²⁷

24 AGUILAR CORTES, Marco Antonio. "Órganos Humanos: Compraventa de Niños", Op. cit. pág. 8

25 "En Estados Unidos no hay Clínicas de Descuartizamiento de Niños del Tercer Mundo: Terry Kneebone. Según R. Godoy en Los Angeles se trafica con órganos Humanos". El Universal, 14 de abril de 1994, págs. 2 y 15

26 "Capturan a una pareja israelí y a un pediatra, acusados de Tráfico de Menores en Guatemala". El Sol de México, México, 8 de febrero de 1989, pág. 14

27 "En México hacen los trasplantes". Diario Noticias, Asunción, Paraguay, 24 de agosto de 1988, pág. 25

Se informa también que posiblemente el tráfico de bebés descubierto sirva para alimentar bancos de órganos de los Estados Unidos, considerando que algunos niños paraguayos habían sido adoptados sin importar que tuvieran defectos físicos.²⁸

Por su parte, el gobierno de los Estados Unidos ha negado absoluta y categóricamente las declaraciones de que los niños adoptados en Paraguay y otros países de América Latina sean destinados para trasplantes de órganos en territorio norteamericano, argumentando que se trata de un rumor sin pruebas iniciado en Honduras en 1987 y difundido posteriormente por la prensa controlada por la Unión Soviética.²⁹

Aunque el robo y el tráfico de menores no es algo del todo nuevo, sí lo es el objeto al que son destinados una vez que han sido expatriados. Parece que pese a la polémica del tema, "en los congresos Internacionales sobre Protección al Menor, los médicos de los distintos países prefieren no hablar del tema y le dedican muy poco espacio en sus deliberaciones, 'más bien porque todavía es un tema tabú' a nivel mundial o porque tal vez existen intereses creados".³⁰

La triste realidad es que hay algunos menores extranjeros que viven con órganos humanos obtenidos por infanticidio de menores mexicanos.

"En México, el tráfico de niños está comprobado. Hay una red de delincuentes que roba niños, no sólo para adopciones ilegales, actividades pornográficas y prostitución infantil, sino para traficar con sus órganos", afirmó Eric Sottas, presidente de la Organización Mundial contra la Tortura, en la Reunión de Expertos Europeos sobre Trasplantes, en Basilea, Suiza, el pasado 8 de marzo.

28 "Tráfico de Bebés: Un nuevo caso". Diario Noticias. Asunción, Paraguay, 9 de agosto de 1988, pág. 24

29 "Continúa el operativo". Diario Noticias. Asunción, Paraguay, 10 de agosto de 1988, pág. 21

30 "Las Adopciones de Bebés, motivo polémico en Paraguay", El Universal, Op. cit., pág. 10

Según el informe, elaborado con apoyo de 200 organismos de derechos humanos en el mundo, el tráfico de órganos infantiles está confirmado en México, Brasil, Argentina, Perú, Colombia, Honduras, Nepal, Hong Kong, Albania y Polonia; mientras que los principales destinatarios son Estados Unidos, Suiza, Alemania y, particularmente, Italia.

Los niños de la calle en países como México, facilita la actividad ilegal de los delincuentes organizados en sindicatos del crimen, para traficar con los órganos. Por la cercanía con Estados Unidos, en México hay una alta demanda de órganos y existen clínicas con equipo médico altamente especializado, en las que se realizan trasplantes de órganos. Este informe también habla de 17 clínicas privadas en Tijuana y Ciudad Juárez, en las cuales doctores, urólogos y demás especialistas ofrecen trasplantes de córneas y riñones; el 80% de los clientes son extranjeros, y esto precisamente en una zona en donde gran número de niños mexicanos han sido reportados como desaparecidos.³¹

Lo más controvertido del informe Sottas, es que en 1990 las autoridades gubernamentales de México admitieron que existía tráfico de órganos, pero dos años más tarde lo negaron. Después de una serie de secuestros de niños en los estados de Aguascalientes, Zacatecas y Durango, la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, creó una comisión para investigar el asunto; estableciendo que los niños secuestrados habían sido transferidos a Tijuana, Ciudad Juárez y Nuevo Laredo. El entonces alcalde panista de Tijuana, se negó a que el asunto fuera dado a conocer a la opinión pública y así evitar efectos negativos para el turismo de la región.

El licenciado Héctor Ramírez Cuéllar, quien era parte de la comisión investigadora, dice al respecto que "...se comprobó que algunos de los niños raptados fueron utilizados para

31 MARTINEZ, Sanjuana. "Está confirmado en México el tráfico de órganos infantiles: Organización Mundial contra la Tortura", Revista Proceso no. 907, 21 de marzo de 1994, pág. 57

el tráfico de órganos. Se sospecha que en Tijuana existe un mercado negro de órganos entre México y Estados Unidos".

Uno de los fenómenos más preocupantes, dice el informe Sottas, es el "turismo de trasplantes", que consiste en que las clínicas mexicanas facilitan el que los "enfermos de lujo" se libren de los trámites y las listas de espera, y así los ricos europeos y norteamericanos viajen a México para que se les trasplante un órgano, sin que se registre la donación o se haya cumplido con los requisitos legales.³²

En Estados Unidos las leyes no establecen que se lleve un control serio de los trasplantes de órganos. No existen leyes rigurosas, como en Alemania o Bélgica, donde se tienen que registrar donador y receptor. En la India la venta de órganos está permitida.

El documento menciona que un informe especial del relator de la Comisión de Derechos Humanos en la ONU, señala que en Estados Unidos, el país de destino de un gran número de niños adoptados, no se tiene un programa enfocado a monitorear los abusos en el área de trasplantes.

En mayo de 1993, 57 países -México entre ellos- firmaron en la Haya un convenio contra el tráfico de niños, titulado "Una familia para un niño, y no un niño para una familia", en el cual se comprometen a crear organismos que supervisen las adopciones.

México, junto con Rumania y Brasil, ocupa uno de los primeros lugares en adopción ilegal de niños. Nuestro país ha sido considerado como un "país problemático" para la adopción legal de niños, al igual que Guatemala, Ecuador, El Salvador, Nicaragua y

³² MARTINEZ, Sanjuana. "Está confirmado en México el tráfico de órganos infantiles: Organización Mundial contra la Tortura", Op. cit. pág. 58

Marruecos, ya que "no se produce la inscripción del niño en el registro nada más por nacer, carece de leyes de adopción y sólo permite la adopción simple".

Según los expertos internacionales presentes en la firma del convenio, más de 20,000 menores adoptados anualmente en el mundo son víctimas de un tráfico dirigido por intermediarios que "se enriquecen a costa de ignorar sus derechos".

El Informe Sottas revela que, desde hace casi diez años, en América Latina se produce el tráfico de niños para abastecer la demanda de órganos para trasplantes. Sin embargo, aclara que las evidencias documentales son escasas y la mayor parte de los informes estuvieron condicionados y basados en rumores.

No obstante, en 1992, la Organización Mundial contra la Tortura creó un departamento de búsqueda de víctimas de tortura, ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas y otras violaciones similares de derechos humanos. Se enviaron cerca de 300 cuestionarios a organizaciones no gubernamentales de diferentes países, solicitando información respecto de tales incidentes. Entre las respuestas un cierto número de estas organizaciones mencionaron su temor sobre la existencia de tráfico de niños con el propósito de extraerles sus órganos.³³

Durante la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Organización Mundial contra la Tortura presentó la ponencia "Infantes y Exigencias (violaciones y niños)", donde se citaron casos comprobados de extracción de órganos, corroborados por testigos y en algunos casos confirmados por las autoridades de los países correspondientes.

³³ MARTINEZ, Sanjuana. "Está confirmado en México el tráfico de órganos infantiles: Organización Mundial contra la Tortura", Op. cit. pag. 58

El relator especial de Naciones Unidas sobre el tráfico de niños, prostitución y pornografía infantil, Vitit Muntabhorn, en su informe del 3 de marzo de 1994, ante la Comisión de Derechos Humanos aceptó la existencia de un cúmulo de evidencias sobre la existencia de un mercado de órganos de niños, el cual es totalmente ilegal. Por su parte, el profesor Schwartzberg, relator europeo sobre la prohibición del tráfico de órganos, en su informe de 25 de febrero de 1993, dijo que los mecanismos aplicados para evitar ese tráfico no han sido efectivos.

"La aprobación de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores es un reconocimiento de que existe, sobre todo en los países de menor desarrollo", así lo aceptó el presidente de la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado de la OEA, que se celebró en México, en marzo de 1994.³⁴ Por primera vez se establece un concepto sobre el tráfico de menores y la obligación de los Estados firmantes a punir tal conducta.

La Convención a que se refiere el párrafo anterior, tiene como antecedente el Convenio de Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, aprobado en mayo de 1993 en La Haya, firmado por México, Brasil, Colombia, Costa Rica y Uruguay.

Lamentablemente no se cuenta con datos exactos y oficiales que pudiesen respaldar la existencia fehaciente, así como el número de adopciones legales cuyo origen es ilegal, es decir niños secuestrados que posteriormente son adoptados mediante trámites legales. De acuerdo con datos publicados en el boletín 232 de agosto de 1993, del Instituto

34 MORALES, Sonia. "En la OEA, por fin un logro: se reconoce que existe el tráfico de menores". Revista Proceso no. 907, 21 de marzo de 1994, pág. 59

Interamericano del Niño, un alto porcentaje de niños adoptados en Estados Unidos entre 1979 y 1989, provenían de Asia (59.453), seguida de América Latina y el Caribe (21.591). De éstos, 6.972 eran colombianos, 2.117 salvadoreños, 1.656 guatemaltecos y 1.463 mexicanos.

En Suecia se adoptaron 15.906 niños en la década pasada; 4.890 de América Latina y el Caribe, de los cuales 2.621 eran colombianos, 1.307 chilenos y 23 mexicanos. Asiáticos fueron 10.025.

Noruega adoptó 4.963. De América Latina y el Caribe 1.539: 1.185 colombianos y 126 guatemaltecos. De Asia, 3.418.

El periodista español Jose Manuel Martín Medem, autor del libro "Niños de repuesto. Tráfico de menores y comercio de órganos", editado por la Universidad Complutense de Madrid, considera que se pagan desde 10.000 hasta 25.000 dólares por un niño en adopción ilegal. Hasta 100.000 dólares por un corazón, o 30.000 por un riñón.

"Como el azúcar, el mineral o el camarón, los niños latinoamericanos se exportan. Considerados desechables por quienes reparten la comida y el amparo, son reciclados como repuestos para familias sin hijos o con hijos sin futuro."³⁵

Martín Medem acumula evidencias, denuncias y testimonios que demuestran la existencia de mafias sobre el tráfico de niños en América Latina; "...las evidencias sobre la complicidad o el acomodamiento de los escuadrones de la muerte, los narcotraficantes y los robachicos se van acumulando en América Latina a pesar de encontrarnos en un

³⁵ MARTINEZ, Sanjuana. "Niños de repuesto: México exporta a Estados Unidos unos 20.000 al año. Publican en España un libro sobre el tráfico de órganos". Revista Proceso No. 918, 6 de junio de 1994, pág. 53

terreno pantanoso donde es muy difícil conseguir pruebas. En Brasil lo han denunciado las Misiones Salesianas. En Guatemala, la militarización del país hace prácticamente imposible que no haya conexiones entre el tráfico de niños y la mafia de los uniformados, acusada por la DEA de proteger la ruta de la cocaína desde Colombia hacia Estados Unidos. En Argentina, los torturadores se apropiaron de los hijos de sus víctimas. Son los casos más documentados, pero en general, la hermandad de la muerte tiene canales de comunicación -cubiertos por la impunidad- entre los distintos negocios de la represión: los asesinatos políticos, la corrupción de las instituciones del Estado con los narcodólares y la zafra (cosecha) de los niños latinoamericanos en beneficio de los que empobrecen a sus padres".³⁶

El tráfico de niños tiene una tradición de casi medio siglo en México. En 1946, José Vasconcelos, publicó su melodrama "Los robachicos"; un año antes había iniciado en el diario Novedades de la Ciudad de México, una campaña contra "la mafia tenebrosa de los robachicos". Vasconcelos exigía la pena de muerte para los secuestradores de niños, "que se merecen la horca, porque fusilarlos sería deshonar a las balas"³⁷

Joaquín Ruiz Giménez, presidente de la UNICEF en España, afirma que se dan complejas dimensiones del maltrato estructural o institucional, y de los malos tratos coyunturales y singularizados, en el tráfico de menores; y, por si fuera poco, en el comercio de órganos. La cobertura jurídico-normativa nacional e internacional de los derechos de los niños para ser respetados como personas y eficazmente protegidos contra todo maltrato, resulta "clamorosamente insuficiente..."

³⁶ MARTINEZ Sanjuana. "Niños de repuesto: México exporta a Estados Unidos unos 20,000 al año. Publican en España un libro sobre el tráfico de órganos". Op. cit. pág. 53

³⁷ MARTINEZ Sanjuana. "Niños de repuesto: México exporta a Estados Unidos unos 20,000 al año. Publican en España un libro sobre el tráfico de órganos". Op. cit. pág. 53

"Treinta millones de niños latinoamericanos se ven obligados a trabajar para contribuir a los escasos ingresos familiares. Quince millones de niños luchan por la supervivencia en las calles. Las privaciones de los niños de las Américas tienen su raíz común en la pobreza y la desigualdad social."³⁸

Martín Medem menciona el libro "Los niños de colores", de Eugenio Aguirre, especie de novela sobre el tráfico de niños para trasplantes, escrito en México en 1988, pero publicado en febrero de 1993, con esta presentación:

"Esta es la primera denuncia literaria de un fenómeno ético-social capaz de poner los pelos de punta a los más depravados torturadores del nazismo y a los dictadores más inescrupulosos de América Latina y que, sin embargo, es practicado en los países primermundistas que se presumen paladines en la defensa de los derechos humanos y las garantías individuales: el mercado negro de órganos de infantes para trasplantes en otros seres humanos con deficiencias."³⁹

Oaxaca y Chiapas son dos de los estados con mayor proporción de población indígena en México. En abril de 1993, la policía detuvo en Oaxaca al estadounidense Kate Dalwin, acusado de secuestrar niños en México para enviarlos a su país y de formar parte de una red internacional de tráfico de menores. Dalwin residía habitualmente en Brasil y alardeó de estar protegido por una red de intocables que anualmente roba en México entre 2,000 y 20,000 niños.

38 MARTINEZ. Sanjuana. "Niños de repuesto: México exporta a Estados Unidos unos 20,000 al año. Publican en España un libro sobre el tráfico de órganos". Op. cit. pág. 53

39 MARTINEZ. Sanjuana. "Niños de repuesto: México exporta a Estados Unidos unos 20,000 al año. Publican en España un libro sobre el tráfico de órganos". Op. cit. pág. 54

El maestro Víctor Carlos García Moreno, propuesto como representante ante el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, ya hablaba de unos 20,000 niños mexicanos exportados anualmente a Estados Unidos: "El tráfico de niños siempre ha existido, pero ahora también para abastecer el comercio clandestino de órganos." García Moreno expone el panorama de la situación del niño en México, país que el UNICEF considera como de alto riesgo para la supervivencia infantil.

En 1989, según la Cruz Roja, "de los dos millones doscientos mil niños que anualmente nacen en México, cien mil mueren de hambre antes de cumplir los cinco años; 50% sobrevive con defectos físicos y mentales a causa de la desnutrición.

La sustracción de menores para venderlos en Estados Unidos está confirmado por la policía. Entre mayo y octubre de 1990 se dieron los tres siguientes casos:

"Eusebio Zavala Molina fue capturado por las fuerzas de seguridad cuando se llevaba a cinco niños de entre cinco y once años, robados en Michoacán, para venderlos en Texas.

La policía detuvo a la enfermera Noemí Castellanos Benítez cuando sacaba a un bebé de la maternidad del hospital civil de Guadalajara. Reconoció que vendía recién nacidos mexicanos en Nueva Jersey.

El abogado José Luis Martínez Escananté fue condenado a cinco años y seis meses de prisión, acusado de ser el responsable de preparar adopciones ilegales de niños mexicanos que eran enviados a Europa y Estados Unidos.

Tres años después, continuaba el negocio.

El maestro Víctor Carlos García Moreno, propuesto como representante ante el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, ya hablaba de unos 20,000 niños mexicanos exportados anualmente a Estados Unidos: "El tráfico de niños siempre ha existido, pero ahora también para abastecer el comercio clandestino de órganos." García Moreno expone el panorama de la situación del niño en México, país que el UNICEF considera como de alto riesgo para la supervivencia infantil.

En 1989, según la Cruz Roja, "de los dos millones doscientos mil niños que anualmente nacen en México, cien mil mueren de hambre antes de cumplir los cinco años; 50% sobrevive con defectos físicos y mentales a causa de la desnutrición.

La sustracción de menores para venderlos en Estados Unidos está confirmado por la policía. Entre mayo y octubre de 1990 se dieron los tres siguientes casos:

"Eusebio Zavala Molina fue capturado por las fuerzas de seguridad cuando se llevaba a cinco niños de entre cinco y once años, robados en Michoacán, para venderlos en Texas.

La policía detuvo a la enfermera Noemí Castellanos Benítez cuando sacaba a un bebé de la maternidad del hospital civil de Guadalajara. Reconoció que vendía recién nacidos mexicanos en Nueva Jersey.

El abogado José Luis Martínez Escanamé fue **condenado** a cinco años y seis meses de prisión, acusado de ser el responsable de preparar **adopciones ilegales** de niños mexicanos que eran enviados a Europa y Estados Unidos.

Tres años después, continuaba el negocio.

De nuevo en Michoacán, dos mujeres fueron detenidas por la policía, el 12 de diciembre de 1993, con cinco niños robados -de entre cinco y catorce años- que iban a ser vendidos en Chicago; esto, según un informe de la agencia EFE.

En Veracruz, dos guatemaltecos capturados por las fuerzas de seguridad, con tres niños robados, confesaron que iban a venderlos en Estados Unidos por 8,000 dólares.

El 26 de enero de 1994, Martha Espíndola Trujillo reconoció, al ser detenida, que trabajaba para una organización dedicada a apoderarse de menores en la Ciudad de México y en Puebla, recibiendo 3, 300 dólares por cada operación. Confesó que había vendido a sus propios hijos, según EFE de México.

El Centro Mexicano para los Derechos de la Infancia, precisa que los niños robados en México, menores de seis años, es destinada en su mayoría a adopciones ilegales en Estados Unidos y Europa, que en el país del norte hay unos 10,000 niños esperando órganos para sobrevivir. Por eso, decenas de comadronas, enfermeras, médicos, abogados, jueces y hasta religiosos mexicanos participan como cómplices en el robo de niños, a los que extraen órganos en clínicas clandestinas de la frontera con Estados Unidos, y allí mismo se los trasplantan a niños ricos".⁴⁰

En América Latina, además de México, se dan casos dramáticos de tráfico de niños y comercio de órganos, en Guatemala, Honduras, Colombia, El Salvador, Haití, Chile, Perú, Argentina, Paraguay y, aunque muchos lo desconocen, Costa Rica.

40 MARTINEZ Sanjuana. "Niños de repuesto: México exporta a Estados Unidos unos 20,000 al año. Publican en España un libro sobre el tráfico de órganos". Op. cit. pág. 55

El Semanario Tiempo titulaba: "La mafia guatemalteca se dedica al tráfico de niños con destino a Estados Unidos". Se enviaban desde Guatemala las declaraciones del Jefe de la Sección de Inteligencia y Narcóticos de la Guardia de Hacienda, que había capturado a una pareja de israelíes con siete niños, preparados para enviarlos a Estados Unidos. Esos niños iban a ser enviados con el objeto de utilizar sus órganos en trasplantes para hijos de estadounidenses con problemas físicos especiales.

En interviú, la cabeza del reportaje escrito por José Luis Morales era: "Tráfico de bebés para trasplantes. España, en la ruta de los mercaderes de niños". Morales relacionaba con España a familiares de los expresidentes de Guatemala y Ecuador; se depositaban en bancos españoles los beneficios de un negocio de tráfico de niños, en el que parte de los infantes estaban destinados a dos clínicas de Estados Unidos, donde serían utilizados como donantes de sus órganos vitales.

El 17 de agosto de 1989, el entonces presidente de Paraguay, hizo la primera denuncia pública por parte de un jefe de estado de Estado sobre el tráfico de niños:

"Entre cinco y diez niños paraguayos se envían semanalmente al extranjero, vendidos por unos 7,000 dólares. Ciudadanos estadounidenses están directamente relacionados con el tráfico de bebés. Cualquiera puede ir al aeropuerto de Asunción y lo comprobará. Es increíble, pero en ese comercio están implicados abogados y jueces..."⁴¹

El mercado italiano para los "productos brasileños"⁴² es donde se ha llegado a la denuncia más contundente. El diputado francés del grupo socialista León

⁴¹ MARTINEZ Sanjuana. "Niños de repuesto: México exporta a Estados Unidos unos 20,000 al año. Publican en España un libro sobre el tráfico de órganos". Op. cit. pág. 55

⁴² El artículo que se ha venido comentando narra la historia de "los niños del carnaval", difundida por la agencia Reuters: Centenares de niños de familias muy pobres, nacidos nueve meses después de los amores coyunturales del carnaval brasileño, eran exportados para parejas italianas que los recibían en Nápoles. Los

Schwartzenberg, un médico especialista en trasplantes que fue ministro de Sanidad, aseguró que desaparecieron 3,000 de los 4,000 niños brasileños adoptados por italianos desde 1988, y temía que pudieran haber sido sacrificados para la comercialización de sus órganos.

Fue éste diputado quien propuso la resolución aprobada por el Parlamento Europeo contra el tráfico de niños para trasplantes: "Considerando los casos reconocidos de mutilación y asesinato de niños en algunos países en desarrollo con la finalidad de suministrar órganos destinados a trasplantes que se exportan hacia los países ricos", pide a la Comunidad Europea que tome las medidas necesarias para impedir el tráfico de partes humanas, que sólo se utilicen los órganos cuyo origen se conozca con exactitud y que la Comunidad Europea denuncie a los gobiernos que permitan el desarrollo de ese comercio.⁴³

Éric Sottas revela en su informe que durante 1993, cerca de 3,000 niños brasileños fueron enviados a Europa, en general, y a Italia en particular, como parte de un mercado organizado para la extracción de órganos para trasplantes. Una de las razones de la alta demanda de órganos en los países desarrollados es, según el documento, que el descenso de la mortandad en accidentes de tránsito ha reducido el número de donaciones. Por lo tanto, es de proponerse que se establezca un mecanismo internacional para controlar todos los trasplantes de órganos y tejidos; implementando un mecanismo de registro de su transporte en un sistema central mundial.

bebés alcanzan los mismos precios que un automóvil, -entre 15,000 y 23,000 dólares- en el siempre hambriente mercado internacional e ilegal de las adopciones.

43 MARTINEZ Sanjuana. "Niños de repuesto: México exporta a Estados Unidos unos 20,000 al año. Publican en España un libro sobre el tráfico de órganos". Op. cit. pág. 56

José Manuel Martín Medem, autor de "Niños de repuesto", asegura que no se está haciendo nada y que existe una impunidad internacional respecto del tráfico de niños y del comercio de órganos; no hay legislaciones nacionales adecuadas ni mecanismos internacionales que sirvan para detener esto, lo que también se explica porque se requiere que exista una policía que no tenga problemas de corrupción y que haya una opinión pública muy firme en la postura. En efecto, hay una impunidad social que es muy peligrosa, porque existe una especie de tolerancia en amplias capas de la sociedad que consideran desechables a quienes están perdidos en la miseria, y creen que el Estado no los defiende y que les hace falta la policía paralela para "quitarles de encima a esos gérmenes de delincuentes".⁴⁴

El tráfico de menores siempre ha existido, lo innovador del fenómeno son los medios operativos en que se ha venido presentando. Desafortunadamente, las dimensiones y alcances del problema resultan francamente desconocidos. Este grave fenómeno día a día va en aumento, por lo que es necesario que tanto organismos internacionales a nivel universal y regional, como los gobiernos que sufren este problema, tomen las medidas tendientes para la prevención y represión del mismo, a fin de garantizar a los niños de México y del Tercer Mundo una verdadera seguridad social... "la niñez es la flor más bella de los pueblos, dejar que se marchite es caer en el agotamiento físico y espiritual; protegerla con cariño, con esfuerzo y aún con sacrificio, es construir para hoy y para muchos mañanas."⁴⁵

"Para México, reiteramos, el tema de los menores de edad es una cuestión fundamental. Quizás constituye el tema principal. No hay exageración ni simple retórica en decir que

44 MARTINEZ, Sanjuana. "El Comercio de Organos de Niños Mexicanos, por miseria, indiferencia, corrupción e impunidad: Martín Medem". Revista Proceso, No. 918, 6 de junio de 1994, pág. 54

45 DAVALOS MORALES, José. Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano. Congreso Panamericano, Memorial. Sría. de Salud, Organización Panamericana de la Salud, México, 1989.

en ellos se está resolviendo ya, el futuro del país. No porque vayan a ser, como es obvio, los herederos de las actuales generaciones maduras en los puestos de trabajo y en el patrimonio general y particular, sino porque en ellos se zanjará el gran dilema de la República: la identidad nacional."⁴⁶

46 GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Compilación de legislación de menores": citado por Alejandro Manterola Martínez, en "De la Pluralidad a la Unidad Legislativa en Materia de Protección de Menores". Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Estudios Doctrinales, Serie G, No. 126, México, 1990.

BREVE RESEÑA SOBRE LOS IMPLANTES DE ORGANOS Y TEJIDOS.

Aunque se pudiera pensar que el tema de los trasplantes de órganos y tejidos puede tratarse únicamente de unos cuantos años a la actualidad, sus antecedentes se remontan a un tiempo inmemorial, pues ya las pinturas rupestres muestran la esperanza quimérica de mejorar ciertas cualidades físicas, ilusionando trasplantes de extremidades, o bien, partes completas del ser humano a animales. Esto se aprecia en algunas cuevas al sur de España en Altamira, que datan aproximadamente de 4,000 años antes de Cristo, o incluso en la creatividad mitológica de la antigüedad.⁴⁷

Se tiene referencia de un cirujano de la India llamado Susruta, "...el cual, hace más de 2,000 años reconstruía las narices de los guerreros, utilizando trozos de piel del mismo paciente extraídos de las mejillas. Este médico cobró fama hasta el reino de Sicilia en pleno siglo XV";⁴⁸ y, aunque se trataba de un autotrasplante o autoinjerto de piel, constituyó un gran avance en la técnica quirúrgica de aquella época.

Un relato de la mitología china que data de 300 años antes de Cristo, es el del cirujano Pienchilao, personaje que intercambiò corazones y estómagos de dos viajeros procedentes de Chao, antecedente significativo, pero obviamente no fidedigno, pues incluso habla de una milagrosa recuperación de tres días.⁴⁹

Otra leyenda es el milagro realizado por San Cosme y San Damián, que supuestamente data del año 350 después de Cristo y de la que ya habla Jacobo de la Vorágine en su

47 CASTRO VILLAGRANA, Bernardo. "Los Trasplantes de Corazón, ciencia o aventura?" Edici. Nuestro Tiempo, México, 1970, pág. 24

48 MAAS, Noel. "Necesidad de establecer normas para la Transferencia de Piezas Anatómicas entre Humanos", Revista del Colegio de Abogados de la Plata, Año XI, No. 24, Argentina 1970, pág. 391

49 CASTRO VILLAGRANA, Bernardo. "Los Trasplantes de Corazón, ciencia o aventura?" Op. cit., pág. 24

Leyenda Dorada, escrita en el siglo XIII; dichos santos trasplantaron de modo milagroso una pierna completa procedente de un moro que había fallecido el mismo día en el mismo hospital, a un devoto miembro de la Iglesia Primitiva, el diácono Justiniano, cuya propia pierna se veía afectada por un tumor maligno. Existen alrededor de 15 pinturas del siglo XVI, la mayor parte anónimas, que tratan el mismo tema. No obstante, quizá el color negro de la pierna trasplantada, que se refleja en las pinturas, se debía más bien a un rechazo por la falta de circulación, y no por la piel del donador. Unos días después, el diácono Justiniano perdió la pierna y falleció; por lo que San Cosme y San Damián fueron perseguidos, localizados y encontrados en Siria, Damasco, donde los decapitaron por haberse atrevido a usar la ciencia médica.⁵⁰

Aunque desde nuestro punto de vista esto no es propiamente un antecedente histórico del trasplante, el maestro Terán Lomas cita el "...tratamiento de la lepra en la Edad Media, por medio de lavamientos de las lesiones con sangre de aves puras y corderos.... pero la idea de la pureza como curación de la lepra era mediante el baño con sangre humana de niños o vírgenes.... en un cuadro atribuido a Rafael, conocido como 'La preparación del baño de sangre de inocentes para la curación de la lepra del Emperador Constantino', en él se revela lo extraordinariamente aterrador del tratamiento, pues las ulceraciones eran rociadas con la sangre extraída de una parte equivalente del cuerpo de la víctima..."⁵¹

En 1628 William Harvey descubrió la circulación de la sangre, y Jean Denis, médico de Cámara de Luis XIV de Francia, practicó con éxito la primer transfusión de sangre entre humanos.⁵² Se asevera que en la primera ocasión en que Denis realizó la transfusión fue

50 DIB KURI, Arturo. "Programa Nacional de Trasplantes". Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplante de Organos y Derecho Penal. ITAM, junio de 1991.

51 TERAN LOMAS, Roberto. "Los Trasplantes de Organos ante el Derecho Penal". Revista Jurisprudencia en Argentina. No. 4544, Buenos Aires, Argentina, 1974, pág. 4

52 HAYWARD, John A. "Historia de la Medicina". Fondo de Cultura Económica. Colecc. Bravarios. No. 110, 2a. ed., México, 1956, pág. 217

utilizada sangre de cordero, y se dice que con éxito, Pero en virtud de que aunque se desconocían los tipos sanguíneos, y de que no se podía evitar la formación de coágulos, el Tribunal de Chatelet, dictó severas penas para quienes practicaran esta operación, pues los shocks que provocaron a los pacientes eran de consecuencias inmediatas y mortales.

En 1897 Landsteiner dió una explicación científica sobre la incompatibilidad entre las diferentes sangres humanas, lo que confirmó Jansky en 1907, y Moss en 1910; cada tipo de sangre tiene sus propias aglutininas, y por medio de un suero se altera la constitución normal de la sangre.⁵³

En 1878, el cirujano Mac Ewen, de Glasgow, efectuó con éxito el primer trasplante de hueso de un ser humano a otro,⁵⁴ esto se debe a que el caso de los homoinjertos de huesos y arterias, son de los llamados "implantes muertos".

El primero en llevar a cabo trasplantes de órganos fue el doctor Alexis Carrel, hacia 1904, cuyos experimentos fue implantar, por ejemplo, un corazón de un cachorro en el cuello de un perro adulto, concluyendo la razón por la cual los homoinjertos no daban resultado no era quirúrgica sino biológica. Al año siguiente publicó un trabajo junto con el doctor Gutière, incluyendo el trasplante de venas y las técnicas empleadas para ello.⁵⁵

53 HAYWARD, John A. "Historia de la Medicina", Op. cit., pág. 218

54 CASTRO VILLAGRANA, Bernardo. "Los Trasplantes de Corazón, ciencia o aventura?" Op. cit., pág. 25

55 HAYWARD, John A. "Historia de la Medicina", Op. cit., pág. 219

METODOLOGIA

En el desarrollo del presente trabajo de tesis, se ha tomado como método a seguir, la disertación escrita para llegar a una proposición que se mantenga de razonamientos derivados de un proceso sistemático de ejercicios **analíticos** y **sintéticos**.

Este proceso deviene de la observación del problema objeto de nuestro estudio, a partir de un punto de vista sociológico-jurídico, con el objeto de poder llegar a una siguiente etapa de abstracción y conocer los principales aspectos del problema que nos atañe.

En una siguiente etapa, se trabajará mediante la investigación documental y de campo, comprobando o descartando los elementos contemplados en principio. El propósito es concluir en clasificaciones, incluso generalizaciones, comparación de instituciones, y llegar a tipos y modelos útiles en la solución jurídica del problema planteado.

CAPITULO 1.

CONCEPTUALIZACION DE LA TERMINOLOGIA INHERENTE AL TRAFICO DE MENORES.

1.1. TRAFICO

El origen de esta voz se sitúa en el latín "traffico", sinónimo del acto de comerciar o negociar.⁵⁶ Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española entiende que es la "acción de traficar, comerciar, negociar con dinero y las mercancías".⁵⁷ Se considera también como la circulación, tránsito de personas, vehículos, mercancías, etc...⁵⁸

Rafael de Pina considera que el vocablo tráfico es sinónimo de "comerciar o negociar"⁵⁹

Por otro lado, la Enciclopedia Jurídica Omeba define como comercio a toda "actividad lucrativa que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza"⁶⁰

Rafael de Pina entiende por comercio toda "actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores con propósito de lucro" o que dicha "actividad sea destinada a la circulación de los productos".⁶¹

56 **DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UNIVERSAL**. Ediciones y publicaciones CREDSA, Barcelona, España, 1969, T. 6, pág. 3354

57 **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**. Diccionario de la Lengua Española. 20a. ed, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1989, pág. 1327

58 **DICCIONARIO PRACTICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**. Ediciones Grijalbo, Barcelona, 1990, pág. 971

59 **DE PINA**, Rafael. "Diccionario de Derecho". 2a. ed., Edit. Porrúa, México, 1970, pág. 243

60 **ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA**. Edit. Bibliografía Argentina, T. II, Buenos Aires, 1986, pag. 305

61 **DE PINA**, Rafael. "Diccionario de Derecho". Op. Cit., pág. 96

Pese a que los términos de tráfico y comercio parecieren sinónimos, consideramos que se refieren a una misma actividad, pero mientras que el comercio hace circular mercancías mediante su intermediación con fin de lucro, el tráfico se refiere a las transacciones sobre mercancía prohibidas a través de medios ilegales y clandestinos, por lo que consideramos que el término tráfico se identifica más con el concepto de mercado negro o comercio ilegal,

Los términos tráfico o mercado negro de menores de edad, no son del todo adecuados, pero proporcionan una idea más amplia de los efectos del secuestro de niños.

Resulta importante puntualizar que las personas no tienen un valor comercial, por lo que no son enajenables ni tampoco pueden ser objeto de comercio por no ser susceptibles de apropiación o disposición, pues las cosas mercantiles se caracterizan por un valor de cambio basado en las cualidades de utilidad y permutabilidad, convertida ésta, desde el punto de vista jurídico en enajenabilidad. Es decir, las cosas dentro del comercio deben ser "susceptibles de ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley no haber sido declaradas irreductibles a propiedad particular."⁶² Se concluye por lo tanto, que los menores no son objeto de comercio.

El tráfico de menores de edad es el comercio o mercado ilegal de niños que tiene como fin obtener un lucro o un beneficio personal.

El tráfico de menores comprende todos los actos y sistemas de obtención de infantes, menores y adolescentes, con el objetivo de su disponibilidad absoluta; y por lo tanto, comerciabilidad correspondiente a su vez, a necesidades que irán de lo irregular a lo

⁶² DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho". Op. Cit., pág. 119

francamente perverso, pues solamente así puede explicarse la existencia de un mercado negro de niños y adolescentes.⁶³

Ya en la época del período presidencial que corrió de 1982 a 1988, la existencia del tráfico de menores y la necesidad de evitar su impunidad se tornaba preocupante; la Cámara de Senadores emitió un dictamen de propuesta de reforma al Código Penal, con la afirmación de que "...el tráfico de menores constituye un nuevo tipo, cuya práctica, lamentablemente frecuente, consiste en la venta de menores. La iniciativa toma en cuenta si el móvil es noble y si hay beneficio para el menor, al efecto de que al agente se le de un trato especial."⁶⁴

"En realidad se presentan casos de verdadero tráfico de menores, que son materialmente vendidos por quienes tienen el derecho y la obligación de hacerse cargo de ellos, conducta que permanece impune, por sí misma, dado que no existe tipo penal que la incrimine. En tal virtud, el proyecto sugiere introducir un artículo 366 bis, incorporando esta figura delictiva y previniendo un trato especial para el caso en que la entrega o la recepción del menor obedezcan a móviles nobles, que incluso puedan significar un beneficio para éste..."⁶⁵

"En la experiencia del Ministerio Público del fuero común, se ha observado la frecuencia con que se incurre en ciertas conductas que afectan a menores y a quienes sobre éstos ejercen la patria potestad o la tutela, sin que propiamente se configure la hipótesis

63 ABARCA LANDERO, Ricardo. "El Tráfico de Menores", Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 126, 1ª ed., México, 1990, pag. 197

64 Diario Oficial de la Federación del 13 de enero de 1994.

65 DE LA MADRID, Miguel. "El Marco Legislativo para el Cambio", Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, Sept-Dic 1983, Vol. 6, México, 1984, pág. 212

delictiva que con el extraño nombre de 'robo de infante' existe entre los tipos de secuestro regidos en el artículo 366...

En el caso en estudio, se dió lugar al nuevo artículo 366 bis, hay un fenómeno de entrega, recepción o tráfico de menores de edad, diversamente contemplado y sancionado en función de que exista o se carezca del consentimiento del ascendiente o del custodio, de que haya lucro en favor de quien hace la entrega o éste se produzca sin beneficio económico para el que la realiza, de que se reciba al menor con motivos nobles o con innoble designio. Distintas son las penas en el juego entre aquellos extremos...

La más leve de todas es aplicable a quien recibe al menor con propósito digno, para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación. Se sanciona este supuesto, sin embargo, porque el acto de recepción, no obstante su plausible motivo, se produce contraviniendo las normas que prevalecen en el campo de las relaciones familiares. En efecto, distinto tratamiento ameritan la tuela, consagrada por la ley y la recepción ilegítima, jurídicamente desviada, de un menor de edad pese al ánimo admisible y hasta encomiable de quien la recibe."⁶⁶

1.2. MENORES (PUNTO DE VISTA LEGAL INTERNO E INTERNACIONAL)

Antes de continuar abordando los conceptos que atañen al tema de nuestro interés, es medular referir un concepto primario del menor de edad.

La Enciclopedia Jurídica Omeba señala que es menor de edad "el hijo de familia que no haya llegado a la mayor edad."⁶⁷

⁶⁶ GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Justicia y Reformas Legales", Reformas normativas, No. 14, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Mexico, 1985, pags. 321 y 322

⁶⁷ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Op. Cit., pág. 563

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, en el Libro Primero, Título Décimo. Capítulo II, refiere en su artículo 646 que la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.⁶⁸

En este sentido, la mayoría de edad establece una presunción acerca de la plena madurez de juicio, y por lo tanto, la posibilidad del mayor de edad para querer por sí mismo en lo concerniente a sus relaciones jurídicas.

La mayoría de edad va a estar determinada por la Legislación de cada Estado, por lo que podremos encontrar que en algunos se adquiere antes y después de la edad de dieciocho años. Consecuentemente, Rafael de Pina menciona que "es menor la persona que no ha cumplido todavía los 18 años de edad."⁶⁹

En opinión del maestro Jorge Mario Magallón Ibarra, la materia de la capacidad -siendo el más elemental a la vez que trascendental de los atributos de la personalidad al grado de llegar a confundirse con la persona misma- es la que está más pobremente tratada en nuestro Código Civil; no obstante el propio ordenamiento jurídico contiene disposiciones generales sobre la materia en los artículos 22, 23 y 24, que sin definir a la capacidad, dice cuándo se pierde; con la aseveración de que la ausencia de ella es una restricción y que la mayoría de edad permite a la persona la libre disposición de su persona. De lo anterior, se concluye que la capacidad, en un sentido lato, es la aptitud que el individuo adquiere por razón de su nacimiento, para disfrutar y ejercitar sus derechos, así como para cumplir sus obligaciones.⁷⁰

68 CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 8ª ed., Edit. Miguel Angel Porrúa, México, 1989, pág. 128

69 DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho". Op. Cit., pág. 236

70 Cfr. MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil" Edit. Porrúa, México, 1987, T. I, págs. 214 y 215

En la búsqueda de una definición del menor, la Convención sobre los Derechos del Niño⁷¹, en su artículo primero, entiende por niño⁷² a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.⁷³

Por su parte, la Convención interamericana sobre restitución internacional de Menores, firmada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP IV), en julio de 1989, considera al menor como "toda persona que no haya cumplido dieciocho años de edad". Esta es una norma material sobre calificación de menor, sin embargo, dicha calificación no prejuzga, ni modifica el límite de mayoría de edad que cada país pueda adoptar al respecto.⁷⁴

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959,

71 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Naciones Unidas, 1989. pág. 2

72 Para efectos de nuestra investigación, emplearemos los términos "menor" y "niño", como sinónimos.

73 Legislaciones que no siguen la regla general de los 18 años para la minoría de edad:

Entidad	Edad límite para la minoría de edad	
Aguascalientes	16	
Coahuila		16
Durango	16	
Michoacan		16
Oaxaca	16	
Puebla	16	
Tabasco	17	
Tlaxcala	16	
Tamaulipas	16	
Veracruz		16
Yucatán	16	
Zacatecas		16

Citado por Victoria Adato de Ibarra, en "Derechos de la Niñez". Derecho Procesal de Menores y la Constitución. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, Serie G, Estudios Doctrinarios, núm. 126, 1ª ed., México, 1990.

74 Cfr. GARCIA MORENO, Victor Carlos. "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores". Derechos de la Niñez. Op. Cit., págs. 258 y 259

"el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento."

Conviene señalar que la aparente distinción entre los "niños" y los demás seres humanos encierra un riesgo. Este, sin embargo, puede ser superado si consideramos que los niños tienen derechos humanos específicos y no derechos especiales en oposición a los derechos de los demás seres humanos. Las normas deben generalmente situarse en un nivel más elevado para el niño que para el adulto.⁷⁵

En este sentido, el niño es titular de todos los derechos, que los instrumentos internacionales conceptualizan como derechos de "toda persona humana", salvo aquellos que están sujetos a algún requisito de edad o de estado. en ese supuesto, se encuentran por ejemplo: el derecho a casarse y fundar familia y los derechos políticos. Estos derechos, constituyen el marco general de los derechos humanos del niño, los instrumentos internacionales que los contemplan pueden clasificarse en universales y regionales.⁷⁶

En el ámbito universal deben mencionarse: La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la IV Convención de Ginebra (1949), el artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra (1949), los dos protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra (1977), la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda en los planos

75 Cfr. LOPEZ ECHEVERRY, Ovidio. "Situación, Naturaleza y Perspectivas del Proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño", Derechos de la Niñez, Op. cit., pág. 14

76 Cfr. ORTIZ AILF, Loreña. "Los Derechos Humanos del Niño", Derechos de la Niñez, Op. Cit. pág. 242

Nacional e Internacional (resolución 40/33 de la Asamblea General, 1985), la Declaración sobre la Protección de la Mujer y del Niño en Estado de Emergencia o de Conflicto Armado (resolución 3318, XXIX, de la Asamblea General, 1975), otros Convenios de la OIT referentes al trabajo de menores, entre otros.

A nivel regional deben considerarse, la Convención Americana de San José de Costa Rica (1969), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de San Salvador (1988), la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de Roma (1948), los 5 Protocolos Adicionales de la Convención de Roma (1953, 1963, 1963, 1963, 1966), la Carta Social Europea (1961), entre otros.

Al lado del marco jurídico general, puede hablarse de un marco jurídico específico, constituido por la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el día 20 de noviembre de 1958, y por un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño, comenzado en 1979, año internacional del niño, cuando un grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recogió una propuesta de Polonia sobre un acuerdo de este tipo. Un gran número de Estados, organismos de Naciones Unidas y unas 50 organizaciones no gubernamentales, coordinadas por la Defensa Internacional de los niños, aportaron sus recomendaciones.⁷⁷

Todo el mundo y México dentro de él, experimenta una transformación acelerada. La sociedad cambia vertiginosamente ante nuestros ojos sin que muchas veces podamos explicarnos siquiera por qué, para qué y cómo. Algunas dolencias sociales se recrudecen

⁷⁷ Cfr. ORTIZ AHLE, Loretta. "Los Derechos Humanos del Niño", Op. Cit., págs. 242 y 243

y nuevos fenómenos surgen intempestivamente amenazando a las familias y particularmente a los niños.

No basta el que un problema determinado sea regulado jurídicamente para ser resuelto, es indispensable la concurrencia de los factores económicos, sociales y políticos, con la misma precisión con que entendemos que el conjunto de ellos no llegarían a nada sin su adecuada articulación y expresión jurídica.⁷⁸

Resulta adecuada la aseveración de Vicente Lombardo Toledano, al escribir que en México, los únicos que tienen derecho a gozar de privilegios son los niños, a la sociedad entera corresponde hacer de esta afirmación una realidad.

1.3. DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS, CADAVERES

El vocablo disposición implica una ordenada colocación o distribución, la aptitud para hacer algo, o incluso lo dispuesto, establecido o decidido.⁷⁹ En este sentido, disponer también significa enajenar o gravar las cosas que nos pertenecen.⁸⁰

La Ley General de Salud, en su Título Decimocuarto, del Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en el Capítulo I, artículo 314, declara que la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos es el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y

78 Cfr. MADRAZO CUELLAR, Jorge. "Derechos de la Niñez", Op. Cit. pág. 8

79 DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UNIVERSAL. Op. Cit., T. 2, pág. 1417

80 DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho", Op. cit. pág. 153

derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación.⁸¹

Por su parte, la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, excepto sangre y sus componentes,⁸² tiene por objeto establecer los requisitos que deben satisfacerse para la organización y prestación de servicios así como para el desarrollo de actividades en materia de disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos.

La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos únicamente podrán llevarse a efecto en los establecimientos a que se refiere la Ley General de Salud, el Reglamento de la propia ley, en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos; así como la norma mencionada. En este sentido, la disposición se efectuará siempre y cuando exista consentimiento expreso y por escrito de los disponentes, libre de coacción física o moral y en establecimientos autorizados por la Secretaría de Salud.

Conforme al artículo 324 de la Ley General de Salud, para la disposición de órganos y tejidos se precisa del consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento ante dos testigos idóneos.

⁸¹ Diario Oficial de la Federación de 14 de junio de 1991.

⁸² Diario Oficial de la Federación de 25 de febrero de 1994.

El consentimiento debe ser manifestado, con plena capacidad, libre de todo tipo de coacción ya sea violenta, subliminal, e incluso afectiva, características que no siempre se reúnen en los casos de incapaces y menores.⁸³

En este sentido, la persona tiene derecho a disponer de partes de su cuerpo si ello redundará en salud y bienestar corporal; la disposición no debe ser estimada como vinculatoria con respecto al destinatario de ella, pues ha de ser absolutamente libre y siempre revocable. En todo caso, la disposición de la propia persona, de los sucesores en vida o para después de la muerte, habrá de examinarse sobre todo el motivo lícito, orden público y las buenas costumbres, pues la cuestión no radica en la comercialidad del cuerpo sino en la causa valiosa socialmente, que la determine.

Una comisión formada por la Barra Mexicana de Abogados destaca que nuestro derecho no contiene disposiciones expresas y que de ello no puede derivarse una interpretación adversa a los trasplantes de órganos, por lo que es franca la tendencia a la admisión de los actos de disposición del cuerpo humano.

No obstante, en los Estados de Nuevo León, San Luis Potosí, Sinaloa, Chiapas, Puebla, Tamaulipas y Yucatán existe regulación penal de delitos relacionados con la disposición de órganos, tejidos y cadáveres; la mayoría sigue una misma tónica. *verbi gratia*, en Nuevo León se sanciona con prisión de 2 a 6 años y multa de 10 a 50 cuotas a los que sustraigan órganos o partes del cuerpo humano sin la autorización de quien corresponda darla y sin los requisitos legales para realizar injertos, o para comerciar con dichas partes. En todos estos códigos estatales, la sanción es de dos a seis años de prisión.

⁸³ Cfr. OSCOS SAID, Gisela A. "Donación de Organos: la búsqueda incierta de la inmortalidad", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 15, No. 15, México, 1991, pág. 465

excepción hecha del caso de Chiapas, en donde se sanciona con prisión de dos a diez años y multa de 10 a 100 días de salario mínimo.⁸⁴

1.4. MUERTE

Desde un punto de vista filosófico, "morir es para el hombre, un dejar de ser y de estar, en un mundo sensorialmente perceptible"⁸⁵ Marco Aurelio entendía a la muerte como el reposo o cesación de los cuidados de la vida; Leibnitz como la disminución o decadencia de ésta; Hegel como el fin del ciclo de la existencia individual.⁸⁶

En una visión médico-legal, la muerte ha sido visualizada como la "...abolição definitiva y permanente de las funciones vitales de un organismo (paro funcional de la circulación, respiración, desaparición de las facultades activas, intelectuales, afectivas, instintivas, etc...)"⁸⁷

"Muerte, en medicina forense, es la abolición definitiva irreversible o permanente de las funciones vitales del organismo."⁸⁸

"El hombre que ha nacido está determinado a morir, por lo que la muerte es un hecho de la naturaleza, aunque otro precipite su realización. Consecuentemente, la muerte existe

84 Cfr. MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo. "Aspectos Generales de la Ley de Salud". Cielo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal. ITAM, Junio, 1991.

85 ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Dp. cit., T. XIX, pág. 932

86 DIZIONARIO DI FILOSOFIA. Trad. Alfredo N. Galetti, 2a. ed., Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1982, pág. 821

87 MARTINEZ MURILLO, Salvador y Luis Saldivar. "Medicina Legal". 13a. ed., Edit. Francisco Méndez Oteo, México, 1985, pág. 79

88 QUIROZ CUARON, Alfonso. "Medicina Forense". 6a. ed., Edit. Porrúa, México, 1990, pág. 588

desde que los seres han surgido a la vida, por lo que siempre fue un hecho evidente, a pesar de las fallas que han podido existir sobre su determinación".⁸⁹

El final de la protección jurídico-penal de la vida, es decir, la muerte, se ha convertido en un problema jurídico por excelencia. El tiempo en el que famosos textos de Derecho se limitaban a la frase lapidaria de que la "calidad de persona termina con la muerte" es ya historia. El concepto jurídico de muerte ha devenido en un término abierto, que obtendrá su contenido de los conocimientos médicos y de las reglas de la interpretación jurídica.⁹⁰

Hasta hace poco tiempo, la ciencia jurídica entendió por muerte de una persona el cese definitivo de la actividad del corazón y de la respiración; esta fórmula lapidaria y clásica de muerte fue cuestionada hasta mediados de los años sesenta; diciendo que la muerte consiste en el "estado de reposo definitivo de la circulación y la respiración, conectado con el cese de la actividad del sistema nervioso central y seguido de la muerte de todas las células y tejidos del organismo": la muerte no es un "suceso abrupto", sino un "proceso progresivo", entre vida y muerte se da un "pasaje paulatino".⁹¹

Una suspensión temporal o transitoria de alguna de las importantes funciones vitales, dará un estado de muerte aparente, compatible con la supervivencia del organismo, como suele acontecer en los casos del síncope respiratorio, en el cual las funciones respiratorias cesan transitoriamente. Cuando la abolición es definitiva, irreversible y permanente, se establece el verdadero estado de muerte real.

89 LABARDINI MENDEZ, Fernando. "El Concepto Normativo de Muerte". Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Órganos y Derecho Penal, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1991

90 Cfr. LÜTTGER, Hans. "Medicina y Derecho Penal". Trad. Enrique Bacigalupo, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, pág. 95

91 Cfr. LÜTTGER, Hans. "Medicina y Derecho Penal", pag. 96

La cesación funcional no es completa desde el primer momento en que se establece la muerte real, ya que la muerte del organismo en su conjunto, no coincide con la muerte simultánea de todas las células que lo componen. La muerte histológica de las diversas células y tejidos es un acaecer, y desde este punto de vista la muerte resulta un pronóstico.⁹²

"La muerte es el paro absoluto de los latidos cardíacos y de los movimientos respiratorios, en forma definitiva e irreversible, con cesación de las manifestaciones electrocardiográficas", según concepto del Dr. Jorge Meneses Hoyos, declarado el 18 de octubre de 1968, durante la Semana Médica de México.

El profesor Hilario Veiga de Carvalho, director del Instituto Oscar Freyre de la Escuela de Medicina Legal de Sao Paulo, dice que "...la muerte es la desintegración irreversible de la personalidad, en sus aspectos fundamentales morfo-físico-psicológicos, como un todo funcional y orgánico definidor de aquella personalidad que así se ha extinguido."⁹³

La muerte, fenómeno complejo, como la vida, podrá proseguir durante un tiempo más o menos largo, en órganos o tejidos, aun cuando sea como actividad remaneciente. Entonces, no siendo la muerte pura ausencia de la vida, implica fundamentalmente el desarreglo de la personalidad, en términos de llegar a su disarquitectura definitiva con la rotura de los lazos que mantenían el ligamen de todas aquellas faetas, pasando a la interrupción de la interligazón de todos ellos en la finalidad funcional integrada que tenía. La pérdida morfo-físico-psicológica y ética, con la pérdida de su integración mesológica, es lo que finalmente caracteriza a la muerte.⁹⁴

⁹² Cfr. QUIROZ CUARON, Alfonso. Op. cit., pág. 588-589

⁹³ Citado por QUIROZ CUARON, Alfonso. "Medicina Forense", Op. cit., pág. 537

⁹⁴ Cfr. QUIROZ CUARON, Alfonso. "Medicina Forense", Op. cit., pág. 539-540

Antes de entrar en génesis ya hay vida en evolución y, después de la muerte, algunos elementos sobreviven; hoy podemos decir que el corazón no es el primero en vivir y que no es el último en morir. Por ejemplo: en el Instituto Oscar Freyre fue verificada la vida de los espermatozoides tomados del cadáver -con el corazón bien muerto- hasta 28 horas después del fallecimiento.

En efecto, ni la vida empieza en un instante ni la muerte llega en otro instante: son procesos, sucederse de pequeñas vidas y de muertes breves. La muerte es el término final de la asociación morfo-físico-psicológica, ética y social de una persona. Se ha llegado a afirmar que se muere por el cerebro, el corazón o los pulmones; pero siempre será un problema médico el precisarlos; hoy la vieja afirmación de que es el corazón el primero en vivir y el último en morir ya no es sostenible, pues hay vida antes y la hay después.⁹⁵

Desde estos puntos de vista, el concepto de muerte depende tanto de la idea que se tenga de ésta cuanto de los fundamentos clínico-fisiológicos en que se base la fijación de su acaecimiento. Se tiende a confundir el concepto de muerte con su sola idea, o con sus fundamentos únicamente, o bien con los parámetros clínicos para su diagnóstico, e inclusive con las pruebas efectuadas para tal fin.

En este sentido, los nuevos conceptos de muerte surgen en el último cuarto de siglo, con la nueva tecnología médica y en especial a raíz de aquellos casos propiciados por el uso de respiradores artificiales. Se ha intentado describir nuevas bases orgánicas acerca de la muerte, para posibilitar el juicio clínico en los casos dudosos, sin reemplazar para todos los casos los criterios tradicionales. Sin embargo, no se puede hablar de meros criterios diagnósticos. En los casos corrientes, el cese de las funciones cardiorrespiratorias es

⁹⁵ Cfr. QUIROZ CUARON, Alfonso. "Medicina Forense", Op. Cit., pág. 561-562

seguido de la extinción irrecuperable de las funciones encefálicas, o viceversa, según en donde se origine el proceso y cuál sea la causa.⁹⁶

"...Hoy puede decirse que los conceptos de muerte son de tres tipos: la muerte cardiopulmonar, la muerte cerebral y la muerte cortical."⁹⁷ La muerte cardiopulmonar, el concepto más tradicional, habla del cese irreversible de la función cardíaca, acompañada antes o después de la cesación también irrecuperable de la actividad respiratoria y de toda actividad encefálica y nerviosa.⁹⁸

En el pasado, la extinción del latido cardíaco y de la respiración espontánea siempre producían la inmediata muerte del cerebro; y viceversa, la destrucción encefálica determinaba la inmediata cesación del pulso y de la respiración. Merced a las posibilidades que brinda la técnica, esto dejó de ser así. Se hizo preciso encontrar el punto que permitiera legal y moralmente dar por concluidos los esfuerzos terapéuticos en aquellos pacientes sostenidos sólo por medios artificiales. Con la "vulgarización de los trasplantes de órganos", vino a resultar indispensable contar también con razones morales y legales para extraer órganos vitales de personas incluso antes de retirar los soportes vitales artificiales.⁹⁹

El concepto de muerte cerebral, a finales de la década de los cincuenta, fue acuñado por los franceses como "coma dépassé";¹⁰⁰ un coma muy profundo, sostenido mediante

⁹⁶ Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos", Revista de Investigaciones Jurídicas. Op. cit., pág. 521

⁹⁷ RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos", Op. cit., pág. 521

⁹⁸ RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos", Op. cit., pág. 522

⁹⁹ Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos", Op. cit. pág. 524

¹⁰⁰ Cfr. MOLLARÉ, Paul y M. Goulon. "Le coma dépassé". Revue de Neurologie, No. 3, París, 1959, págs. 101 y ss

respirador artificial y con pérdida total de los reflejos centrales, con respuesta nula a estímulos y falta de actividad electrofisiológica cerebral.

"Para fines de documentar objetivamente que un individuo está en estado de muerte cerebral, hay dos funciones que son importantes:

a) La función de los hemisferios cerebrales, que establecen la vida de relación de un individuo.

b) La función del tronco cerebral de la base del cerebro, en la cual se establecen las funciones vitales de un individuo.

Sin embargo, no son los hemisferios los encargados de la vida biológica, sino los encargados de la vida de relación, por lo que un individuo puede estar sin vida-relación, en estado vegetativo crónico y no tener muerte cerebral.

Lo que establece el fenómeno de muerte cerebral fundamentalmente, es la actividad del tallo cerebral; en éste se estructuran las funciones vitales, el control de la respiración, de la presión arterial, de las frecuencias cardiacas, de los reflejos pupilares, de los movimientos oculares, etc".101

Michel Riquet, en su trabajo "Injerto del Corazón y Persona Humana", de 15 de febrero de 1968, consideró que la muerte del cerebro excluye toda posibilidad de recuperación de las funciones esenciales de la vida humana, así como de toda actividad consciente. Sobre la mecánica respiratoria dijo que no hace sino mantener la ilusión de la vida en lo que no

101 MADRAZO, Ignacio. "Muerte Cerebral", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal. Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1991

es sino un cadáver de hombre; pero el corazón, los riñones, el hígado y los pulmones siguen siendo irrigados por una sangre cargada de oxígeno, siendo excelentes para servir de injertos sobre otro organismo viviente.102

La objeción al concepto clásico de muerte, se encuentra en que las distintas células del cuerpo humano tienen un "tiempo de reavivación" muy diferente; el período de supervivencia sin afluencia de sangre fresca con contenido de oxígeno es considerablemente diverso: el cerebro muere dentro de tres o cuatro minutos de faltar la circulación y la respiración; su término de reavivación, en especiales condiciones en el caso de niños, a reducidas temperaturas y con la utilización de hipnóticos y narcóticos, puede extenderse de ocho a doce minutos. Por el contrario, otros órganos como el hígado, los pulmones, la vesícula, el corazón, o los riñones tienen términos mayores, estimados por los médicos en treinta minutos, hasta un máximo de una hora y media; tales casos tienen especial interés con respecto al trasplante de órganos.

Si tomamos en cuenta la óptica de la definición clásica de la muerte, basada en interrupción definitiva de la actividad circulatoria y respiratoria, el cuerpo humano con cerebro muerto, pero al que se mantiene la circulación y la respiración con aparatos, será una "persona viva". Esto tendría por consecuencia inevitable, que la extracción de órganos impares vitales de un cuerpo con cerebro muerto, pero que conserva la circulación y respiración, importaría jurídicamente dar muerte a otro.103

La muerte orgánica del cerebro tiene un significado idéntico con la muerte del hombre; el momento en el que se extingue la función cerebral es el punto en el que tiene lugar la

102 Citado por QUIROZ CUARON, Alfonso. "Medicina Forense", Op. Cit. pág. 524

103 Cfr. LÜTTGER, Haas. "Medicina y Derecho Penal", Op. cit., págs. 97-98

es sino un cadáver de hombre; pero el corazón, los riñones, el hígado y los pulmones siguen siendo irrigados por una sangre cargada de oxígeno, siendo excelentes para servir de injertos sobre otro organismo viviente. 102

La objeción al concepto clásico de muerte, se encuentra en que las distintas células del cuerpo humano tienen un "tiempo de reavivación" muy diferente; el período de supervivencia sin afluencia de sangre fresca con contenido de oxígeno es considerablemente diverso: el cerebro muere dentro de tres o cuatro minutos de faltar la circulación y la respiración: su término de reavivación, en especiales condiciones en el caso de niños, a reducidas temperaturas y con la utilización de hipnóticos y narcóticos, puede extenderse de ocho a doce minutos. Por el contrario, otros órganos como el hígado, los pulmones, la vesícula, el corazón, o los riñones tienen términos mayores, estimados por los médicos en treinta minutos, hasta un máximo de una hora y media; tales casos tienen especial interés con respecto al trasplante de órganos.

Si tomamos en cuenta la óptica de la definición clásica de la muerte, basada en interrupción definitiva de la actividad circulatoria y respiratoria, el cuerpo humano con cerebro muerto, pero al que se mantiene la circulación y la respiración con aparatos, será una "persona viva". Esto tendría por consecuencia inevitable, que la extracción de órganos impares vitales de un cuerpo con cerebro muerto, pero que conserva la circulación y respiración, importaría jurídicamente dar muerte a otro. 103

La muerte orgánica del cerebro tiene un significado idéntico con la muerte del hombre; el momento en el que se extingue la función cerebral es el punto en el que tiene lugar la

102 Citado por QUIROZ CUARON, Alfonso. "Medicina Forense", Op. Cit. pág. 524

103 Cfr. LÜTTGER, Hans. "Medicina y Derecho Penal", Op. cit., págs. 97-98

muerte del ser humano. El Derecho necesita, lo mismo que la Medicina, un concepto de muerte que se entienda como límite y como un proceso.

Se está partiendo de la base de que un individuo estará muerto cuando se llegue a la pérdida de cierta capacidad integrativa, aun cuando el resto de su masa y sistemas corporales estén vivos, su corazón continúe latiendo, su sangre circulando y nutriendo e interconectando los diferentes tejidos, órganos y sistemas.

En efecto, el organismo humano es un sistema, no una máquina, y la metáfora mecanicista, útil a veces en el lenguaje didáctico, no puede ser usada para caracterizar la vida y la muerte. Desde una visión sistemática, la muerte se produciría cuando el remanente de vitalidad celular fuese completamente asinérgico. Nunca antes.

Abandonada la idea mecanicista, se verá cómo resulta impensable aceptar que "la muerte cerebral" signifique la muerte del organismo como un todo.¹⁰⁴

Por otro lado, al establecer el término de "muerte cerebral", se podrá favorecer el actuar de los grupos quirúrgicos, permitiéndose la posibilidad de planear con anticipación y en forma efectiva, la realización de trasplantes de órganos múltiples y en varias instalaciones hospitalarias dedicadas al trasplante de órganos, ya que permitirá conocer con antelación, la existencia de un posible donante para la obtención de varios órganos.¹⁰⁵

104 Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos", Op. cit. pág. 536 y ss

105 Cfr. BARRAGAN GARCIA, Rodolfo. Departamento de Cirugía, Instituto Nacional de Cardiología "Ignacio Chávez". "Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano. Congreso Panamericano de Derecho Sanitario. Memoria", Secretaría de Salud, Organización Panamericana de la Salud, Mexico, 1989, pág. 27

En este sentido es necesario concluir la conveniencia de adoptar el concepto de "muerte cerebral", como un proceso que parte desde la pérdida de cierta capacidad integrativa, pero que contempla la continuación del funcionamiento del resto del cuerpo humano, integrado e interconectado.

1.5. ORGANOS

El vocablo órgano alude a la parte de un animal o planta adaptada para el ejercicio de una función específica¹⁰⁶.

La Ley General de Salud, en su artículo 314, entiende por órgano a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico.¹⁰⁷

La Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, excepto sangre y sus componentes señala que los órganos susceptibles de ser trasplantados que requieren anastomosis vascular¹⁰⁸, se pueden obtener de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida, son los siguientes:

- Riñón
- Páncreas
- Hígado
- Corazón

¹⁰⁶ Cfr. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UNIVERSAL. Op. Cit., T. 5, pág. 2555

¹⁰⁷ Cfr. LEY GENERAL DE SALUD, Editorial Sista, México, 1994.

¹⁰⁸ La anastomosis consiste en la unión vascular a través de suturas efectuadas por microcirugía. explica el Dr. Fernando García Rojas, Director del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en "La disponibilidad, la viabilidad y la pérdida de la viabilidad de los tejidos posmortem para trasplante de órganos", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal, ITAM, Junio de 1991.

- Pulmón, e
- Intestino delgado.

Los órganos susceptibles de ser trasplantados que requieren de anastomosis vascular y que se pueden obtener de disponentes originarios vivos son:

- Riñón, uno;
- Pulmón, un lóbulo;
- Hígado, un lóbulo;
- Páncreas, segmento distal, e
- Intestino delgado, un segmento no mayor de 50 cm.

Los cuatro últimos órganos mencionados, sólo podrán obtenerse mediante autorización expresa de la Secretaría de Salud.

Los órganos y tejidos susceptibles de ser trasplantados, que no requieren anastomosis vascular, se pueden obtener de cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos y de disponentes originarios vivos.

Los que se pueden obtener de cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos son:

- Ojos (Córnea y esclerótica);
- Endocrinos;
- Páncreas;
- Paratiroides;
- Suprarrenales;
- Tiroides;
- Piel;

- Hueso y cartílago, y
- Tejido nervioso.

Aquellos que se pueden obtener de disponentes originarios vivos son:

- Médula ósea;
- Endocrinos;.
- Paratiroides, no más de dos, y
- Suprarrenal. una¹⁰⁹

1.6. TEJIDO

Nos referimos con "tejido" a la "...asociación de células diferenciadas de un ser orgánico que tienen la misma estructura y análoga función. Los principales tejidos orgánicos son: el adiposo, que se encuentra en el interior de los huesos largos y formando una capa continua debajo de la piel, y se caracteriza porque sus células fijas son redondeadas y poseen la propiedad de almacenar gotas de grasa en su interior; el conjuntivo, que sirve de unión a los demás tejidos y para rellenar huecos orgánicos, y está formado por células de dos clases, fijas y emigrantes, separadas por una substancia fundamental; el cartilaginoso, que forma los cartílagos, parecido al conjuntivo, pero con la substancia intercelular sólida, resistente y elástica; el epitelial, que cubre las mucosas y en la piel corresponde a la epidermis; está formado por células poco modificadas, unidas unas a otras por un cemento; el muscular, que forma los músculos y está constituido por células contráctiles transformadas en largas fibras asociadas en haces; el nervioso, formado esencialmente por células y fibras especiales encargadas de las funciones propias del sistema nervioso; el óseo, que forma los huesos y está constituido por células especiales y

¹⁰⁹ Cfr. Diario Oficial de 25 de febrero de 1994.

una sustancia fundamental formada por haces conjuntivos entre los cuales hay otra sustancia petrificada por incrustación de sales calcáreas; el linfático y el sanguíneo de células fluidas."110

Para la Ley General de Salud, el tejido es la entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función.111

En este orden de ideas, la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, excepto sangre y sus componentes, estipula en su numeral 10.4, que "...los tejidos susceptibles de ser trasplantados con fines terapéuticos deben provenir de cadáveres y en caso de que éstos se obtengan después de haberse presentado el paro cardíaco irreversible deberán obtenerse en las siguientes condiciones:

Ojos (córnea y esclerótica); dentro de las seis horas posteriores al paro cardíaco irreversible o hasta 12 horas en condiciones de hipotermia.

Piel; dentro de las 12 horas posteriores al paro cardíaco irreversible de áreas no expuestas, en segmentos no mayores de 100 centímetros cuadrados, que no rebasen en total el 15% de la superficie corporal.

Hueso y cartilago; dentro de las 12 horas siguientes al paro cardíaco irreversible.

Tejido nervioso; dentro de las 3 horas posteriores al paro cardíaco irreversible.

110 DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UNIVERSAL, Op. Cit., T. 6, pág 3454-3455

111 Cfr. LEY GENERAL DE SALUD, art. 314

La médula ósea para ser utilizada con fines terapéuticos debe provenir de dispoentes originarios que la otorguen en vida, obteniéndose del esternón y de las crestas ilíacas en cantidad total no mayor de 15 mililitros por kilogramo del peso del dispoente. tratándose de menores de edad, se requiere la autorización expresa y por escrito de los padres.¹¹²

1.7. CADAVER

El término cadáver se refiere a un cuerpo muerto.¹¹³

La Ley General de Salud especifica que cadáver es "...el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida"¹¹⁴ No obstante, al Dr. Arturo Dib Kuri, el término "cadáver" le resulta agresivo, y al referirse a pacientes que ya han fallecido, al individuo que ya murió, prefiere utilizar el término internacional de "donador cadavérico".¹¹⁵

La propia Ley, en su artículo 336, dice que los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración.

Para la certificación de la pérdida de la vida deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

I. Ausencia completa y permanente de conciencia:

¹¹² Diario Oficial de 25 de febrero de 1994.

¹¹³ DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UNIVERSAL. Op. Cit., T. 1, pág. 561

¹¹⁴ Artículo 314 de la Ley General de Salud

¹¹⁵ Cfr. DIB KURI, Arturo. "Programa Nacional de Trasplantes". Cielo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplante de Organos y Derecho Penal. ITAM. Mexico, 1991.

- II. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y los reflejos medulares;¹¹⁶
- V. La atonía de todos los músculos;
- VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII. El paro cardíaco irreversible, y
- VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente.

Respecto de éste último punto, el Maestro Fernando Labardini menciona que el artículo 339 de la Ley General de Salud y el 45 del Reglamento de Cementerios del Distrito Federal, establecen que los cadáveres o restos humanos deberán inhumarse, incinerarse o embalsamarse entre las 12 y 48 horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la Secretaría de Salud o por disposición del Ministerio Público o de la Autoridad Judicial; por lo tanto, para los efectos de inhumación, incineración o embalsamamiento, la pérdida de la vida debe comprobarse con todos los signos de muerte ya mencionados.

Para esos mismos efectos, una vez que se presenta el paro respiratorio espontáneo, no existe razón de que la función respiratoria sea sustituida con elementos externos para producir una respiración artificial, salvo las maniobras de resucitación pulmonar que hay que ejecutar para tratar de restituir la respiración a efecto de que continúe en forma espontánea.

116 "...la presencia de reflejos medulares no excluye el diagnóstico de muerte cerebral, y en cambio puede dar lugar a confusiones en el diagnóstico de las consecuencias en el deterioro de la función de los órganos para trasplante y por lo tanto conviene omitir esa parte de la Ley." VÁZQUEZ SALAS, Leonardo, Jefe de la Unidad de Trasplante Renal del Hospital de Especialidades, Centro Médico Nacional, Instituto Mexicano del Seguro Social. "Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano. Congreso Panamericano de Derecho Sanitario. Memoria". Op. cit., pág. 24

- II. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y los reflejos medulares;¹¹⁶
- V. La atonía de todos los músculos;
- VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII. El paro cardíaco irreversible, y
- VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente.

Respecto de éste último punto, el Maestro Fernando Labardini menciona que el artículo 339 de la Ley General de Salud y el 45 del Reglamento de Cementerios del Distrito Federal, establecen que los cadáveres o restos humanos deberán inhumarse, incinerarse o embalsamarse entre las 12 y 48 horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la Secretaría de Salud o por disposición del Ministerio Público o de la Autoridad Judicial; por lo tanto, para los efectos de inhumación, incineración o embalsamamiento, la pérdida de la vida debe comprobarse con todos los signos de muerte ya mencionados.

Para esos mismos efectos, una vez que se presenta el paro respiratorio espontáneo, no existe razón de que la función respiratoria sea sustituida con elementos externos para producir una respiración artificial, salvo las maniobras de resucitación pulmonar que hay que ejecutar para tratar de restituir la respiración a efecto de que continúe en forma espontánea.

¹¹⁶ "...la presencia de reflejos medulares no excluye el diagnóstico de muerte cerebral, y en cambio puede dar lugar a confusiones en el diagnóstico de las consecuencias en el deterioro de la función de los órganos para trasplante y por lo tanto conviene omitir esa parte de la Ley." VAZQUEZ SALAS, Leonardo, Jefe de la Unidad de Trasplante Renal del Hospital de Especialidades, Centro Médico Nacional, Instituto Mexicano del Seguro Social. "Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano, Congreso Panamericano de Derecho Sanitario, Memoria", Op. cit., pág. 24

En todo caso, la persona está muerta cuando se presenta paro cardíaco irreversible porque éste trae como consecuencia natural la detención de toda la fisiología del organismo.¹¹⁷

La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida o de aquéllos en que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos puntualizados con los números I, II, III y IV anteriores, y además las siguientes circunstancias:

I. Electroencefalograma isoelectríco que no se modifique con estímulo alguno dentro del tiempo indicado, y

II. Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central o hipotermia.

Si antes de ese término se presenta un paro cardíaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.¹¹⁸

El cuerpo ha sido analizado predominantemente como "bien" o "cosa", distinguiéndose la situación del cuerpo vivo y del cadáver.

En el supuesto de cadáveres, los autores se han manifestado contrarios a la posibilidad de considerarlos bienes apropiables, pues ello se opone a las nociones de orden público, sanidad pública y moralidad social. Las únicas facultades ejercitables sobre el cadáver son

¹¹⁷ Cfr. LABARDINI MÉNDEZ, Fernando. "El Concepto Normativo de Muerte". Op. cit. págs. 5 y 6.
¹¹⁸ Cfr. Artículos 317 y 318 de la Ley General de Salud.

las que el propio sujeto hubiera dispuesto en vida y que no violenten los principios del citado orden público.¹¹⁹

"El carácter extra comercial del cuerpo, se fundamenta en que sobre el mismo no se pueden ejercer derechos privados de tipo patrimonial, puesto que el cadáver es objeto de derecho privado no patrimonial, noción de origen consuetudinario, cuyo contenido radica en la potestad de decidir la manera y forma de su destino último."¹²⁰

En postura diversa, se ha dicho que con la muerte "...el cuerpo... se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero... ni sea susceptible de apropiación."¹²¹

El cuerpo es la expresión material de la persona, es ella misma y no un mero bien. A la protección de la persona y de los derechos interpersonales que ejerce respecto a su medio, se dirige el Derecho, en todas sus instancias.¹²²

1.8. PRODUCTO

La Ley General de Salud, en el artículo 314 fracción IX, estipula que producto es "...todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos... la placenta y los anexos de la piel..."¹²³

119 Cfr. OSCOS SAID, Gisela A. "Donación de Organos: la búsqueda incierta de la inmortalidad", Op. cit., pág. 457

120 OSCOS SAID, Gisela A. "Donación de Organos: la búsqueda incierta de la inmortalidad", Op. cit., pág. 458

121 LUDWIG ENNECCERUS, Theodor Kipp y Martin Wolff. "Tratado de Derecho Civil", primer tomo, parte general, Vol. I, Edit. Bosch, págs. 548 y 549

122 Cfr. OSCOS SAID, Gisela A. "Donación de Organos: la búsqueda incierta de la inmortalidad", Op. cit., pág. 459

123 LEY GENERAL DE SALUD.

Este rubro de conceptualización, queda enmarcado en la misma regulación jurídica indicada para los órganos y tejidos humanos, que son de interés en la temática en tratamiento.

1.9. DESTINO FINAL

La propia Ley General de Salud indica que destino final es "...la conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la Ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos incluyendo los de preembriones, embriones y fetos."¹²⁴

Para lograr la viabilidad de tejidos y órganos, es necesario acortar tiempos, así como de prevenir la autólisis y la necrobiosis¹²⁵, a base de refrigeración; incluso de perfundir los órganos, lavándolos interiormente con sustancias adecuadas¹²⁶ que garanticen su preservación. Esto es un tratamiento que regularmente se lleva a cabo cuando en el caso de un trasplante es necesario llevar un órgano de un hospital o de un centro de urgencias a otro hospital: de donde está el donador a donde está el receptor, de suerte que pueda

¹²⁴ Artículo 314 fracción X, de la Ley General de Salud. Dentro del mismo artículo se entiende por preembrion, al producto de la concepción hasta el término de la segunda semana gestacional; por embrión, al producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la decima segunda semana gestacional; y, por feto, el producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

¹²⁵ La autólisis postmortem o necrobiosis es un proceso orgánico de autodestrucción mediante las enzimas o sustancias incorporadas a las células; destruyendo primero éstas y después el tejido circundante.

¹²⁶ Verbi gratia, el uso de inmunosupresores convencionales, tratamiento con ciclosporina (que por cierto, hasta 1989, era elaborada por un solo laboratorio en el mundo), o con sustancias que pueden variar el tiempo de preservación. En paráfrasis a la explicación del Dr. Javier Bordes Aznar, del Departamento de Trasplantes del Instituto Nacional de la Nutrición, en "Sistemas de Organización, Obtención y Distribución de Órganos con Fines de Trasplante". Cielo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Órganos y Derecho Penal, ITAM, México, 1991. Por otro lado, existe la solución hipertónica y perocética, que se aplica a potenciales donadores de órganos para mantenerlos en condiciones ideales y hacer que todos sus órganos estén viables y útiles para el trasplante. Cfr. ARGÜERO SANCHEZ, Rubén. "Impacto del Trasplante de Corazón en Nuestro Medio". Cielo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Órganos y Derecho Penal, ITAM, Junio de 1991.

llegar en óptimas condiciones y lograr coincidencia en tiempo para que el trasplante pueda tener éxito.¹²⁷

Cuando se discute el destino, el objeto y el trayecto de los órganos y de los cuerpos, se llega inevitablemente a una encrucijada; "...después del diagnóstico de muerte, el tesoro orgánico que podría ser útil en las manos de los cirujanos encargados del trasplante y en beneficio de ocho a diez mil personas que esperan riñones, corazones, páncreas, pulmones, intestinos, glándulas endocrinas, etc.; se desperdicia y mueren a falta de éstos."¹²⁸

Cabe recordar el epitafio de la tumba de Salvador Díaz Mirón, que versa: "...lloro por más que la razón me advierte que un cadáver no es trono demolido ni roto altar, sino prisión desierta..."; y en efecto, prisión desierta es en la que queda aquél cuerpo acompañado de todos sus órganos que podrían ser tan útiles a otros, abandonado a la prisión de la fosa, al abrigo de las pupas de los gusanos y las larvas, en la más absoluta soledad e inutilidad.

1.10. DISPONENTE ORIGINARIO

El artículo 315 de la Ley General de Salud considera como disponente originario a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo.

¹²⁷ Cfr. GARCIA ROJAS, Fernando. "La disponibilidad, la viabilidad y la pérdida de la viabilidad de los tejidos posmortem para trasplante de órganos", Op. cit.

¹²⁸ GARCIA ROJAS, Fernando. "La disponibilidad, la viabilidad y la pérdida de la viabilidad de los tejidos posmortem para trasplante de órganos", Op. cit.,

La selección del donante originario y del receptor de órganos o tejidos para trasplante o transfusión se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.

Para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del donante originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables. En el caso de la sangre, no será necesario que el consentimiento sea manifestado por escrito.

El donante originario podrá revocar el consentimiento en cualquier momento y sin responsabilidad de su parte.

No será válido el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces, o personas que por cualquier circunstancia no puedan expresarlo libremente.¹²⁹

"Resulta importante destacar que en este sentido la ley varió la terminología civilista del anterior código sanitario de 1973, que empleaba el término de 'donadores', por el de 'donantes'; obedeciendo tal modificación al hecho de que... los órganos, tejidos y cadáveres están fuera del comercio, no siendo por tanto bienes susceptibles de apropiación, ni cuantificables en dinero."¹³⁰

Por otra parte, si bien es cierto que la ley señala que basta con la voluntad del donante originario, en la práctica no se toman órganos cuando los donantes secundarios se

¹²⁹ Artículos 323, 324 y 326 de la Ley General de Salud.

¹³⁰ MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo. "Aspectos Generales de la Ley de Salud", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Órganos y Derecho Penal, ITAM, México, 1991.

oponen a la toma de los mismos, aunque legalmente se tuviera la facultad para hacerlo, se sabe que social y culturalmente debe respetarse el criterio y el sentir de los familiares de la persona que actualmente es un cadáver.¹³¹

En algunos sistemas, se exige como requisito que el donante guarde con respecto del donatario, un grado específico de parentesco por consanguinidad, con la intención de dar mayores garantías a la compatibilidad de tejidos y con ello al éxito de la operación quirúrgica: en casos excepcionales, se permite que el receptor sea el cónyuge, concubino, hijo o padre adoptivo del donante.

En general, se excluyen como donantes, a los reclusos, mujeres encinta, salvo situaciones especialísimas, a los incapacitados y menores. En estos dos últimos supuestos, algunos sistemas permiten la remoción de órganos supliendo las deficiencias de la manifestación de voluntad por la de los representantes legales, con lo que se haría nugatorio cualquier intento de protección a este grupo.

El requisito fundamental para que la donación sea válida, radica en la libre expresión de la voluntad del donante, que podrá ser revocada sin expresión de motivos, y sin responsabilidad alguna.¹³²

1.11. DISPONENTE SECUNDARIO

El artículo 316 de la Ley General de Salud estipula que son disponentes secundarios:

¹³¹ Cfr. MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo. "Aspectos Generales de la Ley de Salud". Op. cit.

¹³² Cfr. OSCOS SAID, Gisela A. "Donación de Órganos: la búsqueda incierta de la inmortalidad". Op. cit., págs. 454 y 455

I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;

II. A falta de los anteriores, la autoridad sanitaria, y

III. Los demás a quienes esta Ley y otras disposiciones generales aplicables les confiera tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

Por su parte, la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, excepto sangre y sus componentes, establece que el disponente secundario es la persona capaz de autorizar, conforme a la Ley y demás ordenamientos aplicables, la disposición de órganos y tejidos de un cadáver.

"Serán disponentes secundarios:

El cónyuge

El concubinario

La concubina

Los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario

Los representantes legales

La autoridad sanitaria

La preferencia de los disponentes secundarios... se hará conforme al orden establecido y al Reglamento." 133

"Cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta

133 Apartados 5.3 y 5.4. Diario Oficial de 25 de febrero de 1994.

Ley; excepto cuando la autoridad competente, de conformidad con la Ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno. Las disposiciones reglamentarias señalarán los requisitos a que se sujetará la obtención de órganos y tejidos en los casos a que se refiere este artículo."¹³⁴

El artículo citado es el pivote, el numeral más importante sobre el que gira toda la obtención de órganos de cadáveres, desde el punto de vista médico legal, pues señala una excepción introducida por reforma de mayo de 1987:

En primer lugar considera como disponentes secundarios, incluso a las autoridades sanitarias y judiciales, que son consideradas a falta de la disposición en vida, y en supletoriedad del consentimiento de la familia; la excepción consiste en que cuando la necropsia está ordenada¹³⁵ por el Ministerio Público, la toma de órganos y tejidos de un individuo que ha fallecido por causa traumática, no requiere consentimiento alguno.

Por tanto, en el caso de un donador cadavérico que esté en una situación médico legal, la toma de órganos y tejidos no es posible hasta que el Ministerio Público ordene la necropsia.¹³⁶

Cuando el cadáver está a disposición del Ministerio Público, se concreta a ordenar la necropsia y a recibir una solicitud debidamente formulada y avalada por el Registro Nacional de Trasplantes y glosarla al expediente de la Averiguación Previa correspondiente, el Ministerio Público no tiene que dar ninguna autorización para la

¹³⁴ Artículo 325 de la Ley General de Salud.

¹³⁵ Anteriormente la Ley utilizaba erróneamente la palabra indicada.

¹³⁶ Cfr. DIB KURI, Arturo. "Programa Nacional de Trasplantes". Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplante de Organos y Derecho Penal. IFAM, México, 1991.

disposición de órganos, únicamente toma conocimiento con base a esta solicitud, y da libertad a los especialistas para que realicen la toma de órganos correspondientes.¹³⁷

"La disposición de órganos y tejidos de los cadáveres en que la autoridad competente haya ordenado la necropsia, se sujetarán a los requisitos siguientes:

Únicamente podrán ser realizados por personal calificado de establecimientos autorizados por la Secretaría.

Se deberán presentar al Ministerio Público un formato por escrito que contenga los datos siguientes:

Denominación y domicilio del establecimiento.

Número y fecha de expedición de la autorización de la Secretaría.

Lugar donde se encuentra el cadáver.

Nombre, sexo y edad del sujeto en el momento del fallecimiento.

Causa de la muerte.

Órganos y tejidos de los que se va a disponer.

Nombre del personal autorizado por el establecimiento para la toma de órganos y tejidos.

Nombre y firma del representante del Registro que valida la solicitud."¹³⁸

¹³⁷ Cfr. MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo. "Aspectos Generales de la Ley de Salud". Op. cit.

¹³⁸ Apartado 6 de la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, excepto sangre y sus componentes. Diario Oficial de 25 de febrero de 1994.

En este sentido, se ha hecho necesaria la celebración de Bases de Coordinación entre la Secretaría de Salud y las Procuradurías Generales de la República, y de Justicia del Distrito Federal, para los efectos del artículo 325 de la Ley General de Salud.¹³⁹

En entrevista con el señor José Carmona Sánchez, Técnico Enucleador, encargado del Banco de Ojos del Hospital Xoco, externó su preocupación por la falta de donadores voluntarios de córneas, y de órganos y tejidos en general. Dijo que en el año de 1975 en que fue creado el Banco de Ojos a su cargo, se utilizaban glóbulos oculares donados altruistamente; sin embargo, el artículo 325 en comento, da la pauta para la toma de córneas en los casos de muertes traumáticas, después de que el Ministerio Público ha ordenado la necropsia.

No obstante, surgen continuamente serios problemas legales y de responsabilidad hacia el cuerpo médico, con la extracción de órganos o tejidos fundada en la excepción que plantea el artículo 325 de la Ley General de Salud, y que libera de la obligación de recabar el consentimiento de los disponentes secundarios. Por otro lado, conscientes de esta problemática, los Agentes del Ministerio Público, dudan o tardan en ordenar las necropsias, a fin de que el tiempo máximo de viabilidad para que los órganos sean susceptibles de trasplantarse, se venza antes de que legalmente se pueda hacer la toma.

En México, dice el Técnico Enucleador, faltan muchos implementos para que la obtención de órganos, con fines terapéuticos, sea desarrollada con satisfacción de la demanda. Faltan profesionales que se dediquen a ello, falta incluso el apoyo de las autoridades de procuración de justicia, que siguen viendo como un tabú la toma de tejidos

¹³⁹ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1991 y 23 de marzo de 1989, respectivamente.

y órganos, y sobre todo falta una conciencia social, cuya carencia es comprensible en virtud del trasfondo ético que acarrea.

Puntualiza el Técnico Enuclador la imposibilidad de la existencia del tráfico de órganos y tejidos, en virtud de que los implementos necesarios para ello, así como el número de profesionales que necesariamente se involucrarían, haría imposible la clandestinidad. Afirma que la distribución de córneas que le atañe, se efectúa gratuitamente, con prelación estricta de los pacientes, que ha llegado al número 4350 hasta la primera quincena de junio de 1994.

1.12. RECEPTOR

Al hablar de receptor nos referimos a aquél que recibe; biológicamente, se trata del aparato u órgano sensorial que reacciona al recibir los estímulos.¹⁴⁰

"Los trasplantes de órganos y tejidos y sus componentes, en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo con fines terapéuticos, solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del disponente originario y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico."¹⁴¹

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos¹⁴², señala los requisitos a que deberán sujetarse los disponentes y los receptores de órganos a trasplantar.

¹⁴⁰ Cfr. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UNIVERSAL. Op. Cit., T. 5, pág. 2966

¹⁴¹ Artículo 321 de la Ley General de Salud.

¹⁴² Diario Oficial de 20 de febrero de 1985

definiendo al receptor como a la persona a quien se ha de trasplantar o se le haya trasplantado un órgano o tejido mediante procedimientos terapéuticos.

Para que una persona pueda considerarse como receptor debe tener un padecimiento que solamente pueda tratarse por medio del trasplante, no presentar otras enfermedades que predeciblemente interfieran en el mismo, tener un estado físico y mental capaz de tolerar la intervención y evolución, ser compatible con el donante originario del que se vaya a tomar el órgano o tejido, así como haber expresado su voluntad por escrito, que contendrá, entre otros, su nombre, domicilio, edad, sexo, estado civil, 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 intervención, así como de las probabilidades de éxito terapéutico, firmando al calce; en el caso de ser un menor o incapaz, lo hará su tutor o representante legal.¹⁴³

1.13. DISPOSICION ILICITA DE ORGANOS

El artículo 320 de la Ley General de Salud considera disposición ilícita de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, aquélla que se realice en contra de la Ley y el orden público.

Por lo tanto, en todo lo que contravenga a las normas y requisitos que se han venido estudiando, así como al orden público, podrá hablarse de ilicitud en la disposición en comento; a guisa de ejemplo, queda prohibido realizar el trasplante de un órgano único esencial para la conservación de la vida y no regenerable, de un cuerpo humano vivo a otro cuerpo humano vivo; fijándose la selección del donante originario y del receptor

¹⁴³ Cfr. MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo. "Aspectos Generales de la Ley de Salud", Op. cit.

bajo los términos de la Ley, de las disposiciones aplicables y de la propia Secretaría de Salud.

En nuestra legislación, el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y Federal para toda la República, establece que las personas físicas adquieren capacidad jurídica por el nacimiento y la pierden por la muerte. El artículo 24 dispone que la persona física mayor de edad, tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, principio que reitera el artículo 647, salvo las limitaciones que establece la Ley. Si se considera que los órganos y tejidos corporales son bienes, en atención a esta disposición podría realizarse todo tipo de actos jurídicos lícitos sobre ellos. El mismo artículo es útil para autorizar la libre disposición de los órganos aunque no se estuviese de acuerdo en caracterizarlos como bienes, dado que los órganos y tejidos no son otra cosa que la persona misma, el artículo es fundamento para la cesión y disposición lícita de partes corpóreas, en atención a las limitaciones del orden público, buenas costumbres y moral social.

El artículo 747 del Código Civil determina que "pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio" y los artículos 748 y 749 señalan que están fuera del comercio por su naturaleza, las cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente; y por disposición de la ley, están excluidas del tráfico comercial las cosas irreductibles a propiedad particular.

Gracias a la medicina actual, un mismo órgano puede llegar a ser parte del cuerpo de varias personas, y poseído en tal virtud, por lo que el elemento de exclusividad se ha relativizado y debe interpretarse en relación a un momento actual de posesión, en su referencia al cuerpo. Con ello, dada la redacción del 748, podría haber duda respecto a si los componentes humanos está o no en el comercio.

La Ley General de Salud, y el Reglamento en materia de control Sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, establecen una prohibición respecto a la comerciabilidad del material orgánico humano, para fines terapéuticos; por tanto, queda la laguna de que la disposición con fines de docencia o investigación podría, en apariencia, ser hecha a título oneroso.

No obstante, un contrato oneroso cuyo objeto sea los órganos y partes corporales, aparecería a primera luz como contrario al orden público y las buenas costumbres, por lo que podría anularse conforme a los artículos 1830 y 1795 del Código Civil.

Por otra parte, sino es dado al propio sujeto disponer a título oneroso de sus restos o sus órganos, -estando vivo o mediante disposición postmortem-, no tendrían tal facultad los disponentes secundarios del fallecido, a los que sólo se permite consentir sobre el destino del cadáver y sus partes. La prohibición de realizar actos de comercio con los componentes humanos, no excluye el tráfico privado de órganos, distanciado de intenciones especulativas y mercantiles sobre los mismos.¹⁴⁴

Por otra parte, podemos tratar a la ilicitud de la disposición de órganos desde diversos puntos de vista, conforme se pueda llegar a atentar contra las disposiciones legales inherentes a todo el proceso de toma de órganos y tejidos, como de su destino final: pasando por la consideración de disponentes y de receptores, dentro del marco legal y de derechos humanos.

144 Cfr. OSCOS SAID, Gisela A. "Donacion de Organos: la búsqueda incierta de la inmortalidad". Op. cit., págs. 460-463

Al respecto, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, conoce de una queja presentada en 11 de julio de 1994, en que los familiares exponen el caso de un señor que ingresó al servicio del Hospital Cruz Roja de Polanco, con deterioro neurológico progresivo e irreversible, sin embargo aún antes de cumplir los requisitos para establecer el diagnóstico de muerte cerebral, se les solicitó a los familiares la donación de córneas, lo cual fue autorizado; se diagnostica en ese momento muerte cerebral, motivo por el cual y aún antes de fallecer, son extraídas las córneas en paciente vivo, y se pretendía hacer lo mismo con los órganos intrabdominales, cosa que no ocurrió, pues se les recordó que sólo eran córneas las autorizadas.

El paciente fue regresado a su cama, sin córneas y vivo; sien embargo, los familiares fueron avisados de su defunción; y al percatarse de su error, el médico que firmó la hoja quirúrgica, decide regresarlo nuevamente a quirófano, donde es declarado muerto clínicamente a la mañana siguiente.

Un médico que aportó información al expediente tramitado en la Comisión de Derechos Humanos, dijo que esa misma noche se les llamó a junta y se les hizo saber la sanción a que serían acreedores si mencionaban lo ocurrido, es decir, la baja del Hospital, aún tratándose de médicos, enfermeras o trabajo social; y que además comaban con el apoyo del Ministerio Público, quien no intervendría hasta que se le diera parte.

Sin embargo, el médico se pregunta: ¿cuántas amenazas se deben tolerar aún cuando saben que alguna vida está en juego?; ¿por qué no se cumple o se obliga a cumplir cabalmente con el Reglamento de Trasplantes?; los pacientes de escasos recursos son eternos donantes, aún sin muerte cerebral, por su escasa cultura y falta de un representante legal; ¿quién debe vigilar que se cumplan las seis horas continuas de registro de datos para diagnosticar la muerte cerebral, sin que se someta a presión?; ¿por

qué, cuando un familiar accede a donar órganos de un paciente, éste muere irremediablemente siendo recuperable en algunos casos?; ¿sería posible que los médicos de la Comisión de Derechos Humanos estuvieran presentes durante y antes de las donaciones para vigilar que se cumplan los requisitos y se respete la dignidad y el dolor ajeno?¹⁴⁵

1.14. TRASPLANTE

"El ámbito de los trasplantes constituye, sin discusión, uno de los más brillantes capítulos de la moderna ciencia médica. A pesar de sus limitaciones, errores ocasionales y fracasos frecuentes, va edificando día a día, órgano a órgano, con aportes de los cinco continentes, la estructura directriz de la cirugía del futuro. Una cirugía que, aún hoy, nos parece tener más de ciencia ficción que de ortodoxia terapéutica."¹⁴⁶

Trasplante es la sustitución total de un órgano que se encuentra incapacitado para realizar su función. La sustitución de un órgano enfermo por uno sano fue un sueño de la humanidad durante siglos; la posibilidad técnica de realizar un trasplante se alcanzó hace muchos años, sin embargo, la naturaleza, en su afán quizás de conservar la identidad biológica, hizo imposible este método terapéutico.¹⁴⁷

"Los trasplantes de órganos y tejidos representan gran parte de los avances más espectaculares e impactantes logrados en el campo de las ciencias de la salud en los últimos 30 años. El desarrollo científico y tecnológico necesario para lograr realizar, en

¹⁴⁵ Siguiendo los principios de confidencialidad que rigen a la tramitación de las quejas por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, y en beneficio de los propios afectados, se omite señalar mayor referencia al caso.

¹⁴⁶ TRIAS, Miguel, en su prólogo a la obra de Mauricio Luna Bisbal, "Trasplantes (Bases para una legislación)", Edit. Temis, Bogotá, 1974, pág. 11

¹⁴⁷ VOLPER, Enrique. "Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal", ITAM, Junio de 1991.

forma exitosa, el trasplante de órganos, ha involucrado a prácticamente todas las áreas de la medicina moderna y de manera muy especial ha estimulado enormemente la investigación en los campos de la inmunobiología, cirugía y oncología".¹⁴⁸

El trasplante consiste en substituir los métodos terapéuticos paliativos en la enfermedad terminal o irreversible de un órgano o tejido determinado, por el reemplazo del mismo.¹⁴⁹

El obstáculo más fuerte para los trasplantes, estriba en el rechazo de los órganos, humanos o artificiales, por incompatibilidad inmunológica del organismo. Aunque las cirugías resulten exitosas, la muerte por rechazo del material es frecuente.

Para los miles de requirentes de órganos, lo preferible sería obtenerlos de donantes vivos, sanos y capaces. Por el momento esto es impensable, al menos por lo que toca a órganos impares no regenerables que necesariamente deben obtenerse de cadáveres, pero es posible en el caso de órganos pares o de ciertos tejidos que se renuevan, como la sangre y la médula ósea, la piel, músculos y cartílagos, que pueden ser obtenidos incluso del propio cuerpo del receptor (autoplastia).

La significativa desproporción entre la demanda y la oferta en el "mercado de órganos" ha puesto en un plano muy ulterior la valoración de la calidad de la vida humana. Un sinnúmero de problemas éticos y morales en torno a los trasplantes, donantes y receptores, se soslayan por los sistemas de salud y legislativos. El Estado deberá garantizar ahora las

¹⁴⁸ DIB KURI, Arturo. "Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano", Congreso Panamericano de Derecho Sanitario, Memoria. Secretaría de Salud, Organización Panamericana de la Salud, México, 1989, pág. 18

¹⁴⁹ Cfr. DIB KURI, Arturo. "Taller intersectorial de derecho sanitario mexicano", Op. cit. pág. 18

condiciones de vida de los individuos, e incluso posibilitar la provisión de vida, mediante un sistema por el que esos individuos puedan obtener de otros, la materia vital.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Cfr. OSCOS SAID, Gisela A. "Donación de Organos: la búsqueda incierta de la inmortalidad", Op. cit., pág. 450

CAPITULO 2.

INTERVENCION DEL ESTADO

2.1. ESTADO, CONCEPTO, FUNCIONES Y FINES.

Es menester establecer de manera preliminar una visión general del Estado al ser un ente que sirve de marco y de objeto en el estudio que nos proponemos abordar; en efecto, al referirnos a la importancia de la intervención del Estado en una serie de procesos de hecho y de derecho que tienen repercusiones evidentes en la vida jurídica de la sociedad en que vivimos, no podemos dejar de lado, en nuestro estudio, dicha estructura tan compleja y esencial.

La Sociedad, según Aristóteles, surge de una manera natural, la naturaleza ha hecho a la Ciudad¹⁵¹, fuera de la polis se necesita ser Dios o bestia para poder vivir. La polis es el centro de la vida comunitaria misma. El Estado (Polis) se constituye entonces como un conjunto de instituciones, que organiza y desarrolla a la sociedad.

El Estado es el poder organizador de la sociedad colocado por encima de ella.

Así, el Estado se constituye como el poder que se ejerce sobre pueblos identificados por cualidades particulares (Naciones)

Las monarquías absolutas constituyen el origen, el inicio del Estado, son el poder que unifica. En efecto, la historia moderna es la historia de las guerras y de las alianzas entre terratenientes, que se convierten así en los hacedores de las Naciones y proporcionan la base de la cual éste nace.

¹⁵¹ Cfr. ARISTOTELES. "La Política", 19ª edición, Espasa-Calpe Mexicana, México, 1989, pág. 21

Conforme al principio de soberanía, es imposible la existencia de algo que llegue a confrontar al Estado 152, pues existiendo algo que se le oponga, su existencia queda injustificada. En este sentido, el Estado se plantea también como organizador de la sociedad de manera necesaria e ineliminable.

Para Jean Bodin 153, el Estado verdaderamente soberano es el monárquico, aquél que más cumple su función social organizadora. 154 El mismo autor confunde a la soberanía con el poder; debiéndose ver en ella no al poder mismo, sino a una característica esencial que define al poder. Lo que hace a un poder soberano, es la hegemonía

Maquiavelo veía en el Estado una máquina de guerra y en el Príncipe a un guerrero. Los Estados se gobiernan bien con buenas armas y buenas leyes. 155

Por otra parte, la condición para el surgimiento del Estado es la existencia permanente de hombres libres en su voluntad, 156 y en la misma medida nace la política; permitiendo mantenerles unidos y organizados. El Príncipe, en Maquiavelo, funda al Estado para hacer de todos los hombres príncipes, organización en la cual nacerá la República; y ahí concluye su papel.

152 Cfr. BOTERO, Giovanni. "La Razon del Estado y otros escritos", Tr., Notas y Bibliografía por Luciano de Stefano; Universidad de Venezuela, Serie Antológica del Pensamiento Político 3, Caracas, 1962, pág. 12

153 Cfr. BODIN, Jean. "Six Books of the Commonwealth", Abridged and translated by M.J. Tooley, Basil Blackwell, Oxford, Book Two, Chapter III. Concerning royal monarchy, pág. 59.

154 Cfr. BODIN, Jean. "Six Books of the Commonwealth", Op. cit., Book Three, The council, Chapter I, págs. 77 y ss

155 Cfr. MAQUIAVELO, Nicolás. "El Príncipe", Obras Políticas, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971, págs. 322-323

156 Cfr. MAQUIAVELO, Nicolás. "Discursos sobre la Primera Decada de Tito Livio", S.N.E., Obras Políticas, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971, pag. 63

En un recorrido histórico, surgen ideas opuestas al Estado absolutista, el cual de ninguna manera reconoce a la libertad; en efecto, la libertad en la política, aparece más bien como enemiga del Estado.

Con el auge de las relaciones económicas, como acto de intercambio por acuerdos de voluntades, el contractualismo moderno legitima al Estado, y en consecuencia su funcionamiento. El verdadero Estado se constituye ahora como el poder fundado en el acuerdo de voluntades de los individuos, quienes preexisten a éste. Es la ficción del contrato en el que los hombres "deciden" formar al Estado.

Cuando se llega a este punto -dice el maestro Arnaldo Córdova-, es que ya la política se ha separado de la economía y aquel bloque compacto que era la comunidad esclavista o la jerarquía medieval se ha desintegrado en la sociedad individualista

Las fuerzas sociales se conciben personificadas en la sociedad y los hombres dejan de ser determinaciones naturales para convertirse en seres racionales, considerados como una potencia en sí que tiene necesidad de respeto a su libre actuar y que dicha libertad no se vea dañada por la de los demás. 157

Johannes Althusius, contractualista, ve al Estado en un contexto social y considera que éste es la obra deseada de los individuos para organizar a la sociedad, mantenerla y defenderla. Los hombres, en el contractualismo, son seres racionales en tanto son capaces de organizar al Estado y a la Sociedad, sin auxilio de fuerzas extrañas a ellos. 158

157 Cfr. CORDOVA, Arnaldo. "Sociedad y Estado en el Mundo Moderno". 15ª ed., Colección Entlace, Edit. Grijalbo, México, 1989, pág. 42

158 Cfr. ALTHUSIUS, Johannes. "La Política". Trad, introducee. y notas críticas de Primitivo Mariño, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 165 y ss.

En Santo Tomás, el Tiranicidio surge como una solución extrema y como un derecho que asiste a los individuos gobernados, para deponer, juzgar y ejecutar al tirano; en este sentido, los Monarcómacos sugieren la muerte de los tiranos como principio fundado en el consentimiento general.

Así el Estado no es azar de la naturaleza, ni obra de Dios, sino del hombre; la libertad e igualdad de los individuos son el fundamento de la capacidad del ser humano a través del contractualismo, el cual se diversifica y es adoptado por viejas tesis o teorías (verbi gratia, el Derecho Divino de los Reyes que trata de fundamentar Hobbes con bases contractualistas).

Rousseau, por su parte, encuentra la fundamentación del Estado en el consentimiento general. El Estado es pensado como un producto de la sociedad, en su forma más acabada, para y por ella misma. Dentro de la concepción del Derecho Divino de los Reyes, se postula la obligación de éstos de atender inclusive a la voluntad del pueblo.

El "pueblo" se concibe en este sentido como el Estado llano, aquella parte de la sociedad que es gobernada; dentro de la Filosofía Luminista del siglo XVIII, se legitima al pueblo y en su nombre se emprenden las revoluciones burguesas.

El Estado es concebido entonces, como una organización decidida por la sociedad; paralelamente a la necesidad de limitar su poder, con el fin de que su función no sea la de destruir, sino de servir a la misma.

Para Locke, padre del liberalismo moderno, el Estado existe por un acuerdo de los hombres, su contrato es un pacto unionis. 159 El Estado nace en defensa de la propiedad, consiguientemente el individuo está protegido en tanto es propietario. El pensamiento liberal se sustenta en la concepción del sujeto deslindado y protegido por el Estado, quien no debe tener injerencia en el ámbito de propiedad individual.

"De lo que se trata no es de igualar socialmente a los hombres, sino jurídica y políticamente. No se trataba de abolir la propiedad en general, sino aquella forma específica de propiedad que tenía directamente un carácter político y las relaciones que de ella derivaban". 160

El Estado representativo moderno está fundado en el consenso popular, en la democracia basada en la libertad y en la igualdad. No obstante, dentro del pensamiento burgués, el Estado es una fuerza que va despegándose paulatinamente de la vida social, su historia es su permanente independización respecto de la vida en comunidad como tal.

Rousseau se sitúa entonces en la cumbre del pensamiento moderno, el liberalismo clásico es la consagración de la separación entre Estado y sociedad, entre Estado e individuo.

Para Carlos Marx 161, el Estado (Político) es el Estado completo, constituido como un poder representativo de todos los grupos sociales y no de uno solo, antioligárquico. En el Estado Político todos son iguales. Sin embargo, todos los Estados se inician siendo oligárquicos, los Estados democráticos surgen del autoritarismo. Al efecto, el proceso posrevolucionario en México, ha devenido en la creación de un Estado separado

159 Cfr. LOCKE, John. "Ensayos sobre el Gobierno Civil", 3ª ed., Ediciones Nuevomar, México, 1989, pág. 39

160 CORDOVA, Arnaldo. "Sociedad y Estado en el Mundo Moderno", Op. Cit., pág. 35

161 Cfr. MARX, Carlos. "Sobre la Cuestión Judía", La Sagrada Familia y otros escritos, S.N.E., México, 1959, pág. 22-23

totalmente de la sociedad. En efecto, el Estado surge hasta que se logra la separación del Poder Político.

Maurice Hauriou asevera la existencia de un poder político consistente en el gobierno directo de los hombres, bajo la amenaza de sanciones penales. Existen también poderes económicos que ejercen el gobierno indirecto de los hombres por la posesión o la administración de las cosas que necesitan para su subsistencia, y bajo la amenaza de reducirlos a condición de hambrientos.

Estos dos poderes pueden reunirse en las mismas manos, y entonces la esclavitud de los súbditos puede ser aún más denigrante. Pueden también separarse casi completamente. Ocorre esto último en algunas formas de gobierno, en que éste se reserva tan sólo el poder político, desinteresándose del poder económico en beneficio de los particulares, a cuya libre iniciativa abandona la tarea de asegurar la subsistencia. Esta especie de compromiso produce en el Estado la superposición y la compenetración de dos clases de sociedad: la sociedad política, que es de la esfera de la vida pública, y la sociedad económica, que es de la esfera de la vida privada. La sociedad política ejerce un protectorado sobre la sociedad económica, y, ésta en compensación, nutre a aquélla.

La separación de lo político y lo económico es, en gran medida, la separación del poder político y la propiedad, porque el poder económico pertenece a los que tienen la propiedad de las riquezas y los medios de producción. 162

El Estado, como todo ser vivo, es concebido, desarrollado y extinguido... Se trata del producto de una época histórica determinada en un contexto social, con un principio y un

162 Cfr. HAURIOU, Maurice. "Principios de Derecho Público y Constitucional", Tr., Est. Prelim., Notas y Adiciones, por Carlos Ruiz del Castillo, S.N.E., Edit. Reus, Madrid, 1927, págs. 165 y ss

fin: constituido por la sociedad burguesa para desarrollarse con toda su potencia. El Estado es un organismo que se desarrolla y cambia a lo largo de la historia. Del sistema absolutista, al oligárquico; pasando por el logro de su independización del grupo propietario, hasta el desconocimiento del poder de cualquier clase social.

El Estado se funda, se constituye y se legitima con la difusión del sufragio universal aparecido tardíamente a finales del siglo XIX, como fruto de la lucha de los excluidos de la política. La historia del Estado es la historia del proceso a través del cual esta institución se independiza respecto a los grupos de poder privado en la sociedad; la revolución burguesa tiene como fin la consecución del Estado libre de ataduras sociales.

Con la concepción kantiana del Estado, al estudiar al Derecho real y práctico, como aquél dotado de fuerza y visto como facultad de coerción, se llega a que el Derecho es una fuerza coactiva. Por tanto debe existir un órgano que lo aplique y sostenga: el Estado. Es el Derecho el que genera al Estado, como el órgano de poder que obliga dentro de la sociedad; sin tratarse de una fuerza física, sino de una fuerza concentrada y organizada de la sociedad de que habla Marx.¹⁶³

No bastan las armas, sino las leyes, decía Maquiavelo. ¹⁶⁴ Sin embargo, Kant no distingue a la fuerza del concepto de Derecho; concibiéndolo como la facultad de coerción. En tal virtud, el primero que debe estar sometido a las leyes es el Estado; pues es ante todo un orden jurídico, creador del Derecho y creado a su vez por el Derecho mismo. En este sentido, los órganos del Estado, son soberanos sólo si se guían y fundamentan en el derecho mismo.

¹⁶³ Cfr. MARX, Carlos. "Sobre la Cuestión Judía", Op. Cit., pág. 24

¹⁶⁴ Cfr. MAQUIAVELO, Nicolás. "Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio", Op. Cit., Pág. 67

El fundamento del Estado, en términos políticos y siguiendo a Rousseau, radica en la necesidad del pueblo reunido. Como término jurídico, Kant concibe al Estado cuando la comunidad política está organizada de acuerdo a Derecho, lo cual legitima la subordinación del individuo ante el Estado.

"El Estado, como afirma Jellinek, no procede inmediatamente de la unión de los individuos, sino que entre ellos hay sitio para formaciones peculiares que denomina "asociaciones"... Este contemplar al individuo no ya en sí, sino como integrante de una asociación, es lo que afianza el concepto de Estado y da motivo al surgimiento del Derecho Público."¹⁶⁵ El Estado de Derecho se torna así como aquél en que el Derecho hace que el poder deje de ser arbitrario.

En otro orden de ideas, y como influencia del Derecho Público, nacen concepciones constitucionalistas e institucionalistas: Durkheim concibe al Estado como el conjunto de Instituciones, como grupos humanos unidos de una determinada manera y que cumplen funciones sociales específicas.¹⁶⁶

León Duguit considera al Estado como la invención que ocultaba un hecho real, la relación entre gobernados y gobernantes; sólo existe un grupo de gentes ocupados en estas dos funciones; lo que hay en realidad es una sucesión histórica de grupos de gobierno que llegan al poder de una u otra manera.¹⁶⁷

¹⁶⁵ OCHOA CAMPOS, Moisés. "La Reforma Municipal". 4ª ed., Editorial Porrúa, México, 1985, pág. 24

¹⁶⁶ Cfr. DURKHEIM, Emile. "An institutional analysis". The heritage of sociology, University of Chicago; Edit. Tranggott, Mark; Chicago, 1978

¹⁶⁷ Cfr. DUGUIT, León. "Traite de Droit Constitutionnel". T. I., 3ª ed., Ancienne Libr. Fontemoing, París, 1927

A pesar de las concepciones antes descritas, concluimos que la característica esencial de un orden jurídico es el ser soberano; lo que en Kelsen significa que nada ni nadie se puede oponer al Derecho para que éste sea vigente, con la limitación de ser determinado por el poder del Estado (Poderes Federales y de los Estados) En este sentido nuestras Constituciones reivindican la Soberanía Popular como el inicio de la formación del gobierno.

El Estado se ha legitimado como un conjunto institucional que tiene el monopolio de la fuerza y del poder (autoritas); la fuerza sin ser un acto, sino la reserva en que se ejerce el poder. La autoridad es el prestigio del poder, la aceptación voluntaria del Estado por la sociedad.

En este sentido, Max Weber concibe al Estado como una asociación de dominación política en la medida en que su existencia y la validez de sus disposiciones, presentes dentro de un ámbito geográfico determinado, están garantizados por la amenaza y por la fuerza física por parte de un cuadro administrativo. Es decir, se trata de una institución política de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente.¹⁶⁸

El Estado, en tanto monopolizador legítimo del poder, debe mantenerse en un concepto claro para entender al poder político mismo, que se ejerce sobre una población y un territorio determinados; pero se mantiene como institución política separada de ellos.

168 Cfr. WEBER, Max, "Economía y Sociedad", Esbozo de sociología comprensiva, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, págs. 43-44

El Estado es, en todo caso, la relación entre los que gobiernan y los que son gobernados; el Estado no es más que un nombre, una mera ficción,¹⁶⁹ que encuadra al conjunto de instituciones a través de las cuales se ejerce el poder político y se constituye como tal en tanto se separa de la sociedad.

En Hegel, la sociedad es parte del Estado, pero deja de ser ella misma. "El Estado es la realidad concreta en la cual el individuo tiene y goza de su libertad. Es el centro de los restantes aspectos concretos: Derecho, arte, costumbres... En el Estado, la libertad se hace objetiva y se realiza positivamente... Sólo en el Estado tiene el hombre existencia racional... El hombre debe cuanto es al Estado. Sólo en éste tiene su esencia. Todo el valor del hombre, toda su realidad espiritual, la tiene mediante el Estado... Podría decirse que el Estado es el fin, y los ciudadanos son sus medios..."¹⁷⁰

En Rousseau, aunque el soberano es el pueblo, no se identifica con la sociedad, que se considera autónoma al poder; una cosa es que se gobierne en nombre de todos esos intereses y no de uno en especial; ésta es la virtud del poder, la de hacer del interés de todos, el interés de cada uno. En este sentido, decía Marx que toda clase que aspire a hacer de sus intereses el interés general, debe tomar el Poder Político.¹⁷¹

Al efecto, el maestro Arnaldo Córdova afirma, "el Estado moderno aparece como una entidad con existencia autónoma respecto de la sociedad y de los hombres. Sus elementos pueden ser perfectamente diferenciados de los elementos que son propios de otras instituciones sociales y no existe ninguna razón para verlo confundido con los demás elementos de la vida social. Él es el órgano del poder social, poder que también se sitúa

¹⁶⁹ Cfr. DUGUIT, León. "Traité de Droit Constitutionnel", Op. Cit.

¹⁷⁰ HEGEL, George Wilhelm Friederich. "Filosofía de la Historia Universal", Buenos Aires, 1946, págs. 86 y 87

¹⁷¹ Cfr. MARX, Carlos. "Sobre la Cuestión Judía", Op. Cit.

por encima de la vida social. Su autonomía respecto de las formaciones sociales de todo tipo constituye su nota característica y su toque distintivo como organización moderna."¹⁷²

En este sentido, y en vía de ejemplo, nuestra Constitución no sólo separa al Estado de la sociedad y lo sitúa por encima de ella, sino que separa al Estado de la propiedad del territorio de la Nación;¹⁷³ atribuyendo a ésta última, todos los derechos reales que le son inherentes. La Nación es sinónimo de pueblo, la Carta Magna se encarga de plasmarlo en esa forma. El pueblo se constituye como el sujeto activo en ejercicio de los derechos que la máxima jerarquía legal concede.

La concepción amplia y general de "pueblo" abarca a todo individuo que se encuentra en territorio nacional, y que por ende está sujeto de los derechos y garantías que otorga la Constitución; las cuales no podrán retringirse ni suspenderse, sino en los casos y bajo las condiciones que ella misma establece.¹⁷⁴

En tal virtud, la expresión "garantías individuales" es el término empleado por el constituyente para describir el conjunto de derechos elementales e inherentes a la persona humana, y que desde la Revolución Francesa se denominaron "derechos humanos". Lo anterior significa que este conjunto de prerrogativas debe ser respetado por toda la sociedad y especialmente por las autoridades, para no obstaculizar el desarrollo del bien común.

¹⁷² Cfr. CORDOVA, Arnaldo. "Sociedad y Estado en el Mundo Moderno", Op. Cit., pág. 21

¹⁷³ El Artículo 27 Constitucional prevee al respecto: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada..."

¹⁷⁴ Cfr. Artículo 1º constitucional

Resulta necesario, por tanto, introducirse al análisis de los preceptos constitucionales cuyo contenido está implícitamente vinculado con la guarda de los derechos humanos actualmente reconocidos, y que pueden ser violentados dentro de la temática en estudio.

2.2. BASE CONSTITUCIONAL MEXICANA. GARANTIAS CONTEMPLADAS.

2.2.1. ARTICULO SEGUNDO CONSTITUCIONAL.

El artículo de referencia estipula: "Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes."

Este precepto constitucional, apunta el maestro Jesús Rodríguez y Rodríguez, consagra el derecho a la libertad personal inherente a todo ser humano al proscribir, de manera general, absoluta y permanente, la esclavitud en nuestro país, y al declarar, consecuentemente, que cualquier esclavo procedente del extranjero, desde el momento mismo en que se encuentre en territorio nacional, obtendrá su libertad y quedará bajo la protección de las leyes mexicanas.¹⁷⁵

La esclavitud es la negación del derecho a la libertad, es la condición de un individuo sobre el que se ejercen derechos equiparables a los que constituyen el de propiedad. Sabemos que fue una institución jurídica común entre los pueblos de la antigüedad y que tuvo su razón de ser en ciertos momentos históricos, en que la libertad no era considerada como un derecho humano, y que incluso eran impensables los derechos naturales; puesto que el Derecho era exclusivo de unos cuantos. Por lo tanto, su proscripción por diversos

¹⁷⁵ Cfr. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. Comentario al Artículo Segundo Constitucional, en "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada", Serie de Textos Jurídicos, Biblioteca Popular de la Ciudad de México, México, 1990, pág. 5

países se inició hasta ya muy avanzada la época moderna y pese a la abolición de esta institución tanto por el derecho interno de todos los Estados contemporáneos como por el orden jurídico internacional, y contra todo lo que pudiera creerse, la misma sigue existiendo en nuestros días, bajo prácticas de hecho que así la resumen.

Al efecto, el maestro Don Ignacio Burgoa, al estudiar la garantía de igualdad, concluye que el artículo segundo constitucional, es trasunto de la tendencia humanista que siempre ha caracterizado al constitucionalismo mexicano frente al infame tráfico de negros que varios países, durante el siglo pasado, auspiciaban o toleraban, haciendo subsistir la esclavitud. 176

Es de importante trascendencia el estudio de la garantía de igualdad en relación con la abolición de la esclavitud, consagrada en este precepto, pues el problema del tráfico de menores que se pudiese suscitar a nivel nacional e internacional, tiene importantes repercusiones en la vida del derecho nacional, salvaguardada bajo la más alta jerarquía jurídica, que es la del título de garantía constitucional.

Al ser ésta general, abarca al menor, quien es y ha sido soslayado de la visión del legislador; no obstante, queda incluido bajo la amplia concepción del artículo que prohíbe la esclavitud en nuestro territorio.

En efecto, uno de los fines del tráfico de menores es, sin duda, la reducción a la esclavitud de éstos; lo que llega a constituir el medio para llegar a un fin ilícito más "sofisticado", que es el de obtener órganos, tejidos e incluso cadáveres de éstos.

176 Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías del Gobierno en el Constitucionalismo Mexicano. Síntesis Histórica." Procuraduría General de la República, México, 1985, pág. 6

Existen referencias que revelan a la luz pública la actualidad de la esclavitud en la orbe, verbi gratia, se reportó que decenas de niños nigerianos son periódicamente trasladados desde su país a Gabón para trabajar como esclavos, muchos de los cuales mueren durante la travesía marítima. Según denuncia del embajador en Nigeria en Libreville, Ismail Mohamed, los responsables de la trata de niños actúan especialmente en los Estados de Ibo y Anambra. Se citó un caso reciente en el que sólo 60 de 195 menores que eran trasladados en una barcaza sobrevivieron a la travesía por alta mar; los 135 niños restantes fallecieron deshidratados, desnutridos o por diversas enfermedades, y sus cadáveres fueron arrojados al mar. Se dijo también que normalmente los delincuentes engañan a los padres de los niños con falsas promesas de que volverán "millonarios", los llevan en barcas descubiertas a la parte continental de Guinea Ecuatorial y desde ahí a Gabón.

Según el testimonio de algunos de los menores que ha conseguido escapar, sus "amos" les obligan a trabajar como esclavos, mendigos o vendedores ambulantes y les exigen recaudar un mínimo de 20.000 francos CFA (34 dólares) semanales bajo la amenaza de que de no conseguirlos serán castigados brutalmente.

La única manera de acabar con esa situación -según manifestó el Embajador de Nigeria en Libreville-, es que el gobierno de su país trate bilateralmente con los de Gabón y Guinea Ecuatorial la adopción de medidas conjuntas contra los responsables de la situación.¹⁷⁷

¹⁷⁷ "Traslada a menores nigerianos a Gabón, para trabajar como esclavos". EL UNIVERSAL. Domingo 15 de mayo de 1994,

2.2.2. ARTICULO CUARTO CONSTITUCIONAL.

El Artículo 4º Constitucional estipula en lo conducente al tema de nuestro estudio, lo siguiente:

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

...

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud...

...

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

Con fecha 3 de febrero de 1983, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el tercer párrafo del numeral en comento, en el cual se consagró como norma constitucional el derecho a la protección de la salud. Este derecho se ha establecido con los siguientes propósitos:

1º. Lograr el bienestar físico y mental del mexicano, contribuyendo el Estado al ejercicio pleno de sus capacidades humanas.

2º. Prolongar y mejorar la calidad de vida en todos los sectores sociales, sobre todo los más desprotegidos, a quienes es preciso otorgar los medios que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo armónico de la sociedad.

3º. Crear y extender, en lo posible, toda clase de actitudes solidarias y responsables de la población, tanto en la preservación y conservación de la salud, como en el mejoramiento y restauración de las condiciones generales de vida, con la idea de lograr para el mexicano una existencia decorosa.

4º. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.

5º. Impulsar los conocimientos técnicos y sociales para el adecuado aprovechamiento y empleo de los servicios de salud.

6º. Desarrollar la enseñanza e investigación científica y tecnológica para la salud.¹⁷⁸

Con base en estas finalidades ha sido elaborado un ambicioso programa de salud que busca proporcionar tales servicios a toda la población, en permanente superación y mejoría de su calidad. Se pretende asimismo contribuir al desarrollo del país y al bienestar colectivo; se ha puesto especial énfasis respecto al cuidado de menores en estado de abandono, a quienes se proporcionan ya los medios necesarios para su incorporación a una vida equilibrada en lo económico y lo social.

El impulso al desarrollo de la familia fue, entre otros razonamientos expuestos, el que llevó al Ejecutivo Federal a proponer la adición de todas estas medidas, con el objetivo final de mejorar las condiciones sanitarias del ambiente e impulsar la administración y desarrollo de los recursos humanos para mejorar la salud.

¹⁷⁸ Cfr. BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Comentario al Artículo Cuarto Constitucional, en "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada", Op. Cit. págs. 19-21

Bajo el título de Sistema Nacional de Salud se ha constituido un organismo del que forman parte varias dependencias y entidades de la administración pública, federal y local, al igual que un selecto grupo de personas físicas y morales de los sectores social y privado, algunos de ellos ligados desde hace algún tiempo con los servicios de salud, para atender el programa en cuestión. De esta manera los propósitos constitucionales habrán de encontrar plena realización al proporcionar servicios de salud a toda la población, con atención prioritaria de los problemas sanitarios y de las situaciones que puedan causar o causen algún daño a la salud; al colaborar con el bienestar social mediante servicios adicionales de asistencia pública; al impulsar métodos racionales de administración y empleo de los recursos humanos para mejorar la salud; al promover actividades científicas y tecnológicas en materia de salud, tanto en universidades y centros de educación superior, como en centros hospitalarios o clínicas destinadas a la atención de la población menos protegida; y, al coordinar a todas estas instituciones, de salud y educativas, en la formación, capacitación y distribución de los recursos humanos.

La planeación, regulación, organización y funcionamiento del sistema se rige por la Ley General de Salud, promulgada el 7 de febrero de 1984, así como por disposiciones reglamentarias y accesorias cuyo cumplimiento corresponde actualmente a la Secretaría de Salud, encargada de las políticas necesarias para satisfacer el contenido de la norma constitucional que se examina y establecer nuevas estrategias en este campo de la actividad administrativa, a la cual se ha facultado para introducir los cambios necesarios a efecto de que todas las instituciones que prestan servicios de salud cumplan con las obligaciones legales y adapten sus sistemas operativos en todas sus fases y proyecciones, al programa nacional de salud.

Por otra parte, en el párrafo final del artículo cuarto constitucional se dice que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a

su salud física y mental. Absolutamente errónea ha sido la consideración de que sea innecesaria la incorporación de este otro legítimo derecho en la Constitución, debido a que se estima que deben ser las normas del derecho común las que regulen la garantía del menor a una existencia placentera, aparte la circunstancia de ser muy amplia la gama y contenido de todas las cuestiones que atañen a la protección de menores.

Lo que ocurre es que de la totalidad de las disposiciones o normas jurídicas, sean del orden civil, penal, laboral o procesal, si se las examina con paciencia y detenimiento, se desprende el trato que debe darse a los menores en su relaciones sociales como personas, pero no se consideran sus derechos específicos, ni dentro de la familia, ni en la comunidad donde habitan, mucho menos los del medio donde se desarrollan.

La desatención en que se mantiene a los menores, la explotación de que son víctimas, el mal trato al que en innumerables ocasiones se les sujeta, confirma la necesidad de un orden jurídico de mayor jerarquía para su protección y la existencia de un sistema administrativo dentro del cual puedan moverse las autoridades, sin afectar el interés privado, para exigir el cumplimiento de las garantías que les corresponden.

Las leyes reglamentarias que provengan de la norma constitucional tendrán que resolver, en un futuro inmediato, las formas de protección que garanticen la vida, la seguridad, la subsistencia y educación de dichos menores; y configurar instituciones públicas encargadas de llevarlas a la práctica.

2.2.3. ARTICULO DECIMO CUARTO CONSTITUCIONAL

El artículo 14 Constitucional es de sobrada e indiscutible trascendencia por el cúmulo de garantías consagradas en su esencia; es de especial interés, para efectos de nuestra investigación, el contenido de su segundo párrafo, que a la letra dice:

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

En éste párrafo se encuentra contenida la garantía de audiencia, que conforme al precepto constitucional se integra por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, necesariamente concurrentes: el juicio previo al acto de privación; que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; el cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio. De esta forma es evidente que la garantía de audiencia es susceptible de contravenirse al violarse una sola, por lo que, merced a la íntima articulación que existe entre ellas, el gobernado encuentra en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional una verdadera y sólida protección a los bienes jurídicos integrantes de su esfera subjetiva de derechos.¹⁷⁹

Conforme a la temática a seguir, es necesario mencionar los medios jurídicos que la garantía de audiencia tutela, a saber, la vida, la libertad, la propiedad, posesiones y

¹⁷⁹ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales". Editorial Porrúa, 11a. ed., México, 1978, págs. 548-9

derechos, con lo cual se abarca toda posibilidad de privación, gracias a la amplitud de valores jurídicos tutelados con estas acepciones generales.

En efecto, la vida se traduce en el estado existencial del sujeto, entendida como la realización de la esencia desde el punto de vista aristotélico; por ende, a través del concepto "vida", la garantía de audiencia tutela la existencia misma del gobernado frente a actos de autoridad que pretendan hacer de ella objeto de privación y se protege asimismo, al ser humano en su substantividad psicofísica y moral.¹⁸⁰

Por lo que hace a la libertad, ésta se preserva como la facultad genérica del individuo consistente en la forjación y realización de fines vitales y en la selección de medios tendientes a conseguirlos.

Resulta por tanto en nuestro estudio, que las garantías consagradas en este precepto son claramente susceptibles de ser violadas y vejadas en lo que atañe a la preservación de la vida, de la libertad y de los derechos del ser humano, y específicamente del menor. Quedan tutelados dentro de estos conceptos, valores de tal magnitud como lo son su normal desarrollo físico y psicológico, su educación, a la que tiene evidente derecho, su salud e integridad física y su vida misma.

2.2.4. ARTICULO DECIMO QUINTO CONSTITUCIONAL.

El precepto constitucional a que éste punto se refiere y que consideramos tiene injerencia importante en el tema en estudio, señala:

¹⁸⁰ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales". Op. Cit., pág. 551.

"No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano."

Este precepto constitucional establece tres importantes restricciones a las facultades del Poder Ejecutivo y del Senado en materia de celebración de tratados y convenios internacionales, facultades previstas en los artículos 89, fracción X y 76, fracción I de nuestra ley fundamental. De estas limitantes, las dos primeras son específicas y tienden a preservar derechos y libertades fundamentales de la persona humana, mientras que la tercera es de carácter general y está encaminada a la protección de la totalidad de los derechos civiles o individuales, así como de los derechos políticos o del ciudadano.¹⁸¹

En efecto, ésta tercera restricción es en la que por su generalidad, gira nuestro estudio, pues incluye la salvaguarda de los derechos de los menores, como seres humanos y como sujetos de derecho.

La prohibición que consigna dicho precepto es la más extensa, y a través de ella se asegura la observancia de todas las garantías del gobernado, invulnerables por la conducta contractual del Estado mexicano en el campo internacional. Ningún tratado o convenio, sea cual fuere su materia, es susceptible de celebrarse si, mediante él, se alteran dichas garantías. Esta prohibición denota la hegemonía del derecho interno de nuestro país sobre el derecho internacional, cuyas normas, en su aspecto convencional, sólo pueden aplicarse dentro del territorio de la República en tanto no pugne con los mandamientos

¹⁸¹ Cfr. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. Comentario al Artículo 15 Constitucional, en "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada", Op. Cit. pág. 66

constitucionales, según se advierte con claridad del artículo 133 de la misma Ley Suprema, corroborándose su sentido por la prohibición en comento.¹⁸²

En la última parte del precepto constitucional que hemos subrayado, no se autoriza la celebración de tratados o convenciones internacionales en virtud de los cuales se alteren, o se menoscaben, vulneren o hagan nugatorios los derechos y libertades fundamentales que la Constitución otorga a todo ser humano, o bien aquellos derechos políticos que se reconocen únicamente a los ciudadanos mexicanos. Dicha alteración debe entenderse estrictamente en un sentido negativo, es decir, como ya lo indicamos, cuando a través de un tratado o convenio internacional se reduzcan o anulen los derechos o garantías que establece la Constitución, pero no cuando este tipo de instrumentos internacionales impliquen un mayor número de derechos a los ya reconocidos, o una implementación en los recursos, medios o mecanismos susceptibles de proporcionar una protección más eficaz de aquéllos, como la realidad ha venido ocurriendo en materia de protección internacional de los derechos humanos.

En efecto, a últimas fechas, y más concretamente los días 24 y 25 de marzo de 1981, el gobierno de México ratificó una serie de instrumentos internacionales de carácter general y aplicabilidad ya sea universal o regional, según el caso, en materia de derechos humanos.

Tales instrumentos son: los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, uno sobre derechos económicos, sociales y culturales, y otro sobre derechos civiles y políticos, ambos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y vigentes, respectivamente, a partir del 3 de enero y 26 de marzo de 1976; así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa
182 Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales". Op. Cit., págs. 599-600

Rica, del 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978, documentos que, conforme a lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra ley fundamental y por estar de acuerdo con ésta, forman parte ya de nuestro orden jurídico interno.

En ciertos casos, los derechos que reconocen estos instrumentos internacionales son más amplios que los que otorga nuestra Constitución o las leyes que de ella emanan, como es el caso, tocando el tema que nos atañe, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989 183; o del Convenio Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, firmado en La Haya, el 29 de mayo de 1993 184; incluso la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, 185 a través de las cuales se reconoce el interés superior del niño, junto con una serie de derechos a él inherentes y libertades fundamentales susceptibles de ser reclamadas, en cuanto a su protección, recursos y mecanismos de procuración que, en su gran mayoría y desafortunadamente, no han merecido, hasta la fecha, su aceptación por parte de nuestro gobierno.

2.2.5. ARTICULO DECIMO SEXTO CONSTITUCIONAL.

Resulta imprescindible citar al maestro Burgoa, al abordar el comentario que nos atañe sobre el artículo 16 de la Constitución, que " es uno de los preceptos que imparten mayor protección a cualquier gobernado, sobre todo a través de la garantía de legalidad que consagra, la cual, dada su extensión y efectividad jurídicas, pone a la persona a salvo de

183 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Naciones Unidas, 1989, Secretaría de Relaciones Exteriores, Consultoría Jurídica.

184 CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION DEL NIÑO Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL. La Haya, 29 de mayo de 1993. (Aprobado por la Cámara de Senadores, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de 6 de julio de 1994).

185 CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES. Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989. (Aprobada por la Cámara de Senadores, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de 6 de julio de 1994).

todo acto de mera afectación a su esfera de derecho que no sólo sea arbitrario, es decir, que no esté basado en norma legal alguna, sino contrario a cualquier precepto, independientemente de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento a que éste pertenezca."

186

En lo conducente, es de importancia el siguiente texto constitucional:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento..."

Siendo la concebida garantía de tan amplia extensión tutelar, puesto que consagra el principio de legalidad mismo, podemos afirmar, con el maestro Burgoa, que se descubre esta garantía en todos los ordenamientos escritos o consuetudinarios históricamente dados, mediante los que se haya sujetado al poder público a determinadas normas de observancia obligatoria en beneficio de los gobernados, por lo que no es exagerado sostener que, a medida que los regímenes estatales evolucionaban hacia su estructuración jurídica, la citada garantía se afianzaba insensiblemente hasta culminar en su institución definitiva de reglas constitucionales, que dadas su diversidad y variedad en el tiempo y en el espacio, sería un tanto prolijo siquiera mencionar. 187

El núcleo original de toda garantía relacionada con los derechos de libertad o seguridad, expresa el Dr. Fix Zamudio, ha fructificado en forma tan espléndida en nuestro medio que, independientemente de su contenido, los impedimentos frente a todo acto arbitrario están constituidos, sin duda alguna, por instrumentos eficaces de defensa de los derechos

186 BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales". Op. Cit., pág. 600

187 Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías del gobernado en el Constitucionalismo Mexicano". Sinopsis Histórica". Op. Cit., pág. 46

humanos, que no sólo comprenden la libertad física protegida tradicionalmente entre nosotros, sino toda la gama de derechos subjetivos públicos establecidos en la Constitución en beneficio de los habitantes del país, siendo la integridad física y moral de los propios habitantes, la que ha recogido una atención especial y la que a su vez, ha permitido superar innumerables ejemplos de la falta de respeto a la vida, la libertad y propiedad de los mexicanos y aún de cualquier habitante de nuestra patria, sobre todo en las etapas tormentosas de las revueltas y las revoluciones.¹⁸⁸

Así y en lo que nos atañe, al utilizar este precepto de manera tajante el término "nadie", con esto comprende a todo ser humano, entendiéndose por supuesto, incluidos a los menores como sujetos de esta garantía que salvaguarda, legalmente, contra los actos de molestia a todo individuo, sin detrimento de su edad, sexo, nacionalidad, raza, etc.: bajo la pretendida universalización de las garantías de la persona frente al Estado y a sus autoridades, por las que pugna la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de diciembre de 1948, cristalizada en México en instituciones constitucionales.

¹⁸⁸ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Juicio de Amparo" (estudios) en la parte titulada: la jurisdicción constitucional mexicana, Editorial Porrúa, México, 1964, pág. 227 y ss

humanos, que no sólo comprenden la libertad física protegida tradicionalmente entre nosotros, sino toda la gama de derechos subjetivos públicos establecidos en la Constitución en beneficio de los habitantes del país, siendo la integridad física y moral de los propios habitantes, la que ha recogido una atención especial y la que a su vez, ha permitido superar innumerables ejemplos de la falta de respeto a la vida, la libertad y propiedad de los mexicanos y aún de cualquier habitante de nuestra patria, sobre todo en las etapas tormentosas de las revueltas y las revoluciones.¹⁸⁸

Así y en lo que nos atañe, al utilizar este precepto de manera tajante el término "nadie", con esto comprende a todo ser humano, entendiéndose por supuesto, incluidos a los menores como sujetos de esta garantía que salvaguarda, legalmente, contra los actos de molestia a todo individuo, sin detrimento de su edad, sexo, nacionalidad, raza, etc.: bajo la pretendida universalización de las garantías de la persona frente al Estado y a sus autoridades, por las que pugna la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de diciembre de 1948, cristalizada en México en instituciones constitucionales.

¹⁸⁸ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Juicio de Amparo" (estudios) en la parte titulada: la jurisdicción constitucional mexicana, Editorial Porrúa, México, 1964, pág. 227 y ss

CAPITULO 3.

MEDIOS EMPLEADOS EN EL TRAFICO DE MENORES.

La idea general de tráfico de menores es de aquellas que se captan intuitivamente y que parecen evidentes de suyo, pero que al tratar de asirlas y expresarlas presentan una enorme dificultad, puesto que resulta una idea de límites imprecisos y difusos y que parece sobreponerse a otras ideas afines o similares, como pueden ser los abusos en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela que en ocasiones llegan a parecer parte del tráfico de menores.

Un reportaje de la CNCN del pasado 7 de abril de 1994, decía textualmente que en los primeros tres meses de este año, se habían suscitado 75 casos de niños desaparecidos, sujetos de tráfico en Guatemala.¹⁸⁹

El tráfico de menores, en efecto, resulta ser un fenómeno que se vale de diversos medios cuyo proceso implica la desaparición, la privación de su libertad, la reducción a la servidumbre, la adopción en fraude a la ley, entre otros. En materia penal el secuestro de menores seguido de amenazas o de otros delitos puede parecer o puede formar parte del tráfico de menores.

Por otra parte, ni el Código Civil ni el Código Penal conocen esta figura jurídica ni la regulan ni la sancionan directamente. Por tanto, es propio de un sistema lógico, procurar identificar las necesidades fundamentales del niño y del adolescente, para de allí seleccionar el elenco de valores jurídicos que deben ser protegidos.

¹⁸⁹ CASTREJON, Fernanda. CNCN, 7 de abril de 1994.

Contra este conjunto de valores tutelables destacarían las conductas específicas que constituyan sistemas violatorios de las mismas y que sean constitutivas del tráfico de menores.¹⁹⁰

3.1. ADOPCION EN FRAUDE A LA LEY.

Adoptio est imago naturae.¹⁹¹ En este sentido, nos referimos a la adopción que como paternidad fingida es constitutiva artificialmente de la relación paterno filial.¹⁹² "La adopción es un derecho que puede ejercitar aquella persona que no ha podido tener hijos que la naturaleza hubiera podido darle y que consecuentemente, el derecho va a suplir esa omisión, y a contribuir para constituir -entre adoptante y adoptado- la relación paterno filial."¹⁹³

El Código Civil, en el Capítulo V del Título Séptimo, regula a la Adopción; por lo que "...el mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

- I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;
- II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse; y
- III. Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

190 ABARCA LANDERO, Ricardo. "El Tráfico de Menores", Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. ed., Estudios Doctrinarios, Serie G, Núm 126, México, 1990, pág. 193

191 CODIGO DE JUSTINIANO. Lib. I, Tít. XI, N° IV.

192 Cfr. MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil", T. III, Edit. Porrúa, México, 1988, pág. 493

193 MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil", T. III., Op. cit., pág. 4984

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente."194

El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla el requisito de la diferencia de edad de diecisiete años, con respecto al adoptado. Así, nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo éste caso.

El menor o incapacitado que haya sido adoptado podrá impugnar la adopción dentro del año siguiente a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.

El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos. El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción. El adoptante, a su vez, tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar,
- II. El tutor del que se va a adoptar,
- III. La persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como a hijo, cuando no hubiere quién ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor.

194 Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. 2a. ed., Edit. Miguel Angel Porrúa, México, 1987. Artículo 390.

IV. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo.

Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción.

Si el tutor o el Ministerio Público no consienten en la adopción, deberán expresar la causa en que se funden, la que el juez calificará tomando en cuenta los intereses del menor o incapacitado. En este sentido, quedan exentos de fundar su decisión, quien ejerza la patria potestad y aquél que lo haya acogido como hijo.

Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción.

Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges.

La adopción producirá sus efectos aunque sobrevengan hijos al adoptante.

La adopción puede revocarse por ingratitud del adoptado o cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oír a

las personas que prestaron su consentimiento, cuando fueren de domicilio conocido, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas.¹⁹⁵

Respecto a la regulación de las actas de adopción, el Código Civil se limita a estatuir que dictada la resolución judicial definitiva que autorice la adopción, el Juez, dentro del término de ocho días, remitirá copia certificada de las diligencias al Juez del Registro Civil que corresponda a fin de que, con la comparecencia del adoptante, se levante el acta correspondiente. La falta de registro de la adopción no quita a ésta sus efectos legales.

El acta de adopción contendrá los nombres, apellidos, edad y domicilio del adoptante y del adoptado; el nombre y demás generales de las personas cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la adopción, y los nombres, apellidos, y domicilio de las personas que intervengan como testigos. En el acta se insertarán los datos esenciales de la resolución judicial.¹⁹⁶

De las características que resultan de los preceptos legales que regulan a esta institución, el maestro Galindo Garfias describe los siguientes caracteres:

- Es un acto solemne, porque sólo se perfecciona a través de la forma procesal que señala el Código de Procedimientos Civiles.
- Es un acto plurilateral, porque requiere fundamentalmente del acuerdo de voluntades del adoptante y del adoptado a través de su representante y exige una resolución judicial.

¹⁹⁵ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Op. cit. Arts. 157, 391, 392, 394, 395, 396, 397, 398, 402, 403, 404 y 405.

¹⁹⁶ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Op. cit. Arts. 84, 85 y 86.

- Es un acto constitutivo de la filiación y de la patria potestad que asume el adoptante.

- Eventualmente es un acto extintivo de la patria potestad, en el caso de que en el momento de la adopción, existan antecedentes de quienes, hasta entonces, ejercían la patria potestad sobre el adoptado.

Como institución la adopción es:

- Un instrumento legal de protección de los menores e incapacitados¹⁹⁷

La multiplicidad de sistemas legales vigente en el territorio nacional, se debe a la soberanía del régimen jurídico interior de las entidades federativas, lo cual crea problemas de todo orden respecto a los ámbitos de validez, por lo que es aconsejable, con el ánimo de evitar el que se cometa fraude a la ley, se unifique la legislación nacional en materia de protección de menores.¹⁹⁸

Por otro lado, el aumento rápido y violento de la población mundial ha originado un rejuvenecimiento de la especie humana, incrementándose la proporción de jóvenes con respecto de la población mundial, fundamentalmente en los países desarrollados. La Comisión de Desarrollo Social del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), en su informe de 1969 relativo a las políticas y programas a largo plazo sobre juventud y desarrollo nacional, estimó que las personas menores de 25 años para 1965 habían llegado a 1,757,600,000, es decir el 54% de la población mundial, de las cuales unos 500,000,000 tenían entre 12 y 25 años de edad y el resto menos de doce

197 Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 1a. ed., Edir. Porrúa, México, 1973. pág. 619

198 Cfr. MANTEROLA MARTINEZ, Alejandro. "De la pluralidad a la unidad legislativa en materia de protección de menores", Derechos de la Niñez, Op. cit., pág. 49

años; más de las tres cuartas partes de ésta población joven vivía en los países subdesarrollados: 59,000,000 en África, 322,000,000 en Asia y 44,000,000 en América Latina.

Se calculaba entonces que para 1980 esta población juvenil debería haber crecido en unos 150,000,000 más. Según una publicación de UNICEF, la población de 14 años o menos llegaba en Latinoamérica y el Caribe, en 1970 al 40.9% del total de habitantes o sea, los menores de esa edad eran 146,595,644.¹⁹⁹

La población mundial se ha multiplicado considerablemente y esto debido a que los adelantos de la ciencia médica y la tecnología han permitido reducir las cifras de mortandad. El descenso en las tasas de mortalidad viene seguido por una disminución en los índices de los nacimientos, lo que origina que los países desarrollados se estén acercando a cero e incluso por debajo de esa cifra.

Las parejas extranjeras prefieren buscar un niño en nuestro país o en cualquier Estado tereermundista, para evitar los lentos y tediosos trámites de sus países, así como los estrictos requisitos por llenar y que determinan si son o no personas aptas para adoptar.

Aprovechan las situaciones económicas de algunas madres mexicanas que se ven obligadas a vender o regalar a su hijo y cuando no lo logran son capaces de robarlo, cometiendo otros delitos como falsificación de documentos, la supresión de la verdadera identidad del menor, la ilegal emigración e internación del menor, entre otras.

¹⁹⁹ UNICEF, Oficina Regional para las Américas. "Situación de la Infancia en América Latina y el Caribe". Edit. Universitaria, Santiago de Chile, 1979, pág. 31

Las mafias de tráfico de niños aprovechan las lagunas de nuestra legislación que permiten la salida de los menores de edad a través de la adopción.

Es necesario que se regule detalladamente el procedimiento de adopción para efectos internacionales y que además se lleve a cabo un control y un seguimiento de los menores llevados a vivir al extranjero. La oportunidad que tienen los menores mexicanos de iniciar una nueva vida en el seno de una familia extranjera es única, por lo que para garantizarla los procedimientos deben ser más rigurosos.

En este sentido, el texto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de 25 de enero de 1991, estipula en su artículo 21 que la adopción del niño sólo deberá ser autorizada por las autoridades competentes; siendo obligación de los Estados partes garantizar el superior interés del niño que sea objeto de adopción por personas que no sean de la nacionalidad del adoptado. La localización debe efectuarse por medio de organismos autorizados o por personas que reúnan las condiciones necesarias bajo la adecuada supervisión de las autoridades competentes, que garanticen la aplicación de las mismas salvaguardas y normas mínimas que se explican a los casos de adopciones de carácter interno exclusivamente.

Estados Unidos presentó una propuesta para garantizar la confidencialidad del proceso de adopción, pero esa iniciativa fue rechazada. Este es el único artículo de la Convención al que se opone del todo la Carta Latinoamericana para los Derechos de los Niños, ya que se considera que puede servir para facilitar y multiplicar el tráfico internacional de niños, lo mismo para adopciones ilegales que dejan cuantiosas ganancias a los intermediarios, que para la extracción de órganos vitales.

Podría pensarse, sin embargo, que la legislación de la adopción internacional bien podría servir para luchar contra el mismo problema que convierte a nuestros niños latinoamericanos en mercancía necesaria para repoblar algunos países del primer mundo o para utilizar los órganos vitales de nuestros niños a favor de niños enfermos de esos mismos países.²⁰⁰

En efecto, el primer borrador de la Carta Latinoamericana de los Derechos de los Niños versa textualmente: "...creemos fundamental promover y apoyar los modelos culturales que espontáneamente han construido nuestros pueblos para la atención del niño en el seno de su propia comunidad, por medio de opciones a la familia nuclear: la familia extensiva, la familia monoparental o cualquier otra forma de organización comunitaria para la atención infantil..."

"...que la adopción sea la forma de darle una familia al menor, capaz de brindarle afecto y la seguridad necesaria para que pueda desarrollarse plenamente, preservando su identidad en su medio social, comunitario y étnico... que los Estados ofrezcan un cuidadoso control sobre el bienestar de los niños adoptados, especialmente si éstos fueren llevados fuera de su país. Y nos oponemos a cualquier política social que comprenda la adopción internacional."²⁰¹

Este sentimiento de injusticia y de impotencia respecto de la adopción internacional crece al percibir que, como la explotación de materias primas, las adopciones internacionales son una forma más de la explotación de la pobreza que reina en el hemisferio sur. El respeto del niño como ser humano hace de estas prácticas, formas de explotación: sea

200 Cfr. BARCENA, Andrea. "Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. El mundo se pone de acuerdo cuando piensa en los pequeños". El Universal, 30 de octubre de 1988. Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992, págs. 188 y 189

201 BARCENA, Andrea. "Carta Latinoamericana de los Derechos de los Niños". El Universal, 16 de octubre, 1988. Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez. Op. cit., págs. 192 y 193

robado o vendido, el niño es cosificado, reducido a mercancía. Las adopciones internacionales son una forma más de la explotación de la pobreza, la más cruel, la más inhumana.²⁰²

En este sentido, es menester hacer cita de diversos casos resultado de una investigación de campo que se ha detallado por el maestro Ricardo Abarea Landero, que ha sido evaluada a través de la proporción y de la frecuencia de un fenómeno sociológico; considerando las limitadas posibilidades de un investigador no oficial, queda sólo el sistema de investigación por muestra, la cual, aún cuando llegue a ser profunda, en casos específicos se publica sin nombre ni dato alguno de identificación como parte de la técnica y reglas de estadística.

Primer caso.- "Beneficencia". En una casa de maternidad en algún lugar del Bajío, se reciben jovencitas próximas a parir, que por la presión social no pueden tener un lugar antes del matrimonio. La organización monjil recibe al niño como un expósito de madre y padre desconocido y procura encontrarle prospectos de padres adoptivos, preferentemente extranjeros porque se considera mucho mejor la perspectiva de vida del menor.

En los casos detectados, la directora de la institución le da sus propios apellidos y lo presenta como expósito al registro civil ocultando su verdadera identidad, la cual sí se conoce en la institución. Asimismo, la directora de la institución concede la adopción del menor en favor de extranjeros con una clara incapacidad para adoptar.

²⁰² Cfr. BARCENA, Andrea. "Tráfico de menores: adopciones, esclavitud y saqueo". El Universal, bajo el título "Tráfico de menores: adopciones, esclavitud, saqueo, canibalismo...", 16 de junio de 1990. Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez. Op. cit., pág. 28

Aparentemente estas organizaciones monjiles de beneficencia no se dan cuenta de la manipulación económica que sufren desde el extranjero, aunque ésta resulte evidente para los demás. Se han analizado unos ciento cincuenta casos.

Segundo caso.- Se trata de infantes de origen desconocido, presentados al registro civil por una mujer que no se identifica plenamente, da nombre falso y domicilio inexistente. Esta misma mujer se presenta ante un notario y ratifica una carta poder por la que concede a un abogado la facultad de dar en adopción al niño, sin que el notario la identifique plenamente. Se han identificado unos veinte casos dada la gran labor que requiere su comprobación, y además se dan únicamente entre jueces y autoridades lejanas, fuera de toda competencia.

Tercer caso.- Elaborada obtención de menores. Resulta muy marcada la dependencia de una "agencia" de adopción extranjera que no deja de estar presente en los dos primeros casos. La "institución mexicana" es una agencia de nombre rimbombante tal como "Institución Protectora de la Niñez Desolada, A. C." (inventado), cuyas instalaciones no pasan de una pequeña oficina con teléfono, archivos, tres escritorios y una máquina de escribir. Esta "institución" carece de instalaciones para recibir y atender bebés y mucho para procurar su bienestar.

La organización "C" obtiene menores mediante el empleo de trabajadoras sociales sin experiencia previa y con necesidad de trabajar, cuya labor consiste en ir a pueblos, aldeas y rancherías y quienes están en posibilidad de sorprender a presidentes, delegados municipales, maestros y curas locales, los cuales les procuran el acceso a las jóvenes y señoras embarazadas, que en una gran cantidad de casos tienen problemas respecto de la criatura por nacer.

Una vez detectadas las víctimas, las trabajadoras sociales inician labor de convencimiento y de incitación para que se desprendan del bebé próximo a nacer. Regalitos, promesas, presiones sociales y oficiales del presidente municipal, de los ediles, del maestro y del cura, hacen el resto.

En el momento del parto, empieza a operar otra parte del sistema. Un cierto sujeto, sea doctor, enfermera o trabajadora social reciben y retienen al recién nacido de la cuna del hospital, sanatorio o maternidad con el consentimiento o sufrimiento de la recién parturienta.

El siguiente paso es el registro del recién nacido en el registro civil como hijo de una madre supuesta. En una investigación se logró determinar que la misma señora que hacía la limpieza de los pisos de una oficina, había firmado como madre de once menores ante el registro civil de una misma ciudad en el término de diez meses. El resultado de este acto es la pérdida de la individualidad del nombre familiar y de la filiación del menor.

Cuarto caso.- Internado de abandonados. Existen internados de niños que son entregados por padre o madre u otro familiar que no puede ya atenderlos y que los van olvidando, hasta que al paso del tiempo quedan definitivamente abandonados.²⁰³ Estos internados se convierten así en lugares de verdadera reclusión, pues los preadolescentes y adolescentes no tiene donde ir. En una institución bien organizada y con interés humanitario, la propia institución promoverá los paseos colectivos, los contactos con otras instituciones similares, los torneos deportivos. En cambio, en otras instituciones la organización tiende a separarlos del mundo que los rodea, para darles una formación muy especial,

²⁰³ El artículo 342 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, versa: "Al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se lo confió o de la autoridad en su defecto, se le aplicarán de uno a cuatro meses de prisión y una multa de cinco a veinte pesos."

consistente en un muy buen desarrollo físico y un mínimo desarrollo mental y de conocimientos, salvo en algún otro idioma como el inglés, en detrimento del español. Nada de historia patria ni de civismo; habilidades y destreza manual.

Los preadolescentes y adolescentes salen del país en grupos de diez a veinte, con permiso judicial bajo la afirmación de que son becados por alguna institución del extranjero, la cual no se precisa. No se vuelve a saber de ellos. En estos casos no se afecta la identidad de los muchachos, sino su derecho a obtener una educación promedio en el seno de la sociedad, puesto que es a través de la formación educativa que se logra obtener como producto el hombre masa, que está reducido a ser fuerza de trabajo eficiente, sumisa y sin individualidad destinable a cualquier tipo de trabajo o como carne de cañón e inclusive a la prostitución.²⁰⁴

La adopción sustancialmente irregular, como finalidad específica de los actos y sistemas de obtención de menores, pasa por alto la recomendabilidad de la adopción cuando se supone que el menor se beneficiará con la misma, porque él o los adoptantes sean personas de adecuada educación, moralidad y economía suficiente para hacerse cargo del menor. Sin embargo, es frecuente que los solicitantes de adopción no reúnan esas características y que necesiten acudir al mercado de niños a través de agencias de adopción de niños extranjeros.

Los requerimientos a las agencias privadas de adopción son mucho menores cuando los niños se obtienen en el extranjero, puesto que no realizan más que un trabajo de escritorio que conecta a los presuntos adoptantes con quienes pueden facilitarles la adopción. De hecho, las agencias de adopción de niños extranjeros se anuncian libremente en desplegados de los directorios telefónicos; como ejemplo de lo anterior, el

²⁰⁴ Cfr. ABARCA LANDERO, Ricardo. "El Tráfico de Menores", Op. cit., págs. 194-196

Código de lo criminal de Utah, que penaliza la inducción a una madre a entregar a su hijo a cambio de pago, cuando ocurre en el Estado (artículo 76-7-203), así como las reglas de las agencias privadas de colocación de niños (adopción) de West Virginia (artículo 55-8a-4 y 55-8a-2(2)), que se aplica a las agencias que realizan la adopción en el mismo Estado, pero no se refieren a las oficinas "de mero enlace" puesto que ese será problema del Estado en el que se lleve a cabo la adopción.²⁰⁵

3.2. PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.

El maestro Rafael de Pina dice que la libertad es la "...facultad que debe reconocerse al hombre, dada su naturaleza racional, para determinar su conducta sin más limitaciones que las señaladas por la moral y por el Derecho."²⁰⁶

En este sentido, estatuyéndose el objeto de proteger esta garantía, el Código Penal para el Distrito Federal, en su Título Vigésimo Primero se refiere a la privación ilegal de la libertad y de otras garantías; estipulando en el artículo 364 una pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos al particular que, fuera de los casos previstos por la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días. Si la privación ilegal de la libertad excede de ocho días, la pena será de un mes por cada día; y al que viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República, en favor de las personas.²⁰⁷

²⁰⁵ Cfr. ABARCA LANDERO, Ricardo. "El Tráfico de Menores", Op. cit., pág. 198

²⁰⁶ DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho". 2a. ed., Edit. Porrúa, México, 1970, pág. 225

²⁰⁷ Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. 3a. ed., Edit. Sisa, México, 1994. Art. 364.

Por su parte, el Semanario Judicial de la Federación, contiene la tesis dictada por la Primera Sala, correspondiente a la 5a. época, T. XCIV, pág. 1624, mismo que a la letra dice:

PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD PERSONAL, LEGISLACION DE OAXACA, DELITO DE. Conforme al artículo 349 del Código Penal del Estado, el delito de privación ilegal de la libertad sólo puede ser cometido por un particular, al arrebatarse o detener a otro, sin orden de autoridad competente. Por tanto, si está comprobado que los quejosos no tenían el carácter de individuos particulares cuando llevaron a cabo el arresto de sus hoy acusadores, no puede sostenerse que esté acreditado el cuerpo del delito de privación ilegal de la libertad.

PRECEDENTES:

TOMO XCIV. JIMÉNEZ BRAULIO Y COAG. P. G. 1624. 1RO. DE DICIEMBRE DE 1947. 4 VOTOS. LEGISLACION VIGENTE EN EL MOMENTO EN QUE SE SOLICITA EL AMPARO.

Asimismo, es digna de mención la tesis emitida por la Primera Sala, en el Semanario Judicial de la Federación, 5a. época, LXXX, pág. 537, que versa:

LIBERTAD PERSONAL, PRIVACION ILEGAL DE LA. Comete el delito de privación ilegal de la libertad, aquél que sin orden de autoridad competente, siendo un particular y fuera de los casos previstos por la ley, arreste o detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar; por lo que no puede existir dicho delito, cuando de las constancias procesales no existe indicio alguno ni declaración de testigo, que arroje algún cargo en este sentido, en contra del quejoso.

PRECEDENTES:

BUSTILLO MANUEL. P. G. 537. TOMO LXXX. 13 DE ABRIL DE 1944. 5 VOTOS.

En este sentido, es de invocarse la tesis que aparece en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 5a. época, T. LXXV, pág. 7018:

LIBERTAD, ILEGAL PRIVACION DE LA. Aunque el artículo 364 del Código Penal del Distrito, tratándose del delito de privación ilegal de la libertad, hable de arresto o detención en cárcel privada, dicho artículo dice también que **ese arresto o detención puede llevarse a cabo en cualquier otro lugar, sin especificación o condición alguna;** y el artículo 366 del mismo Código, determina que se impondrán de **5 a 20 años de prisión y multa de cien a mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga el carácter de plagio o secuestro, en alguna de las formas que el mismo artículo especifica, entre ellas, cuando se haga uso de amenazas graves, de mal trato o de tormento.**

PRECEDENTES:

TOMO LXXV, PÁG. 7018. D. FRAZ GUTIÉRREZ GARDUÑO JUAN. 18 DE MARZO DE 1943. 4 VOTOS.

A mayor abundamiento, en la fuente ya citada, en el Tomo LXXIII, pág. 4259, obra la siguiente tesis:

LIBERTAD, PRIVACION ILEGAL DE LA, POR UN PARTICULAR. Para que pueda estimarse configurado este delito, se requiere que la víctima se encuentre **incapacitada para sustraerse al encierro de que se le hace objeto, por voluntad;** pero si se trata de agentes de la autoridad, que se encontraban armados y para quienes era sumamente fácil sustraerse al encierro del que se dicen fueron víctimas, no puede considerarse que existe el referido delito.

PRECEDENTES:

LEMUS MORALES MARTÍN. PÁG. 4259. TOMO LXXIII. 20 DE AGOSTO DE 1942.

La siguiente tesis, citada en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 5a. época, T. LVIII, pág. 1837, dice:

DEPOSITARIOS, DELITOS DE LOS. CONTRA LAS GARANTIAS Y DERECHOS ESTABLECIDOS POR LA CONSTITUCION GENERAL EN FAVOR DE LAS PERSONAS. La fracción II del artículo 364 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, bajo la denominación específica de privación ilegal de la libertad y otras garantías, establece que se aplica la pena de prisión de uno a seis meses y multa de diez a cien pesos, a quien de alguna manera viola, con perjuicio de otra, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República en favor de las personas. De los términos literales de este precepto legal, se viene en conocimiento de que es condición esencial para que exista el delito a que el mismo se refiere, que se violen derechos y garantías constitucionales consagradas en favor de las personas y que no estén catalogadas ya como delitos, de un modo específico, en la Ley Penal, pues es obvio considerar que la disposición genérica de que se viene hablando, se aplica en todos aquellos casos en que no aparezca la violación de un derecho que el legislador haya erigido en delito especial. Ahora bien, si el interventor con cargo a la caja de una negociación, ese hecho no puede remitirse al concepto genérico que entraña la fracción II del artículo 364 ya citado, en virtud de que constituye una incriminación clasificada especialmente dentro de las infracciones perpetradas contra el patrimonio de las personas, como daño en propiedad ajena; y el auto de formal prisión dictado por el delito a que se refiere la repetida fracción II del artículo 364, es violatorio de garantías.

PRECEDENTES:

TOMO LVIII, PÁG. 1837. GONZÁLEZ GARCÍA CARLOS. 12 DE NOVIEMBRE DE 1938.

Resulta oportuno mencionar en este rubro, la tesis que obra en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 6a. época, Vol. III, pág. 72:

DELITO PERMANENTE Y DELITO CONTINUADO. La Ley contiene la noción del delito permanente, al hablar de la prolongación en el tiempo de la acción u omisión criminal, o sea, el que implica una persistencia en el resultado durante el cual el sujeto activo mantiene su voluntad delictiva y, por ende, la antijuridicidad que es su consecuencia. Son ejemplos específicos el rapto y la privación ilegal de libertad, en nuestro medio, o en el secuestro y el plagio en otras legislaciones, y se opone a dicho concepto el de delito instantáneo, que termina con la producción del efecto, como el robo, que se agota con el apoderamiento; el fraude, con la obtención del lucro, o el homicidio, con la privación de la vida.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 4660/56. BEATRIZ LIMAN VIVANCO. 4 DE SEPTIEMBRE DE 1957. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE.

3.3. PLAGIO O SECUESTRO.

El artículo 366 del Código Penal ordena la imposición de una "...pena de seis a cuarenta años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, cuando la privación ilegal de la libertad tenga el carácter de plagio o secuestro en alguna de las formas siguientes:

- I. Para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a otra persona relacionada con aquélla;
- II. Si se hace uso de amenazas graves, de maltrato o de tormento;
- III. ...
- IV. Si la detención se hace en camino público o en paraje solitario;

V. Si quienes cometen el delito obran en grupo; y...

VI. ...

...

...Si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio, solo se aplicará la sanción correspondiente a la privación ilegal de la libertad de acuerdo con el artículo 364.

En el supuesto de que el secuestrado sea privado de la vida, por su o sus secuestradores, la pena será hasta de cincuenta años de prisión."208

La tesis contenida en el Semanario Judicial de la Federación, de la Primera Sala, de la 7a. época, Vol. 199-204, pág. 45, es explícita:

PLAGIO O SECUESTRO, DELITO DE. El plagio o secuestro es una figura delictiva cuya tipicidad depende, no sólo del elemento material (externo) de la conducta, sino también de la concurrencia de la tendencia interna trascendente o sea de un elemento subjetivo del injusto, según la terminología empleada por la ciencia penal tedesca, que define esta clase de figuras como aquellas "violaciones dirigidas hacia un resultado que está más allá de los hechos externos de ejecución del delito", por lo cual es suficiente para la consumación del delito que el sujeto activo haya tenido en mente, al privar de la libertad al ofendido, la finalidad de obtener el rescate, sin que interese que este objetivo se concrete.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 2518/83. ALEJANDRO MARCIEL VÉZQUEZ. 7 DE AGOSTO DE 1985. 5 VOTOS. PONENTE: FRANCISCO H. PAVÓN VASCONCELOS.

208 Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Op. cit. Art. 366

En este sentido, cabe mencionar la tesis emitida por la Primera Sala del Seminario Judicial de la Federación, 7a. época, Vol. 42, pág. 44:

SECUESTRO O PLAGIO, NATURALEZA DEL DELITO DEL. (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO). Para que pueda hablarse de plagio o secuestro en términos del artículo 329, fracción I, del Código Penal del Estado de Jalisco, debe entenderse que se trata de una detención arbitraria que modifique el tipo genérico del delito previsto en el artículo 327 del mismo ordenamiento legal en cita que se refiere a la privación ilegal de la libertad; esto es, para que exista el delito de plagio o secuestro, se requiere como supuesto indispensable que se reúnan las características legales de la privación de la libertad, con las modificaciones especiales a que sus diversas fracciones se refieren y se considere como un delito aumentado, en su penalidad, por revestir una mayor peligrosidad con una mayor lesión causada.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 2818/71 ROBERTO VILLARÁN VENEGAS. 16 DE JUNIO DE 1972. 5 VOTOS. PONENTE: MANUEL RIVERA SILVA.

De la misma obra, correspondiente a la séptima época, Vol. 151-156, pág. 89, se destaca la siguiente tesis:

PLAGIO O SECUESTRO, ACUSACION DEL MINISTERIO PUBLICO RESPECTO A VARIAS FRACCIONES DEL ARTICULO QUE PREVEE EL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE TABASCO). Si bien es cierto que tratándose del delito de plagio o secuestro previsto por el artículo 343 del Código Penal del Estado de Tabasco, se trata de un delito de los denominados de formulación casuística, alternativamente formados, porque se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas, ello no significa que exista imprecisión en la

acusación del Ministerio Público sólo porque este haya arguido que en el caso se trataba de un delito previsto en varias de las fracciones del precepto. En la práctica, pueden concurrir varias de dichas hipótesis alternativas. **El carácter alternativamente formado del tipo del ilícito, no necesariamente requiere que una sola sea la fracción o modo comisivo por la que se acuse, para que la misma tenga acreditamiento,** siempre y cuando el órgano acusador argumente para cada fracción invocada el razonamiento relativo, y entonces corresponde al juez, como único órgano de decisión, decir cuál es la forma o formas, de las aducidas, que a su juicio, corresponde a la conducta que desplegó el acusado; lo que no constituye, entonces, una sustitución al órgano de acusación.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 1305/80. FRANCO TOLEDO GUTIÉRREZ Y OTRA. 19 DE OCTUBRE DE 1981. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: RAOL CUEVAS MANTECÁN.

Por su parte, la Primera Sala, en el Semanario Judicial de la Federación, 6a. época, Vol. LXX, pág. 21, emite la tesis jurisprudencial que a la letra dice:

PRIVACION DE LA LIBERTAD, PLAGIO O SECUESTRO. PENA APLICABLE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON). Conforme al artículo 356 del Código Penal del Estado de Nuevo León, se sancionará con prisión de cinco a quince años y multa de cien a mil pesos, **la detención arbitraria que tenga carácter de plagio o secuestro, en alguna de las formas que prevé el propio precepto, entre ellas: 1. "Cuando se trate de obtener rescate..." Pero si el plagiario pone en libertad a la persona secuestrada, espontáneamente, antes de tres días y sin causar perjuicio grave, sólo se aplicará la sanción correspondiente a la detención ilegal, que es inferior a la mencionada. Más si el secuestrador pone en libertad a la persona secuestrada, por la activa ingerencia de la Policía y él mismo declara que "se vió**

precisado" a conceder la libertad, el elemento espontaneidad, atenuante de la pena, no se satisface.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 5675/62. OSCAR HERNÁNDEZ SACRAMENTO. 19 DE ABRIL DE 1963. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: ALBERTO R. VEIGA.

3.4. SUSTRACCIÓN DE MENORES.

El Código Penal en cita, se refiere a la sustracción de menores en la fracción VI del propio artículo 366, la cual versa: "Si el robo de infante se comete en menor de doce años, por quien sea extraño a su familia, y no ejerza la tutela sobre el menor.

Cuando el delito lo comete un familiar del menor que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela,²⁰⁹ la pena será de seis meses a cinco años de prisión..."²¹⁰

En este orden de ideas, la tesis que se encuentra en la página 51, Vol. 32, de la 7a. época del Semanario Judicial de la Federación, dice:

²⁰⁹ La tesis citada en el Semanario Judicial de la Federación, de la Primera Sala, 7a. época. Vol. 78, pág. 28, explica este párrafo de la ley:

PLAGIO O SECUESTRO, ATENUANTE DEL DELITO DE. SOLO APROVECHA A LOS CONYUGES QUE HAN PERDIDO LA PATRIA POTESTAD DEL MENOR SECUESTRADO. La atenuante a que se refiere el último párrafo de la fracción VI del artículo 366 del código penal federal, al establecer una pena de seis meses a cinco años de prisión para el caso de que el inculpafo sea un familiar del menor, que no ejerza sobre él la patria potestad ni la tutela, pretende punir la conducta de los cónyuges que por diversas causas han perdido el ejercicio de la patria potestad, subsistiendo la relación de consanguinidad existente entre ellos y el menor. Además, dicha atenuante sólo tiene operancia respecto a la mencionada fracción VI; de tal modo que si la conducta punible es la que contempla la fracción I del artículo señalado, no hay razón valedera para que aproveche al inculpafo la referida atenuante, ya que la señalada fracción I no hace distinción alguna respecto a que la persona secuestrada sea menor o no.

ANTECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 2637/74 JULIÁN ROMERA LUQUE. 4 DE JUNIO DE 1975. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: ABEL HUITRÁN Y A.

²¹⁰ Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Op. cit. Art. 366

ROBO DE INFANTE, TIPIFICACION DEL DELITO DE. La fracción V del artículo 366 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales no requiere que el robo de infante sea cometido con la intención de obtener rescate o de causar daño o perjuicio al plagiado u otra persona relacionada con éste, ni que el delito se ejecute haciendo uso de amenazas graves, de mal trato o de tormento, para ser sancionado, pues tales condiciones se refieren a otros tipos de delito de plagio o secuestro, requiriendo el de robo de infante únicamente que el pasivo sea menor de doce años y que el activo sea extraño a su familia y no ejerza la patria potestad sobre él.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 5497/70 JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ. 5 DE AGOSTO DE 1971. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: MARIO G. REBOLLEDO F.

A mayor abundamiento, cabe mencionar la siguiente tesis, que obra en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 6a. época, Vol. VIII, pág. 53::

PLAGIO. SUSTRACCION DE MENORES (LEGISLACION DE JALISCO). Es indudable que las expresiones de plagio y secuestro, en su connotación vulgar incluyen el propósito de obtener un rescate; pero no sucede así en la connotación jurídica, pues como se ve del artículo 329 del Código Penal de Jalisco, sólo en la fracción I se habla de la obtención del rescate, no así en las demás fracciones, en las que se atiende a su forma de comisión. **En cuanto a la sustracción de menores, que es el término correcto del llamado robo de infante y previsto en la fracción V del precepto que se comenta, constituye un ilícito autónomo y pudo destacarse en un precepto separado, pero se le incluyó en el que se comenta y que forma parte, a su vez, del capítulo "Privación Ilegal de Libertad", al estimarse que el menor tiene, aunque muy limitado, el derecho a su libertad. Pero lo que más importa para el caso es que se trata de un ilícito en el que el sujeto pasivo también lo es la familia del infante o menor y que no exige**

de suyo, ni la solicitud ni mucho menos el pago de un rescate, pues la sustracción obedece, en muchos casos, a intereses o conveniencias de índole muy diversa a la económica.

PRECEDENTES

AMPARO DIRECTO 2763/57. MARÍA RENTERÍA GARZA. 8 DE FEBRERO DE 1958. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS. PONENTE: AGUSTÍN MERCADO ALARCÓN.

A su vez, la tesis emitida por la Primera Sala, y que obra en el Semanario Judicial de la Federación, 5a. época, Tomo. CXXV, pág. 1875, versa:

ROBO DE INFANTE, DELITO DE. El robo de infante se refiere a la privación ilegal de la libertad, en tanto que el tipo descrito en el artículo 367 del Código Penal alude a la lesión económica de las personas, y siendo esto así, se trata de dichos tipos de bienes jurídicos distintos protegidos por la ley. El término robo empleado por el artículo 366 no debe tomarse como una referencia exacta al robo descrito en el artículo 367, sino como sinónimo de apoderamiento: roba un infante quien se apodera de él; y por apoderamiento se entiende el acto mediante el cual el sujeto activo del delito sustrae al menor de doce años de la esfera de custodia de sus padres o tutores o guardadores y lo desplazan hacia la suya.

PRECEDENTES:

AMPARO PENAL DIRECTO 231/55. 5 DE SEPTIEMBRE DE 1955. UNANIMIDAD DE 5 VOTOS. PONENTE: TEÓFILO OLEA LEYVA.

El Semanario Judicial de la Federación, contiene la tesis de la Primera Sala, 5a. época, T. CXXIV, pág. 637, que también resulta explícita en la delimitación que nuestro derecho hace de la figura de la sustracción de menores, como medio para el tráfico de los mismos:

PLAGIO. (ROBO DE INFANTES). De acuerdo con las normas de la interpretación de la ley, debe entenderse en primer término al texto gramatical del versículo y sólo cuando éste es oscuro, se entenderá a su interpretación histórica y, en último extremo, a los principios generales del derecho. Pero como el artículo 366 que configura el tipo del ilícito, está comprendido en el título "privación ilegal de libertad y otras garantías", se deduce que dicha disposición tutela la libertad, por el hecho de no haberlo ocultado, como si se tratase de una prisión, habiéndosele permitido todos los movimientos que requiere una criatura de la edad del pequeño, toda vez que la verdadera lesión al bien jurídico tutelado, y que es relevante para el derecho penal, es la segregación de que se hace objeto al niño al arrancarlo del ambiente maternal, en donde tenía el cariño, el amor y los cuidados que sólo son capaces de prodigar los padres legítimos de una criatura.

PRECEDENTES:

AMPARO PENAL DIRECTO 4029/49. MARTÍNEZ MALDONADO CARLOS Y COAGS. 26 DE SEPTIEMBRE DE 1952.

Es oportuno también citar la tesis que aparece en la pág. 192, del Vol. 133-138, de la 7a. época:

ROBO DE INFANTE, CONCEPTOS DE "FAMILIA" Y EXTRAÑO" TRATANDOSE DEL DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE QUERÉTARO). El artículo 336, fracción V, del Código Penal vigente en el Estado de Querétaro, dice: "... se impondrán de cinco a cuarenta años de prisión y multa de mil a cinco mil pesos, cuando la detención arbitraria tenga carácter de plagio o secuestro, en alguna de las formas siguientes: cuando cometa robo de infante menor de siete años²¹¹ un

²¹¹ Es también requisito indispensable que el robo sea de un menor de siete años por persona extraña a la familia del menor, según la fracción V del artículo 329 del Código Penal para el Estado de Jalisco; así como en el Estado de Guanajuato, según el artículo 323 fracción V del Código Penal del Estado.

extraño o la familia de este..." Respecto a este texto, no es correcto considerar que la fracción V de la disposición transcrita de un error de imprenta, aduciendo que la redacción correcta sea "cuando comete robo de infante menor de siete años un extraño a la familia de este". En efecto, la disposición en comento, aunque sintética y aparentemente confusa, contiene dos hipótesis: 1ra. cuando el robo del infante lo comete un extraño al mismo y 2da cuando lo comete un familiar del infante. **En este sentido se pronuncia el Código Penal del Distrito Federal en su artículo 366, fracción VI, de donde fue tomado el Código punitivo del Estado de Querétaro, aunque aquél es más explícito y alude también respecto a que se ejerza o no la patria potestad o la tutela, ahora bien, por lo que ve a la conditione sine qua non de la primera hipótesis de la figura jurídica de que se habla, consistente en que el sujeto activo debe ser un "extraño" al menor, debe decirse lo siguiente: la palabra "familia", según el diccionario de la Real Academia Española, significa un "conjunto compuesto por un matrimonio y sus hijos, y, en sentido amplio, todas las personas unidas por un parentesco, ya vivan bajo el mismo techo ya en lugares diferentes", por lo que en forma alguna puede considerarse como familiar a un "compadre" o "amigo" de la familia, pues sabido es que se trata de un vínculo religioso que no reconoce la ley, Y por lo que ve al término "extraño" que emplea el dispositivo en comento también conforme a la obra citada, es sinónimo de "ajeno" y ambas palabras significan "perteneciente a otro", y, por ende, "extraño a la familia:" es el que no pertenece a ella, precisamente por no tener vínculo de parentesco que lo ligue a ella.**

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 5163/78. RUBEN PÉREZ CARRDENAS. 3 DE ENERO DE 1980. MAYORÍA DE 4 VOTOS. PONENTE: RAUL CUEVAS MANTECÓN. DISIDENTE: MARIO G. REBOLLEDO F.

Retomando el objeto tutelado por el tipo que se viene estudiando, la tesis de la obra en cita, 6a. época, Vol. CX, pág. 28, dice:

ROBO DE INFANTE, EXISTENCIA DEL DELITO DE. El tipo de delito de robo de infante, se consuma apenas la criatura menor de doce años es conducida por una persona extraña a su familia, aunque sea a corta distancia del lugar de su domicilio y por breves momentos, pues **la libertad individual es un derecho que no reconoce confines de espacio ni de tiempo, y queda íntegramente lesionada tan pronto es suprimida, aunque sea por breve espacio de lugar o de tiempo.** Por tanto, aunque sucede que el designio del culpable se ve interrumpido por sobrevenir alguna contingencia, como en el caso en que es desposeído del menor, el delito debe estimarse plenamente ejecutado.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 1248/66. JOSÉ CRUZ MARTÍNEZ ROSAS. 15 DE AGOSTO DE 1966.

PONENTE: MANUEL RIVERA SILVA.

AMPARO DIRECTO 1014/59, ANGEL ZARATE ZARATE. 2 DE JULIO DE 1959. UNANIMIDAD DE

4 VOTOS. PONENTE: AGUSTÍN MERCADO ALARCÓN.

VOL. XXV, SEGUNDA PARTE, PÁG. 107

3.5. ATENTADO AL DERECHO DE IDENTIDAD.

El artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño señala el derecho que el menor tiene a un nombre y a una nacionalidad mediante la protección de su identidad. La inclusión de esta disposición se debe a la sugerencia de un gobierno a la luz de las masivas "desapariciones" de niños, cuyos papeles de identidad son falsificados deliberadamente²¹² y cuyos lazos familiares son rotos arbitrariamente.²¹³

²¹² Al respecto, los artículos 243, 244, 245 y 246 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, estipulan sobre la falsificación de documentos en general:

El delito de falsificación de documentos públicos o privados se castigará con prisión de seis meses a tres años o de 180 a 360 días multa. En lo que concierne al tema que nos ocupa, éste delito se comete por alguno de los siguientes medios: poniendo una firma o rúbrica falsa, aunque sea imaginaria, o alterando una verdadera; aprovechando indebidamente una firma o rúbrica en blanco ajena, extendiendo una obligación, liberación o cualquier otro documento que pueda comprometer los bienes, la honra, la persona o la reputación de otro, o causar un perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero; alterando el contexto de un documento verdadero, después de concluido y firmado, si esto cambiare su sentido sobre alguna circunstancia o punto sustancial, ya se haga añadiendo, enmendando o borrando, en todo o en parte, una o

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.²¹⁴

El derecho a la propia identidad habla de nacionalidad, nombre y relaciones familiares. En estas últimas se ubica el concepto psicológico del afecto que algunos juristas empiezan a señalar como un derecho del niño. Pues ellos necesitan, como parte de su propia naturaleza humana, sentir en su entorno un ambiente afectuoso para desarrollarse sano desde este punto de vista psicológico. Además, está íntimamente relacionado con el conocimiento de nuestros propios orígenes que rescatamos a través de una filiación clara y apegada a la realidad biológica y social.

más palabras o cláusulas, o ya variando la puntuación; variando la fecha o cualquiera otra circunstancia relativa al tiempo de la ejecución del acto que se exprese en el documento; atribuyéndose al que extiende el documento, o atribuyendo a la persona en cuyo nombre lo hace, un nombre o una investidura, calidad o circunstancia que no tenga y que sea necesaria para la validez del acto; expidiendo un testimonio supuesto de documentos que no existen, dándolo de otro existente que carece de los requisitos legales, suponiendo falsamente que los tiene, o de otro que no carece de ellos, pero agregando o suprimiendo en la copia algo que importe una variación sustancial; alterando un perito traductor o paleógrafo el contenido de un documento, al traducirlo o descifrarlo; y elaborando cualquier identificación oficial, sin contar con la autorización de la autoridad correspondiente.

Para que el delito de falsificación de documentos sea sancionable como tal, se necesita que el falsario se proponga sacar algún provecho para sí o para otro, o causar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero; que resulte o pueda resultar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un particular ya sea en los bienes de éste o ya en su persona, en su honra o en su reputación; que el falsario haga la falsificación sin consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio o sin el de aquélla en cuyo nombre se hizo el documento.

También incurre en responsabilidad, el funcionario o empleado que, por engaño o sorpresa, hiciere que alguien firme un documento público, que no habría firmado sabiendo su contenido; el notario o cualquier otro funcionario público que, en ejercicio de sus funciones, expide una certificación de hechos que no sean ciertos, o de fe de lo que no conste en autos, registros, protocolos o documentos; el que haga uso de una certificación verdadera expedida para otro, como si la hubiere sido en su favor, o altere la que a él se le expidió; y el que a sabiendas hiciere uso de un documento falso o de copia, transcripción o testimonio del mismo, sea público o privado

213 Cfr. LOPEZ ECHEVERRY, Ovidio. "Situación, Naturaleza y Perspectivas del Proyecto de Convención, sobre los Derechos del Niño". Derechos de la Niñez, Op. Cit., pág. 18

214 Cfr. PEREZ DUARTE Y N., Alicia Elena. "La Declaración de los Derechos del Niño y el Proyecto de Convención ante la Procreación Asistida", Derechos de la Niñez, Op. cit., pág. 82

El derecho a una filiación clara y cierta o derecho a conocer nuestros propios orígenes, incide en el desarrollo de una personalidad psicológicamente sana, pues le da al niño un sentido de pertenencia y satisface su necesidad de trascendencia, independientemente de que se designe, a través de dicha filiación, a los responsables de su cuidado físico. Ese sentido y esa necesidad son vitales para la salud mental de todo hombre y toda mujer, independientemente de la edad que tenga; concatenándose el derecho a la identidad, el derecho a la salud y el derecho a una vida digna.²¹⁵

Cabe mencionar que dentro de nuestro sistema jurisprudencial, la Primera Sala, en el Semanario Judicial de la Federación, 5a. época, T. XCVIII, pág. 253, dice:

MENORES. APODERAMIENTO DE. (LEGISLACION DE OAXACA). Puede existir alguno de los delitos señalados en las fracciones IV del artículo 258, o V del artículo 351 del Código Penal del Estado, que se refieren, respectivamente, al delito contra el estado civil, constituido por la sustitución de un infante por otro, y al de privación ilegal de libertad, si cuando el reo retuvo al menor de que se trata y desde el punto de vista legal no tenía parentesco alguno con él, ahora bien, como tanto uno como el otro de estos hechos delictuosos, se sancionan con pena de prisión, la orden de aprehensión dictada en contra del acusado, se ajusta a los términos del artículo 16 constitucional, y el hecho de que hubiere reconocido posteriormente como hijo natural suyo, al niño, no hace sino demostrar de manera evidente su responsabilidad presunta en el apoderamiento del referido menor, acto que, como ya se indicó puede tener carácter delictuoso.

²¹⁵ Cfr. PEREZ DUARTE Y N., Alicia Elena. "La Declaración de los Derechos del Niño y el Proyecto de Convención ante la Procreación Asistida", Derechos de la Niñez, Op. cit., pág. 83 y 84

PRECEDENTES:

JIMÉNEZ GARCÍA LUIS. PÁG. 253. TOMO XCVIII. 7 DE OCTUBRE DE 1948. 4 VOTOS.

Lo anterior, indica que nuestro ordenamiento jurídico, podría semejarse con la pérdida de la identidad en comento, la figura jurídica estatuida penalmente, y que se refiere a la sustitución de menores, lo que constituye un delito contra el estado civil, y atenta contra los derechos que éste otorga.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 277, en lo conducente ordena:

"Artículo 277. Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

- I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;
- II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;
- III. A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas.
- IV. A los que sustituyan a un niño por otro, o cometan ocultación de infante;..."²¹⁶

Así, la tesis jurisprudencial número 196 del apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1975, cuarta parte, Tercera Sala, pág. 603, entiende por estado civil:

²¹⁶ Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Op. cit. Art. 277

ESTADO CIVIL. El estado civil de las personas sólo se comprueba con las actas del **Registro Civil**, salvo los casos comprendidos en los artículos 40 y 341 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales y en los correspondientes a los Códigos que en la República siguen el mismo sistema cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, etc., o cuando se tiene que probar la posesión constante de estado de hijo de matrimonio.

QUINTA EPOCA:

TOMO XV, PÁG. 1341.- TRISTEÑ N MARGARITO.
TOMO XVI, PÁG. 1181. VELÁZQUEZ LEZARO, SUC. DE Y COAG.
TOMO XVII, PÁG. 395. CONTRERAS MARGARITO.
TOMO XXI, PÁG. 68. SERRET MIGUEL.
TOMO XXII, PÁG. 382. GARCÍA J. FÉLIX.

Sin embargo, es operante la distinción que hace la siguiente tesis, en el Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 6a. época, Vol. XLIV. pág. 100, que a la letra dice:

ROBO DE INFANTE. No se puede sostener que para comprobar la existencia de un menor recién nacido, robado, se necesite acta de nacimiento u otro medio determinado de prueba, pues no se trata de acreditar su filiación o el Estado civil, no requiriéndose para el efecto de estimar su existencia en relación a la justificación del delito, más que los medios ordinarios de prueba.

PRECEDENTES.

AMPARO DIRECTO 7110/60. MANUELA HEINEÑDEZ GARCÍA. 1º DE FEBRERO DE 1961. 5 VOTOS. PONENTE: MANUEL RIVERA SILVA.

El objeto jurídico que se protege queda también señalado en la siguiente tesis de la Primera Sala, en el Semanario Judicial de la Federación, 5a. época, T. CXXIV, pág. 416:

ROBO DE INFANTE, DELITO DE. Es antijurídico pretender que la configuración del delito de robo de infante, requiera el apoderamiento material de la persona, como elemento integrante en el delito de robo de cosa; pues protegiendo la Ley derechos distintos, ha consignado en capítulos también diferentes al "robo de infantes" y el "robo de cosa". **La fracción V, del artículo 366 del Código Penal tutela no sólo la seguridad e integridad física del menor, sino los vínculos de la familia que determinan su estado civil y constituyen su vida afectiva y su ambiente social, protegiendo al mismo tiempo la patria potestad y el derecho de guarda.**

PRECEDENTES:

AMPARO PENAL DIRECTO 1532/52. GONZÁLEZ ENRIQUE AURELIO. 27 DE NOVIEMBRE DE 1952. UNANIMIDAD 4 VOTOS. S/P.

Con los elementos que a lo largo de este capítulo se han considerado para la integración de los tipos de robo de infante, como especie del género de privación ilegal de la libertad, y como lo es también el plagio o secuestro; es evidente que el tráfico de menores resulta de un complejo de conductas y, a guisa de ejemplo, podemos permitirnos señalar la tesis contenida en la pág. 81, vol. XXX, 6a. época, del Semanario Judicial de la Federación, correspondiente a la Primera Sala:

ROBO DE INFANTE. El secuestro, plagio o robo de infante, es considerado por los tratadistas como arquetipo de los delitos continuos, según los denominan nuestra Ley Penal y Garraud, o permanentes, como les llama Von Liszt, porque se prolongan sin interrupción por más o menos tiempo las acciones o las omisiones que los constituyen, según lo expresa el artículo 19 in fine del Código Penal. Aplicados estos principios, tienen como consecuencia que mientras estuvo la pequeña niña en casa de la **acusada, conociendo esta la sustracción, continuaba ejecutando el secuestro y si en esta fase todavía de plena realización, prestó ayuda cooperando en el delito, no sólo con**

omisiones tales como no dar parte a la autoridad ni devolver a sus padres a dicha niña, sino con actos positivos como los de reinscribirla alterando sus derechos de familia al hacerla aparecer falsamente como hija suya, ello constituye, a no dudar, esa intervención, auxilio o cooperación en la ejecución del delito al tenor de las fracciones I y II del artículo 13 del mismo Código Punitivo. Por otra parte la naturaleza especial del plagio o secuestro, recae en una persona y no en una cosa, si aquélla es de muy corta edad, y una de las finalidades perseguidas por los delincuentes es desnaturalizar su estado civil alterando derechos de familia, por lo que esa intención criminosa, se agota propiamente en su aspecto inmaterial, con los actos falsos que otorgan aparentemente esos derechos de familia a los secuestradores o a terceros, quitándoselos a sus verdaderos progenitores o a los otros parientes. Así es que la quejosa coadyuvó en plena ejecución del delito, y en la forma más temible y eficaz.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 6049/55. MARÍA GUADALUPE CARREÓN CARRASCO. 14 DE AGOSTO DE 1957. 5 VOTOS. PONENTE GENARO RUIZ DE CHAVEZ.

La serie de tesis citadas a lo largo del desarrollo de los puntos del presente capítulo, pretende aportar un mayor abundamiento en el campo legislativo nacional, y en su interpretación por parte de las autoridades judiciales federales competentes mexicanas.

Cada uno de los medios empleados en el tráfico de menores que se han señalado, tienen una regulación, o al menos, una cierta consideración en la vida social que incide y se refleja en los pronunciamientos suscitados en casos concretos que evidencian la eminente trascendencia de los actos objeto de punición por parte de la legislación nacional.

CAPITULO 4.

DERECHO COMPARADO

El problema del tráfico del menor, en relación con el fin de obtener sus órganos, tejidos e incluso cadáveres, se torna en tal complejidad, que ha sido necesario desglosar los diferentes y amplios puntos que inciden en la consecución del mismo.

Se hará un estudio de derecho comparado, a fin de obtener una amplia perspectiva en los diversos ordenamientos jurídicos han tenido, por una parte, la regulación en cuanto a los trasplantes, que a su vez implican el fenómeno de la donación, obtención e implantación de órganos y tejidos humanos, así como de la problemática que se suscita en entorno; y por otro lado, la contemplación del tráfico, sustracción y retención de menores, como un problema no sólo interno, sino internacional.

4.1. REMOCION, DONACION Y TRASPLANTE DE ORGANOS.

"El ámbito de los trasplantes constituye, sin discusión, uno de los más brillantes capítulos de la moderna ciencia médica. A pesar de sus limitaciones, errores ocasionales y fracasos frecuentes, va edificando día a día, órgano a órgano, con aportes de los cinco continentes, la estructura directriz de la cirugía del futuro. Una cirugía que, aún hoy, nos parece tener más de ciencia ficción que de ortodoxia terapéutica"²¹⁷

Con respecto a la remoción, donación y trasplante de órganos, los sistemas legales pueden agruparse según lo siguiente:

4.1.1. SISTEMAS QUE NO REGULAN LA DONACION Y TRASPLANTE DE ORGANOS HUMANOS.

En la actualidad, son los menos, dados los avances técnicos y la necesidad de que la legislación de cualquier Estado, por atrasado que esté, vaya a la par con la tecnología en la medida de lo posible. Estos sistemas sin provisión específica al respecto, suelen considerar ilícito el trasplante de órganos para fines terapéuticos; con lo que sólo admitirían la remoción de órganos a partir de cadáveres cuyo destino sea la docencia o la investigación. O bien regulan la remoción de órganos de sujetos vivos mediante la integración de normas de Derecho Civil (familia, contratos, sucesiones), de Derecho Penal (lesiones, homicidio) y bajo los parámetros generales del orden público, interés y moral sociales y las buenas costumbres.

²¹⁷ TRIAS, Miguel; en su prólogo a la obra de Mauricio Luna Bisbal, "Trasplantes (Bases para una legislación)", Bogotá, Ed. Temis, 1974, pág. 11

Así ocurre en algunos países de África y el Asia musulmana. La tendencia es lograr la incorporación legislativa de este rubro en todos los sistemas sanitarios, para lo cual, resultan invaluable los esfuerzos de los diversos organismos internacionales y asociaciones sanitarias de tipo privado.

4.1.2. SISTEMAS QUE REGULAN LA REMOCION, DONACION Y TRASPLANTE DE ORGANOS HUMANOS.

La mayoría de los Estados Occidentales (europeos y americanos) cuenta con una normativa definida al respecto, que sin embargo aún guarda diversidad. Por ello, este grupo, a su vez, admite subclasificaciones:

4.1.2.1. EN CUANTO AL ORIGEN DEL MATERIAL DEL QUE SE DISPONE:

4.1.2.1.1. SISTEMAS QUE DISTINGUEN ENTRE MATERIAL PROVENIENTE DE SUJETOS VIVOS Y DE CADAVERES.

Estas legislaciones recomiendan el uso de material extraído de cadáveres para fines terapéuticos, docentes y de investigación, pero admiten la disposición a partir de personas vivas, siempre y cuando:

- Se destinen únicamente para fines terapéuticos, con lo cual se excluye la disposición ex-profeso de material de vivos para la docencia y la investigación. (Sólo en los casos en que se separen vísceras y tejidos por situaciones diversas -amputación o ablación necesarias de órganos o miembros, por enfermedad, accidentes o lesiones-, podría destinarse el material desprendido a la docencia e investigación).

- Exista una justificación médica que demuestre la urgencia y compatibilidad del trasplante.

- No se trate ni de órganos únicos, imprescindibles o de material no regenerable.

- No se ponga al donante en igual o mayor peligro que el que enfrenta el receptor necesitado, o se le incapacite por causa de la remoción.

- El donante sea un sujeto capaz, mayor de edad, y esté conscientemente informado de todas las situaciones y riesgos que su disposición implica.

- En algunos sistemas, que el donante guarde con el receptor del órgano, un grado específico de parentesco por consanguinidad; en casos excepcionales, se permite que el receptor sea el cónyuge, concubino, hijo o padre adoptivo del donante.

- En general se excluyen como donantes a reclusos, mujeres encinta, a los incapacitados y menores. En estos dos últimos supuestos, algunos sistemas permiten la remoción de órganos supliendo las deficiencias de la manifestación de voluntad por la de los representantes legales, con lo que se haría nugatorio cualquier intento de protección a estos grupos.

El requisito fundamental para que la donación sea válida, ya en el caso de órganos extraídos de vivos o de cadáveres, radica en la libre expresión de la voluntad del donante, que siempre y en todo caso, podrá ser revocada sin expresión de motivos, y sin responsabilidad alguna.

4.1.2.1.2. SISTEMAS QUE SOLO CONSIDERAN LICITA LA DONACION PROVENIENTE DE CADAVERES O EN SU CASO, RESTRINGEN EL TIPO DE ORGANOS DE DONANTES VIVOS DE QUE SE PUEDE DISPONER.

Este era el caso de los Estados Unidos sujetos al Uniform Anatomical Gift Act y del Reino Unido, bajo el Human Tissue Act de 1961, en los que no existían provisiones referidas a la remoción de tejidos de donantes vivos. En Italia, las donaciones de órganos vivos se limitan a los riñones y se requiere de una orden judicial.

Este tipo de medidas pretenden proteger la situación de los donantes, al promover por vía indirecta que la obtención de tejidos sea preferentemente de cadáveres o muy limitada con respecto a vivos.

4.1.2.2. En cuanto a la forma de disposición del material humano:

4.1.2.2.1. SISTEMAS FUNDAMENTADOS EN LA VOLUNTAD DEL DISPONENTE ORIGINARIO Y EN ALGUNOS CASOS, EN LA DE LOS DISPONENTES SECUNDARIOS. El elemento básico en la donación de órganos es la voluntad o el consentimiento del donante.

4.1.2.2.2. SISTEMAS EN QUE EL ESTADO SUPLE EL CONSENTIMIENTO DEL DISPONENTE ORIGINARIO, ANTE LA OMISION DE ESTE.

En los sistemas en los que el valor del consentimiento del disponente originario tiene una relevancia secundaria, o cuando aquél es expresión de la voluntad y no se suple esta laguna por el consentimiento de los disponentes secundarios, el Estado adquiere una función supletoria, "como si fuese el último o único detentador de los residuos corporales

de sus gobernados". El Estado puede incluso disponer motu proprio, de los tejidos y componentes de los sujetos muertos, si las necesidades terapéuticas, docentes y de investigación lo requieren, en vista de que la demanda de órganos supera el abastecimiento voluntario de los mismos.

El Estado, por medio de dispositivos legales que así lo facultan, toma los materiales de aquellos sujetos que no se han manifestado como voluntarios, en una presunción iuris tantum de que su intención silente es ceder sus órganos y tejidos.²¹⁸

4.1.3. LATINOAMERICA

La donación de órganos y tejidos puede ser testamentaria, por tarjeta de donante o por consentimiento presunto. República Dominicana y Costa Rica permiten la donación testamentaria, la cual lleva aparejado el inconveniente de que las provisiones testamentarias rara vez o nunca se notifican a tiempo para permitir que la donación de órganos se realice oportunamente. La ventaja de esta figura es que no se sujeta la donación al veto de los familiares del donante.

La donación por medio de tarjeta es un procedimiento practicado en Argentina, Canadá²¹⁹ y Cuba; ésta permite al hospital actuar inmediatamente, por lo que aumentan las probabilidades de llevar a cabo el trasplante.

La donación por consentimiento presunto es un procedimiento que facilita la obtención de órganos, pues éstos se extraen de los cadáveres habitualmente, a menos que los donantes

²¹⁸ Cfr. OSCOS SAID, Gisela A. "Donación de Organos: La Búsqueda Incierta de la Inmortalidad". Revista de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, México, 1991, Año 15, No. 15, págs. 453-456

²¹⁹ Nos permitimos mencionar a Canadá por considerarlo oportuno, sin obstar que no es país latinoamericano.

secundarios formulen objeciones. Aunque este método no se use en los países de América Latina, desde 1976, el Consejo de Europa lo ha recomendado en los países europeos.²²⁰

Por cuanto hace a la determinación de la muerte, en Canadá, Costa Rica, Cuba, Bolivia, Brasil y Venezuela se sigue la práctica médica habitual. Argentina, Chile, Bolivia y Colombia toman el concepto de muerte cerebral en este sentido; y algunos países como Ecuador, Panamá y Perú incluyen la muerte cerebral en sus definiciones secuenciales.²²¹

A fin de que la atención al propio paciente no se vea distraída por la idea del beneficio que su muerte pueda representar a los receptores de órganos, en la mayor parte de los países de América Latina -excepción hecha de Ecuador y Paraguay-, el médico responsable de determinar la muerte no debe formar parte del equipo de trasplantes.

Son pocos los países de América Latina que tienen un Código, Ley o Reglamento específico regulador del concepto de muerte y los trasplantes de órganos, a saber:

El Código de Salud de Ecuador contiene disposiciones aplicables a la declaratoria de muerte, los injertos y trasplantes de órganos, tejidos y partes del organismo humano.

La Ley No. 10 en Panamá reglamenta el trasplante de órganos y partes anatómicas, su extracción, procesamiento, conservación, implantación y uso para propósitos terapéuticos; se ejecutará solamente en establecimientos médicos debidamente autorizados para ello, por el Consejo Técnico de Salud. Se refiere a la muerte médica y legal, a los donantes, beneficiarios y a los cadáveres no reclamados.

220 Cfr. FUENZALIDA-PUELMA, Herman L. "Trasplante de órganos, la respuesta legislativa de América Latina". Bioética, temas y perspectivas. Publicación científica, No. 527, Organización Panamericana de la Salud, Washington D.C., E.U.A., 1990, pág. 69

221 Cfr. FUENZALIDA-PUELMA, Herman L. "Trasplante de órganos, la respuesta legislativa de América Latina". Op. cit. pág. 73

En Bolivia, el Código de Salud, Decreto Ley No. 15.629, contiene disposiciones aplicables al trasplante de órganos y tejidos de personas vivas y muertas. Requiere el libre consentimiento del donante y del receptor, prohíbe a menores y embarazadas el ser donantes, así como a personas confinadas en instituciones mentales y a los privados de su libertad, salvo que lo hagan por libre determinación, en favor de familiares o allegados y con la intervención de autoridad competente.

En Argentina, la Ley No. 21.541 contiene disposiciones generales sobre trasplantes, mientras que la Ley No. 23.464 es específica en lo concerniente a los requisitos para remover y trasplantar órganos y partes anatómicas, señalando la necesidad de informar al paciente sobre los riesgos del procedimiento y los posibles resultados del mismo.

En Colombia, desde 1973, y por espacio de nueve años, se presentaron al Congreso de la República varios proyectos de ley, tendientes a consagrar positivamente el procedimiento de los trasplantes de componentes anatómicos en seres humanos²²², proceso que culminó con la expedición de la Ley No. 9 que reglamenta la expedición de certificados de defunción, la práctica de necropsias, el traslado, inhumación y exhumación de cadáveres, la donación y trasplante de órganos, tejidos o líquidos orgánicos utilizables con fines terapéuticos, y organiza el sistema de manejo de los subproductos del parto y de control de especímenes quirúrgicos para fines de diagnóstico.²²³

222 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Estudios de Derecho, Segunda Epoca, Vol. XLIII, Año XLV, Nos. 105-106, Marzo-Sept., Medellín, Colombia, 1984, págs. 401-402
223 Arts. 515-547

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 120, ordinal 3º y 135 de la Constitución Nacional, reglamentó el Título IX de la Ley 09 de 1979, mediante la expedición de 3 decretos, así:

- Decreto 616 de 1981 (marzo 11) "POR EL CUAL SE REGLAMENTA PARCIALMENTE EL TITULO IX DE LA LEY 09 DE 1979, EN CUANTO A FUNCIONAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS DEDICADOS A LA EXTRACCION, TRANSFUSION Y CONSERVACION DE SANGRE TOTAL O DE SUS FRACCIONADOS."224

- Decreto 0003 de 1982 (enero 11) "POR EL CUAL SE REGLAMENTA PARCIALMENTE EL TITULO IX DE LA LEY 09 DE 1979, EN CUANTO A OBTENCION, PRESERVACION, ALMACENAMIENTO, TRANSPORTE, DESTINO Y DISPOSICION FINAL DE ORGANOS O COMPONENTES ANATOMICOS Y LIQUIDOS ORGANICOS DISTINTOS DE LA SANGRE".225

- Decreto 2642 de 1980 (octubre 6) "POR EL CUAL SE REGLAMENTA PARCIALMENTE EL TITULO IX DE LA LEY 09 DE 1979, EN CUANTO A LOS PROCEDIMIENTOS DE TRASPLANTE DE COMPONENTES ANATOMICOS EN SERES HUMANOS"226, cuyo artículo 10 estipula: "Las operaciones de trasplante sólo podrán ser practicadas cuando en concepto de los médicos responsables del paciente los demás métodos resulten ineficaces"227. Asimismo, el artículo 18, ordinal b), exige:

224 Diario Oficial No. 35729 del jueves 26 de marzo de 1981.

225 Diario Oficial No. 35936 del martes 12 de febrero de 1982.

226 Diario Oficial No. 35631 del martes 28 de octubre de 1980.

227 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 407

"...b) Que tanto donante como receptor hayan sido advertidos previamente sobre la imposibilidad de conocer con certeza la totalidad de los riesgos que conlleva el procedimiento por razón de la eventual presentación de situaciones no previsibles".

"...d) Que el donante haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión, en cuanto puedan ser previsibles desde el punto de vista somático, psíquico y psicológico y sobre las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se esperan para el receptor".

"...h) Que el receptor sea informado que se han efectuado los estudios necesarios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedentes, entre donante y futuro receptor, por parte de un laboratorio cuyo funcionamiento esté aprobado por el Ministerio de Salud". 228

Por su parte, el artículo 13º alude a la gratuidad en la cesión de componentes anatómicos al prohibir cualquier retribución o compensación por el retiro o trasplante de componentes anatómicos.²²⁹ En su artículo 18 exige que en trasplantes de componentes anatómicos entre personas vivas, "...en ningún caso, exista compensación económica alguna, ni en dinero ni en especie, para el donante, el receptor o terceras personas por los componentes anatómicos recibidos o donados"; el artículo 25 también se pronuncia en el sentido de que "...la donación de un componente anatómico no genera para el donante o sus deudos derechos susceptibles de valuación económica a título de retribución,

228 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 408

229 Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 411-412

compensación o indemnización por las secuelas que lleguen a presentarse por causa de la extracción de un componente anatómico".²³⁰

Los cuerpos legislativos que se han detenido a reglamentar el trasplante de componentes anatómicos, han sido cuidadosos en el análisis de los requisitos o condiciones que éstos han de reunir, al momento de ser utilizados terapéuticamente. En Colombia, el artículo 12 del Decreto 2642 de 1980, dice:

"El trasplante de órganos únicos, esenciales para mejorar las posibilidades de conservar la vida de las personas, sólo podrá hacerse obteniéndolos de un cadáver"

El artículo 24 reza: "Sólo será permitida la donación de uno de los órganos simétricos o pares²³¹, cuyo retiro no implique perjuicios o mutilación grave para el donante vivo, tenga por objeto un trasplante necesario desde el punto de vista terapéutico y sea indispensable para el receptor".

El numeral 18 del mismo Decreto, en su ordinal c), estipula: "que tratándose del trasplante de uno de los órganos pares, los dos órganos del donante se encuentren anatómica y fisiológicamente normales"²³²

Respecto del consentimiento, en Colombia sólo pueden ser donantes o cedentes de componentes anatómicos, la persona que durante su vida o después de su muerte, bien

²³⁰ Esta exigencia aparece reseñada en el Decreto 616 de 1981 (art. 2º) y Decreto 0003 de 1982 (arts. 1º, 9º, 22º, 27º.)

²³¹ "Denominanse órganos simétricos o pares, aquéllos con funciones idénticas, situados a ambos lados del plano medio sagital del cuerpo humano". (Art. 7º, Decreto 2642 de 1980)

²³² SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 421

sea por su expresa voluntad o por la de sus deudos, permita la extracción de aquéllos, con fines de trasplante o terapéuticos.²³³

En República Dominicana, la Ley No. 391 emite disposiciones sobre la donación de órganos y tejidos humanos para uso de trasplantes.

Cuba, mediante, su Reglamento de Salud Pública, Decreto No. 139, contiene disposiciones aplicables a la donación de órganos y tejidos, así como a la práctica de necropsias clínicas y médico-legales.

El Código Sanitario, Ley No. 836, en Paraguay, señala la regulación por parte del Reglamento de Salud Pública y Bienestar Social, sobre la obtención, conservación, utilización y suministro de órganos, tejidos o partes de seres humanos vivos o cadáveres, con fines terapéuticos, de investigación o docencia. Establece que el trasplante de órganos y tejidos es técnica corriente y no experimento.²³⁴

En el Perú existe legislación especializada sobre trasplante y donación de órganos, a saber el Código civil en sus artículos 6 y 8 y la Ley 23415, modificada por la ley 24703 y su reglamento; en este sentido se ha llegado a opinar que "... dada la minuciosidad legal con que ha sido tratado ese tema, no existe en el Perú la posibilidad de la extracción de órganos de niños para ser utilizado en trasplantes."²³⁵

Así, el Decreto 9871-SA de 22 de junio de 1971, artículo 9º estipula: "En todos los casos de donación entre vivos, los médicos que autoricen la extracción del órgano o

²³³ Artículos 4º y 9º de los Decretos 2642 de 1980 y 0003 de 1982, respectivamente.

²³⁴ Arts. 275-279

²³⁵ CABELLO ARCE, María Beatriz. "Perú. El Tráfico de los Niños: mención especial a la adopción". Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1993, pág. 4

tejido, para trasplante... le harán conocer (al disponente), también, que no es posible garantizar con absoluta certeza que en alguna contingencia ulterior en el curso de la vida, la falta de órgano o tejido pueda llegar a significar un factor de déficit funcional..."²³⁶

Del mismo Decreto, el artículo 2º menciona: "El injerto o trasplante puede efectuarse ...c) Con órganos vitales o indispensables que, por su naturaleza y la función que desempeñan, se requiere la muerte del sujeto que los poseía en vida".²³⁷

En Venezuela, la ley del 10 de agosto de 1972 sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos en seres humanos, estipula en su artículo 3º: "Las operaciones de trasplante sólo podrán ser practicadas una vez que los métodos terapéuticos usuales hayan sido agotados y no exista otra solución terapéutica para devolver la salud a los pacientes"²³⁸

El artículo 4º del mismo ordenamiento versa: "Los médicos a cuyo cargo esté la operación de trasplante informarán suficientemente a receptor, del riesgo que implique la operación y de sus secuelas..."²³⁹ Asimismo, el artículo 5º del mismo ordenamiento prohíbe "...cualquier retribución o compensación por los órganos y materiales anatómicos retirados con fines terapéuticos. Cualquier cantidad pagada por tal propósito es repetible"²⁴⁰

Asimismo, el artículo 7º de la misma ley establece la prohibición del trasplante de órganos únicos o vitales, o de piezas materiales anatómicas cuya separación pueda causar

236 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 410

237 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 422

238 G.O. No. 29891 del 28 de agosto de 1972.

239 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 410

240 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 413

la muerte o la incapacidad total y permanente del donante. El Ejecutivo Nacional, oído el parecer de la Academia Nacional de Medicina, determinará los órganos y materiales anatómicos susceptibles de ser objeto de trasplante entre seres vivos.²⁴¹

Por su parte, el artículo 8º establece que serán admitidos como donantes de órganos o materiales anatómicos con fines terapéuticos los padres, los hijos mayores de edad y los hermanos mayores de edad del receptor; previendo la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional, por vía reglamentaria, determine otras personas mayores de edad admisibles como donantes de órganos y materiales anatómicos a los fines anteriores.²⁴²

En Brasil, la Lei No. 5479, de 10 de agosto de 1968, "Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências", en su artículo 1º establece: "A disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo, 'postmortem', para fines terapêuticos é permitida na forma desta lei".²⁴³ El numeral 4º dispone: "O transplante somente será realizado se o paciente não tivera possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica".²⁴⁴

De la ley en comento, el artículo 10, 2º numeral dispone: "só é possível a retirada, a que se refere este artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e

241 Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 422

242 Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 447

243 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 413

244 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 407

corresponda a una necesidad terapéutica comprobadamente indispensable, para o paciente receptor".245

No obstante, es necesario que los Estados implementen sus legislaciones específicas sobre el tema, pues "el potencial para el trasplante de órganos depende en última instancia, no sólo de los progresos de la tecnología médica, sino del avance de la tecnología legal sobre la donación de órganos".246

Respecto al concepto de muerte cerebral, que ha suscitado infinidad de planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales, en Colombia, el artículo 9º del Decreto 2642 de 1980, redactado en los mismos términos que el 12º del Decreto 0003 de 1983, entiende por muerte cerebral al "...fenómeno biológico que se produce en una persona cuando de manera irreversible se observan en ella los siguientes signos: a) Ausencia de respiración espontánea; b) Ausencia de reflejos superficiales y profundos; c) Carencia de tono muscular. y d) Desaparición de todas las señales electroencefalográficas (electroencefalograma plano), sin estar sometida a estados artificiales de hipotermia, ni encontrarse bajo los efectos de sedantes".247

En el Perú, el artículo 41 del Decreto 17505 de 1969 (Código Sanitario), estipula: "Para los efectos del injerto o trasplante de un órgano vital se considera muerte al paro irreversible de la función cerebral, confirmado por el electroencefalograma, u otro método científico más moderno empleado en el momento de la declaración".

245 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 422

246 GERSON, W.N. "Refining the law of organ donation: lessons from the french law of presumed consent". Journal of International Law and Politics, No. 19, New York University, pág. 1013

247 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 424

En Argentina, la Ley No. 21.541 de 1977 (Ley de trasplantes de órganos y materiales anatómicos), adopta también el criterio de muerte por medio de comprobaciones idóneas que evidencien el cese total o irreversible de las funciones cerebrales.²⁴⁸

Los Estados de Venezuela y Brasil han emitido estatutos reguladores de trasplantes de órganos de tres países que no se acogen al concepto de muerte cerebral, y requieren de la certificación indubitable de la muerte real.²⁴⁹

La regulación chilena, según la Ley No. 15262 de 6 de septiembre de 1963²⁵⁰ permite la extracción de órganos (tejidos oculares, trozos de huesos, cartílagos, arterias o cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para realizar injertos), aunque fuera de cadáveres, sin consentimiento previo del fallecido ni en su caso permiso de los familiares, para trasplantarlos a otras personas.²⁵¹

El Uruguay legisló en materia de trasplante de órganos y tejidos en agosto de 1971. La Ley No. 14.005 reguló lo relacionado a los trasplantes de órganos y tejidos provenientes de cadáveres o de personas vivas y creó el Banco Nacional de Organos y Tejidos, con la prohibición de todo comercio sobre dichos elementos del cuerpo humano. El Banco Nacional a cuyo cargo se halla el Registro de Donantes, autorizado para proporcionar órganos y tejidos humanos para trasplantes en forma gratuita, es el único que puede tener órganos y tejidos con esa finalidad e interviene necesariamente en casos de trasplantes.

²⁴⁸ Artículo 21.

²⁴⁹ En Venezuela, el artículo 12 de la ley de 10 de agosto de 1972 y en Brasil la Lei No. 5.479, de 10 de agosto de 1968, art. 2º.

²⁵⁰ D.O. No. 25653, de 30 de septiembre de 1963.

²⁵¹ Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 467

El artículo 14 de la citada ley dispone que: "El que por ceder un órgano o tejido o no oponerse a su utilización o autorizar una autopsia clínica a los fines de la ley, recibiere por sí mismo o por tercero, para sí mismo o para un tercero, dinero u otro provecho o aceptara su promesa, será castigado con la pena de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría". Se castiga con la misma pena al que "pagare dinero o diera otro provecho para efectuar algunas de las operaciones descritas precedentemente".²⁵²

4.1.4. EUROPA

Hemos visto que la muerte cerebral, además de ser un estado difícilmente diagnosticable, no posee fundamentos biofilosóficos sólidos, y puede tan sólo contener un valor pronóstico; pero su aceptación está ampliamente vulgarizada y recogida en numerosas legislaciones, entre ellas la española. Lo anterior, en el afán de intentar responder más o menos científicamente, y también jurídica a un problema moral: ¿qué hacer con aquellos seres humanos que se hallan en un estado de coma irreversible? A su vez, este problema contiene otro subproblema: ¿es aceptable extraer sus órganos para trasplante?²⁵³

Una ley que deba definir la muerte es necesario sea uniforme, al contrario de lo que suele suceder modernamente: las definiciones legales actuales, que recogen el concepto de muerte cerebral, están por lo general -como la ley española- orientadas hacia la obtención de órganos para trasplante, creando un doble status, según la persona sea donante de órganos o no. Por otro lado, la definición legal y uniforme de la muerte no es todavía

²⁵² Cfr. REFA, Adela. "Desaparición, Tráfico y Venta de Menores en el Uruguay." Instituto Interamericano del Niño, OEA, Montevideo, Uruguay, 1994, pág.31

²⁵³ Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos". Revista de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 15, No. 15, México, 1991, pág. 544

garantía de uniformidad en su aplicación, por lo que la ley debe aceptarse en conciencia para todos los implicados. 254

En España, la Ley 30/79, del 27 de octubre de 1979 255, de "cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos para ser utilizados con fines terapéuticos" (art. 1º), adopta como concepto de muerte el de "la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales, por lo tanto incompatibles con la vida"; excluyendo incluso toda posible comercialización de órganos. Por su parte, el decreto que desarrolla la norma 256, establece:

"Artículo 10. Los órganos para cuyo trasplante se precisa la viabilidad de los mismos sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación de la muerte cerebral, basada en la constatación y concurrencia, durante treinta minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1. Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de la conciencia; 2. Ausencia de respiración espontánea; 3. Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis 257; 4. Electroencefalograma "plano", demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema central". 258

En España, la Ley 30 del 27 de octubre de 1979, basa la comprobación de la muerte en la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto,

254 Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos". Op. cit. pág. 552-3

255 Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 6 de noviembre de 1979.

256 Cfr. Real Decreto 42/80, del 22 de febrero de 1980, BOE 13.3.80

257 Pupila fija y dilatada.

258 Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos". Op. cit. pág. 553-4

incompatibles con la vida. El Decreto reglamentario No. 426 del 22 de febrero de 1980, requiere la comprobación de la muerte cerebral basada en la constatación y concurrencia, durante treinta (30) minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos: 1) Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de consciencia; 2) Ausencia de respiración espontánea; 3) Ausencia de reflejos cefalíticos, con hipotonía muscular y midriasis; 4) Electroencefalograma plano, demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral. Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de la administración de drogas depresoras del sistema nervioso central. 259

Se considera como donante potencial a toda persona fallecida, que no haya expresado en vida su oposición a que se le extirpen sus órganos después de su muerte 260. En marzo de 1980, un Real Decreto del Ministerio de Salubridad y Seguridad Social, reguló la ley española de trasplantes²⁶¹, que en su artículo 5º, 2. dispone que la extirpación "podrá realizarse con fines terapéuticos y científicos en el caso de que estos (fallecidos) no hubieren dejado constancia expresa de su oposición".²⁶²

Por su parte, la legislación alemana permite el trasplante a partir de personas en estado de coma irreversible, siempre y cuando la voluntad expresa del adulto capaz sea la regla, debiendo constar en, por ejemplo el carnet del conductor, al igual que la negativa. Si no constara, o no hubiera documento, sólo se debería permitir la extracción cuando el

259 Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 425

260 Nueva Ley Española de Trasplantes de Organos del 27 de octubre de 1979.

261 Boletín Oficial del Estado, 13 de marzo de 1980.

262 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 467

receptor fuese ascendiente, descendiente o cónyuge, y con autorización familiar o judicial.²⁶³

El derecho alemán no conoce una definición legal de la muerte -como aparentemente ocurre con la mayoría de los sistemas jurídicos-, resulta más bien un concepto abierto, que obtendrá su contenido de los conocimientos médicos y de las reglas de la interpretación jurídica.²⁶⁴

La jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes sigue, sin excepción, el punto de vista de que toda intervención médica en la integridad corporal de un paciente -aunque se le haga con fines curativos- constituye una lesión corporal²⁶⁵ y requiere, para su no punibilidad, de una causa de justificación. La jurisprudencia, exige para la justificación de una operación, el que ésta sea médicamente indicada, se practique según las legis artis y se apoye en el consentimiento eficaz del paciente. La medicina no puede ejercerse sin tomar en cuenta las normas jurídicas que rigen la profesión médica.²⁶⁶

Por su parte, el deber de informar a cargo de los médicos es un principio de unánime aceptación por la doctrina y el derecho comparado. Su análisis ha de estar íntimamente ligado al estudio del consentimiento otorgado por el cedente como por el receptor, para la práctica del trasplante. Este requisito es exigido por la Ley No. 458 de 26 de junio de 1967, artículo 2º, en Italia; así como por el Decreto 47 de 1966, en Dinamarca.²⁶⁷

263 Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte. Problemas Morales y Jurídicos". Op. cit. pág. 557

264 LÜTTGER, Hans. "Medicina y Derecho Penal". tr. Enrique Bacigalupo. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, págs. 95-6

265 223 St.G.B.

266 LÜTTGER, Hans. "Medicina y Derecho Penal". Op. cit. págs. 112-3

267 SANGUINA MADARIAGA, Allrio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 410

A mayor abundamiento, la ley italiana sobre trasplantes de riñón entre personas vivientes, en su artículo 6º, declara nulos y sin ningún efecto los pactos privados que prevean compensación pecuniaria o dineraria u otra utilidad para el dador, con el propósito de inducirlo al acto de disposición.²⁶⁸

Se ha aceptado en Italia la existencia del comercio de órganos para trasplantes, sobre todo provenientes de los países del Tercer Mundo, lo cual ha restringido los trasplantes de órganos provenientes de donadores vivos para contrarrestar su tráfico, "...en atención a esta noticia y a este mercado inmoral que amerita una condena absoluta, gestada por el hombre, en su inquietud por ir en la punta de la cirugía..."²⁶⁹

No obstante, la onerosidad limitada en la cesión de componentes anatómicos adquiere su verdadero significado al expedirse el Código Civil italiano de 1942, cuyo artículo 5º establece: "Los actos de disposición del propio cuerpo son prohibidos cuando entrañen una disminución permanente de la integridad física o cuando sean de otro modo contrarios a la ley, el orden público o a las buenas costumbres."

Este precepto constituye la posición legal más decidida y definida en relación con la materia del alcance jurídico de una disponibilidad limitada del cuerpo humano, y el reconocimiento jurídico de un nuevo derecho, el corporal.²⁷⁰

²⁶⁸ Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 413

²⁶⁹ Cfr. VISENTIN, Donatella. "Confronto tra la normativa vigente in materia di trapianti ed il disegno di legge n. 232/A sulla 'nuova disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto': un passo avanti per incrementare il numero degli interventi, o un gran passo indietro?" Il Diritto di Famiglia e delle Persone, Anno XVIII, No. 3, Luglio-Settembre, Milano, Italia, 1989, pág. 860

²⁷⁰ Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 416

El artículo 1º de la Ley 458 de junio 26 de 1967, admite como donantes a padres, hermanos germanos o no germanos del paciente, siempre que sean mayores de edad. El texto sólo da cabida a otros parientes, y aún a terceros extraños al círculo familiar, cuando el paciente no tenga tales consanguíneos o ninguno de ellos sea "idóneo" o "disponible".271

En Italia, la Ley 644 del 2 de diciembre de 1975272 regula la extracción de partes de cadáver con la finalidad de trasplante terapéutico, en el sentido de que la determinación de la muerte debe ser efectuada mediante el examen continuo del electrocardiograma prolongado por no menos de 20 minutos y la determinación de ausencia de respiración espontánea, después de la suspensión, durante dos minutos, de la respiración artificial y de la ausencia de actividad eléctrica cerebral espontánea y provocada.273

Desde julio de 1985 se elaboró un diseño de ley, cuyo texto fue aprobado por unanimidad en la Comisión del Senado italiano y transmitido a la Cámara de diputados, pero no fue sino hasta 1987 que ésta volvió a ser considerada. Su texto atiende a que la manifestación de la voluntad para la donación de órganos, es requerida a partir de los 16 años de edad de toda persona; por cuanto al concepto de muerte, se previene una nueva modalidad de determinación por paro cardíaco, no así de la muerte cerebral; asimismo, se liberan de requisitos a hospitales públicos, se constituyen centros de trasplante conforme a programas nacionales e interregionales, se promueven estudios en sectores sanitarios al respecto y se adicionan iniciativas para sensibilizar a la opinión pública respecto de la donación y trasplante.274

271 Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 447

272 Gazzeta Ufficiale, No. 334 del 19/XII/1975.

273 Artículo 3º.

274 Cfr. VISENTIN, Donatella. "Confronto tra la normativa vigente in materia di trapianti ed il disegno di legge n. 232/A sulla 'nuova disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto': un passo avanti

Francia por su parte, no se acoge al concepto de muerte cerebral, exigiendo por el contrario la prueba indubitable de la muerte real, de acuerdo a su Ley 76-1181 de 22 de diciembre de 1976, sobre ablación de órganos, reglamentada por el Decreto 78-501 del 31 de marzo de 1978.²⁷⁵

Asimismo, el Decreto 2057 de 20 de octubre de 1947, faculta a los establecimientos hospitalarios que figuran en una lista elaborada por el Ministerio de Salud Pública para el retiro de piezas anatómicas sin plazo alguno, aún en ausencia de autorización de la familia, si el Médico-Jefe de Servicio juzga que así lo amerita un interés científico o terapéutico.²⁷⁶

En Portugal, según la Orden No. 47, de junio de 1966, del Ministerio de Salud, cuando en vida una persona no haya ni prohibido ni autorizado la extracción "post mortem" de órganos de su cadáver, ni haya habido objeción por parte de sus parientes, dentro de las cuatro horas siguientes a su muerte, sus órganos podrán ser removidos con destino a trasplantes.

En Checoslovaquia ²⁷⁷ la extracción de órganos de los cadáveres se considera como actividad rutinaria, a menos que las personas en vida, hayan declarado su objeción por escrito.

per incrementare il numero degli interventi, o un gran passo indietro?" Il Diritto di Famiglia e delle Persone, Anno XVIII, No. 3, Luglio-Settembre, Milano, Italia, 1989, págs. 864-5

²⁷⁵ Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 426

²⁷⁶ Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 466

²⁷⁷ Ministry of Health Instruction No. 5, March 1, 1968.

4.1.5. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Aproximadamente, 17,000 a 25,000 de las personas que mueren en los Estados Unidos cada año, son posibles donadores de órganos, número que excede a los potenciales receptores; sin embargo, sólo un pequeño porcentaje de órganos son actualmente donados.

La muerte debe ser pronunciada bajo circunstancias en que sus funciones cerebrales hayan cesado totalmente, pero existan circulación y respiración mantenidas artificialmente, en función de minimizar el deterioro celular de los órganos. En este orden de ideas, la muerte cerebral ha sido legalmente reconocida en 43 estados por estatuto o por decisiones de las Cortes. La definición que da el common law en los siete estados restantes, no coincide con la de muerte cerebral.²⁷⁸

En la mayoría de los Estados norteamericanos, existen estatutos autorizando la donación de órganos. Pocos de ellos prohíben expresamente la venta. En Delaware, Hawaii, Nevada, New York y Oklahoma, se estipula la no remuneración al "deceased", pero no prohíben la venta de componentes anatómicos por parte de los parientes próximos del difunto (next of kin).²⁷⁹

En Georgia, es un "misdemeanor", recibir remuneración por la cesión de un ojo "or to take possession of an eye for which a person has received compensation". Mississippi, tiene el único estatuto que permite a una persona contratar, con o sin remuneración monetaria, donar parte de su cuerpo para efectos post mortem, se estipula además que si

²⁷⁸ Cfr. JARDINE, Daniel G. "Liability Issues Arising out of Hospitals and Organ Procurement Organizations Rejection of Valid Anatomical Gifts: the truth and consequences". Wisconsin Law Review. Wisconsin Lawyers, Mutual Insurance Company, Vol. 1990, No. 6, pág. 1655

²⁷⁹ Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 420

el cedente revoca el contrato, deberá indemnizar devolviendo el dinero con un seis por ciento de interés 280

La Uniform Anatomical Gift Act, aprobada en el verano de 1968, y recomendada por la National Conference of Commissioners on Uniform States Laws, no contiene reglas que prohíban la venta de componentes anatómicos.²⁸¹ La UAGA permite que la persona done todo o parte de su cuerpo por disposición o por algún otro documento, como la licencia para conducir, signado por el donador y dos testigos.²⁸²

Respecto a la disposición por la propia persona, el consentimiento pasa a ser elemento de suma importancia; en los Estados Unidos de Norteamérica se han acuñado los términos "informed consent" para definir la voluntariedad, libertad y consciencia. En el año de 1962, The Kefauver-Harris Amendments to the Food, Drug and Cosmet Act, definió aquellos términos de la siguiente manera: "consent" or "informed consent" means that the person involved has legal capacity to give consent, is so situated as to be able to exercise free power of choice... "283

Una de las condiciones personales, como supuesto psíquico y físico que ha de reunir el donante o cedente como ser humano, para que su consentimiento no adolezca de nulidad, es el ser mayor de edad; y en Estados Unidos la opinión mayoritaria coincide en aceptar que el menor no puede emitir válidamente su consentimiento para una operación que no ha de repercutir en su beneficio. Algunos sectores de la doctrina, de modo transaccional,

280 Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 421

281 La Union Anatomical Gift Acta fue adoptada por el corto período de dieciocho meses, por cuarenta y un estados de la Unión.

282 Cfr. JARDINE, Daniel G. "Liability Issues Arising out of Hospitals and Organ Procurement Organizations Rejection of Valid Anatomical Gifts: the truth and consequences". Op. cit. pág. 1656

283 SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 430

reclaman, además del consentimiento del menor, capaz de entender y de querer, el de sus padres.

Tres decisiones de los organismos jurisdiccionales de Massachussets aprobaron la remoción del riñón de un menor para trasplantarlo a un hermano gemelo sobre el alegato que el donante entendía perfectamente las secuelas de la ablación para su equilibrio funcional, aparte del hecho de que recibía un beneficio potencial al catalizar el impacto síquico que hubiere representado para él la muerte de su hermano.²⁸⁴

Resulta oportuno citar el caso Moore, consistente en que en 1984, John Moore inició un juicio en contra del Dr. David Golde, Shirley Quan, los Regentes de la Universidad de California en Los Angeles, Sandoz Pharmaceutical Corporation, y Genetics Institute Corporation. El antecedente es que en 1976 se había diagnosticado al señor Moore leucemia; siendo tratado por el Dr. Golde en la Universidad de California; en octubre de ese mismo año, como parte del tratamiento, Golde removió el bazo del paciente y sin su consentimiento, los codemandados recibieron parte de éste para su investigación, el producto de la investigación fue comercializado. La Suprema Corte de Justicia de California concluyó que Moore tenía un derecho de propiedad en sus propios tejidos, y que su consentimiento para que se extrajeran no tenía efectos comerciales ni de investigación, que no estuvieren directamente relacionados con su tratamiento. Este caso sentó precedente, al menos en el Estado de que se trata, del concepto doctrinal del "consentimiento informado" que consiste en que el sujeto tiene el derecho de decidir someterse a tratamientos médicos basado en el "ejercicio del control sobre su propio

²⁸⁴ Cfr. SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos". Op. cit. pág. 446

cuerpo", en tanto en cuanto el profesional tiene el deber de revelar "toda información necesaria para la decisión del paciente".²⁸⁵

Existen estatutos que consideran la posibilidad de que sea el médico forense quien, ante la ausencia de consentimiento por parte de los parientes del fallecido o de su oposición, permita la extracción de órganos de cadáveres, con destino a trasplantes:

En Hawai, en 1967, se estipuló que el médico forense (Medical Examiner) al practicar necropsias, podría retener tejidos útiles para trasplantes. En Virginia, en 1968, se consagró que los médicos forenses, al practicar la necropsia, podrían extraer órganos para trasplantes sino hubiera tiempo suficiente para solicitar la autorización del pariente más cercano, o no hubiese objeción conocida.

Por otra parte, y en relación a la determinación de la muerte, rubro que ocupa un lugar trascendente en el tema que nos ocupa, el 9 de julio de 1981, la President's Commission presentó un informe que expuso los criterios para la determinación de la muerte cardiopulmonar, se trata de los lineamientos más generalmente aceptados, según la concepción actual y los métodos modernos disponibles:

Un individuo con cesación irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria está muerto. 1) La cesación es reconocida mediante el examen clínico apropiado, que revelará la ausencia de respuesta a estímulos, latido cardíaco y esfuerzo respiratorio. 2) La irreversibilidad, reconocida por la cesación persistente de funciones durante un apropiado período.²⁸⁶

²⁸⁵ Cfr. DANIELS, Linda B. "Commercialization of Human Tissues: Has biotechnology Created the need for an expanded Scope of informed consent?" Californian Western Law Review, Vol. 27, No. 1, Sn. Diego, Cal, 1990-1, pág. 214-217

²⁸⁶ Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos". Op. cit. pág. 523

Ya en el año de 1968, un comité ad hoc de la facultad de Medicina de la Universidad de Harvard publicó un informe en el que se proponían unos criterios diagnósticos de coma irreversible, que comprendían la ausencia de receptividad y de respuesta, de movimientos y de respiración, así como de reflejos. Se recomendaba la obtención de un electroencefalograma, que no debía mostrar signos de actividad electrofisiológica (EEG "plano"); las pruebas debían repetirse luego de veinticuatro horas. Descartando la intoxicación por drogas depresoras del sistema central y la presencia de hipotermia, que podían inducir a errores diagnósticos.²⁸⁷

En este sentido, e inspirada en los criterios anteriores, la President's Commission recuerda que los niños, sobre todo los menores de cinco años, poseen una mayor resistencia al daño y recuperan sus funciones cerebrales, incluso luego de haber evidenciado signos como los descritos al definir la muerte cerebral por lapsos mayores que los adultos.²⁸⁸

La misma Comisión se refiere a los criterios (bastante similares) adoptados en 1979 por la Conferencia de Reales Colegios y Facultades de Medicina del Reino Unido, y dice: "...el punto de vista británico prevaleciente sobre el diagnóstico neurológico de la muerte está más cercano a una aproximación pronóstica (que un punto de 'no retorno' que ha sido alcanzado en el proceso de morir)..."²⁸⁹

²⁸⁷ Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos". Op. cit. págs. 524 y 525

²⁸⁸ Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos". Op. cit. pág. 526

²⁸⁹ Cfr. RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos". Op. cit. pág. 543

El efecto del informe del Comité de Harvard, y la subsecuente legislación reconociendo los criterios de declaración de muerte cerebral, comenzando por Kansas en 1970, fue eliminar "el macabro limbo entre el derecho y la medicina". Se establecieron reglas para la donación de órganos, que fueron adoptadas por la Uniform Anatomical Gift Act por la National Conference of Commissioners On Uniform State Laws.²⁹⁰

El University of Pittsburgh Medical Center emitió "The Policy for the Management of Terminally Ill Patients Who May Become Donors after Death", documento en que se propone la toma de órganos de ciertos pacientes tan pronto como sea posible con la determinación de la muerte cardiopulmonar. Estos lineamientos requieren un claro entendimiento para describir el estado del donador, tanto cardiopulmonar como neurológico, en el momento en que se interviene para sustraer los órganos. También requiere un claro consenso acerca del criterio moral y legal del donador para el momento de la muerte y la confirmación de ésta. ²⁹¹

Específicamente, estos lineamientos claman por la aceptación del criterio para la determinación de la muerte, tal como fue presentado por la President's Commission de 1981. Este criterio requiere de la medida, en el lenguaje de la Uniform Determination of Death Act, "la cesación irreversible de la circulación y las funciones respiratorias" o "la cesación irreversible de todas las funciones cerebrales, incluyendo el tronco cerebral"²⁹²

El uso del criterio de muerte cerebral se incrementó, entre 1970 y 1980, en Estados Unidos y fuera de ese país. Las acciones legislativas tuvieron influencia en otros países:

²⁹⁰ Cfr. DE VITA, Michael A. et al. "History of Organ Donation by Patients with Cardiac Death". Kennedy Institute of Ethics Journal. Johns Hopkins University Press, Vol. 3, No. 2, Washington, 1993, pág. 122

²⁹¹ LYNN, Joanne. "Are the Patients Who Become Organ Donors under the Pittsburgh Protocol for "Non-Heart-Beating Donors" Really Dead?". Kennedy Institute of Ethics Journal, Op. Cit. pág. 167

²⁹² LYNN, Joanne. "Are the Patients Who Become Organ Donors under the Pittsburgh Protocol for "Non-Heart-Beating Donors" Really Dead?". Op. cit. pág. 167

en Dinamarca, Suecia, Francia, Israel, Italia y Noruega, los órganos son sustraídos en todo paciente con muerte cerebral, a menos que el paciente haya hecho prohibición expresa. En Japón existe controversia sobre la obtención de órganos de pacientes con muerte cerebral, que sólo es permitida de aquéllos en que se haya diagnosticado muerte cardio pulmonar; tal controversia se suscitó a partir de 1985, en que en un caso se consideró homicidio a la extracción de hígado, páncreas y riñón de una mujer.

No obstante, una moratoria extraoficial de donación de órganos provenientes de cadáveres por muerte cardiopulmonar, persiste en casi todo el mundo. En adición a Japón, el uso de estos donadores se ha reportado en Latvia, España, Holanda y los Estados Unidos.²⁹³

4.2. REGULACION DEL TRAFICO DE MENORES EN OTROS PAISES

Hemos querido establecer un apartado en relación específica al tráfico de menores, motivado por la obtención de sus órganos, tejidos o cadáveres.

En este sentido, el Código Penal Puertorriqueño de 1902, se refiere a la adopción a cambio de dinero en su artículo 162, que a la letra dice: "Toda persona, incluyendo a los padres biológicos o adoptivos, que ofrezca, de o reciba dinero u otros bienes materiales a cambio de la entrega de un menor para su adopción será sancionada con pena de reclusión por un término mínimo de un año y máximo de cinco años".²⁹⁴

²⁹³ Cfr. DE VITA, Michael A. et al. "History of Organ Donation by Patients with Cardiac Death". Op. Cit. pág. 123

²⁹⁴ LEVENE R. y ZAFFARONI E. "Los Códigos Penales Latinoamericanos". Tomo II, Editorial a Ley, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1978, pág. 426

El Código Penal Salvadoreño de 1904 regula la separación de hijos menores en su artículo 277: "Los padres que se separen de sus hijos menores de dieciséis años, entregándolos a los cuidados permanentes de personas con las que se encuentren moral o materialmente en peligro, sabiéndolo o debiéndolo presumir, serán sancionados con prisión de tres meses a un año, y si lo hicieren por lucro, la sanción aumentará hasta en una tercera parte".²⁹⁵

El artículo 372 del Código costarricense de 1970 versa: "Se impondrá prisión de diez a quince años a quienes dirigieren o formaren parte de organizaciones de carácter internacional dedicadas a traficar con esclavos (sic), mujeres o niños, drogas, estupefacientes o realicen actos de terrorismo o infrinjan disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos."²⁹⁶

Por su parte, el Código Penal nicaragüense de 1974, dispone en su artículo 552 que: "Comete el delito de trata de blancas el que se dedique a tráfico internacional de mujeres o de niños destinados a la prostitución o comercio carnal y sufrirá la pena de presidio de tres a cinco años".²⁹⁷

En Perú, el Ministerio Público ha dado cuenta de casos de adopciones irregulares a nivel nacional realizados en el 50% de los Distritos Judiciales. Del mes de julio de 1991 al mes de abril de 1993 se registraron aproximadamente mil adopciones, de las que el 80% eran internacionales y en el 70% de ellas hubo entregas directas del menor a los pre-adoptantes. Lo anterior dio lugar a la expedición de la Ley General de Adopciones y su Reglamento; esta norma regula los procesos de adopción impidiendo todo cobro directo o indirecto. Con la promulgación del Código de los Niños y Adolescentes se trata de

295 LEVENE R. y ZAFFARONI E. "Los Códigos Penales Latinoamericanos". Op. cit. pág. 517

296 LEVENE R. y ZAFFARONI E. "Los Códigos Penales Latinoamericanos". Op. cit. Tomo I., pág. 471

297 LEVENE R. y ZAFFARONI E. "Los Códigos Penales Latinoamericanos". Op. cit. Tomo III., pág. 46

reducir al mínimo las posibilidades en el Perú del tráfico de menores, vía un sistema irregular de adopciones. Cabe anotar que se comenta que muchos de los niños adoptados en el Perú en forma irregular y llevados al extranjero, fueron utilizados para extraérseles sus órganos.²⁹⁸

En América Latina hay países cuya legislación sobre adopción exige que los niños sean adoptados en su país antes de viajar al exterior (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México y Perú); mientras otros no exigen este requisito.²⁹⁹

No obstante, en Uruguay, las autoridades policiales reciben semanalmente múltiples solicitudes de informes sobre el paradero de menores y son también comunes los llamados a la colaboración social; se conceptúa a la desaparición de niños como al alejamiento de un menor de 21 años de su residencia habitual, con destino desconocido y sin el consentimiento de sus padres o guardadores.³⁰⁰

En este sentido, el Código Penal Uruguayo establece en su artículo 283 que: "El que sustrajere una persona menor de dieciocho años, del poder de sus padres, tutores o curadores, o de quienes ejerzan su guarda aunque fuera momentáneamente, o la retuviere contra la voluntad de éstas, será castigado con tres a veinticuatro meses de prisión". Constituye circunstancia atenuante especial que el delito se hubiera cometido por el padre o la madre que no tuviere la guarda, así como que se efectuare con el consentimiento del menor que tuviere más de quince años.³⁰¹

²⁹⁸ Cfr. CABELLO ARCE, María Beatriz. "Perú. El Tráfico de los Niños: mención especial a la adopción". Op. cit. págs. 2 y 3

²⁹⁹ Cfr. Instituto Interamericano del Niño. "Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños. Informe Final". Unidad de Asuntos Jurídicos, OEA, Montevideo, Uruguay, 1994, pág. 23

³⁰⁰ Cfr. RETA, Adela. "Desaparición, Tráfico y Venta de Menores en el Uruguay." Op. Cit. pág. 27

³⁰¹ Cfr. RETA, Adela. "Desaparición, Tráfico y Venta de Menores en el Uruguay." Op. Cit. págs. 35 y 36

El estado civil de las personas se halla tutelado en el Código Penal Uruguayo por dos artículos que disponen: "Art. 258. El que de cualquier manera hiciere desaparecer el estado civil de una persona, o engendrar el peligro de su desaparición, será castigado con dieciocho meses de prisión a ocho años de penitenciaría", y el artículo 259: "El que de cualquier manera creare un estado civil falso o engendrar el peligro de su creación, será castigado con dieciocho meses de prisión a ocho años de penitenciaría".

Las normas ya citadas de las leyes especiales 8.080 y 14.005 contemplan expresamente la hipótesis de proxenetismo y de trasplante de órganos o tejidos. No existen otras normas penales directamente aplicables, aún cuando las previsiones relativas a la protección de la libertad, las buenas costumbres y el orden de la familia puedan permitir la represión penal de algunas conductas a estos temas.³⁰²

³⁰² Cfr. RETA, Adela. "Desaparición, Tráfico y Venta de Menores en el Uruguay." Op. Cit. pág. 36

CAPITULO 5.

INTERVENCION DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

La sociedad internacional es bastante complicada y no es uniforme, sus sujetos son muy variados, y cada uno persigue un interés particular, lo que explica parcialmente el enorme esfuerzo desplegado por muchos sectores para las convenciones, declaraciones, instrumentos, normas y demás. Ello está fundado en el principio filosófico común de que el individuo es merecedor de protección, y de que la comunidad internacional puede y debe contribuir a ello, y hacer uniformes los derechos básicos, para así lograr una tutela más efectiva, poniéndolos a salvo de interpretaciones equívocas y peligrosas.

5.1. NACIONES UNIDAS

En 1944 se celebraron las reuniones de Dumbarton Oaks entre los representantes de la URSS, EE. UU., Reino Unido y China; se pactaron varios acuerdos que son la base de las Naciones Unidas. Desde un primer momento se coincidió en que la nueva organización internacional tenía como principal finalidad la de "facilitar la solución de los problemas internacionales de orden económico, social y humanitario y promover el respeto de los derechos humanos".³⁰³

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre organización internacional se reunió en San Francisco el 25 de abril de 1945 con representantes de 50 Estados, las propuestas fueron concretas: a) la Carta debía contener los derechos humanos claramente determinados, b) en la Carta debían constar los problemas económicos, sociales y culturales, c) había que

³⁰³ TRAVIESO, Juan Antonio. "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Edit. Heliastra SRL. Buenos Aires, Argentina, 1990, pág. 129

establecer un organismo que se encargara de los derechos humanos: la Comisión de Derechos Humanos.

La Carta de la ONU, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, ha sido el punto de partida del desarrollo del derecho internacional contemporáneo. Quedaron en el pasado la Sociedad de las Naciones, la Carta del Atlántico de 1941, la Declaración de las Naciones Unidas de 1942 y los demás antecedentes normativos. Las disposiciones de la Carta constituyen, pues, la primera manifestación concreta de normas internacionales en materia de derechos humanos.³⁰⁴

En el marco de la ONU se han redactado convenciones particulares que establecen sistemas específicos de protección de los derechos humanos con órganos especiales para supervisar y controlar esas funciones; a saber, la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, las Convenciones sobre la Trata de Personas y la Esclavitud, son algunas de las normas que se realizaron en relación al tema que nos ocupa.

En cuanto a los dispositivos ideados para llevar al Estado infractor a observar esos derechos, en 1947 se inicia, con la creación de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social ECOSOC, un tímido esfuerzo para ello. Este cuerpo, cuya misión principal era promover y codificar los derechos del hombre, acabó actuando con ciertas funciones de supervisión. A ella se debe la formulación de la Declaración Universal de 1948, y más tarde, los dos pactos de las Naciones Unidas.³⁰⁵

304 Cfr. TRAVIESO, Juan Antonio, "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Op. cit. pág. 129

305 Cfr. SEPULVEDA, César, "Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos". Comisión Nacional de Derechos Humanos. Colección Manuales 91/7, México, 1991, págs. 22 y 23

5.1.1. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aprobada el 10 de diciembre de 1948 por 48 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones, la declaración tiene un preámbulo y 30 artículos; sus normas tratan de los derechos civiles y políticos.

El art. 1º señala las bases de la Declaración:

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

El art. 2º establece la igualdad y la no discriminación con respecto al disfrute de los derechos humanos, extendiéndose ese principio a todos los países y territorios sin interesar su condición. El derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a la seguridad de la persona están proclamados en el art. 3º de la Declaración y constituyen el presupuesto para el goce de los demás derechos.³⁰⁶

Resaltan por su trascendencia al tema, los artículos 3º y 4º que estipulan: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona." "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas."³⁰⁷

Asimismo, el artículo 15.1. versa: "Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2.- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad."³⁰⁸

306 Cfr. TRAVIESO, Juan Antonio. "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Op. cit. pág. 133-135
307 Declaración Universal de Derechos Humanos. Legislación sobre Derechos Humanos. Edit. Porrúa, 2ª ed., México, 1994, pág. 205
308 Declaración Universal de Derechos Humanos. Legislación sobre Derechos Humanos. Op. cit. pág. 206

5.1.2. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 1966

Fue aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en una resolución del 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976 (Resolución 2200 A). A fines de 1982, 75 Estados lo habían ratificado, por lo que su universalidad queda fuera de dudas. En México se publicó en el Diario Oficial de 12 de mayo de 1981.

En el preámbulo se establece el principio general de que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables".³⁰⁹ Esta norma proviene de la Declaración Universal que es un antecedente de estos pactos.

En el segundo párrafo del preámbulo hay un intento de establecer el fundamento de los derechos humanos, al disponer que "esos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana".

En su artículo 10º, se consigna el derecho de la familia, las madres, los niños y los adolescentes a la más amplia protección y asistencia posibles y en el siguiente numeral, el derecho a un nivel de vida adecuado; enseguida el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Así, en lo conducente, en el apartado 3 del artículo que se comenta se dice: "Se deben aportar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o

³⁰⁹ Cfr. TRAVIESO, Juan Antonio. "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Op. cit. pág. 142

cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la discriminación económica y social..."³¹⁰

Sin embargo, se ha dicho que el Pacto sólo contiene normas programáticas generales. En ese sentido "algunos estudiosos han considerado que el Convenio sobre derechos económicos, sociales y culturales no establece obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados firmantes".³¹¹

Los Estados "se comprometen a asegurar" o bien, "reconocen el derecho"; esto es, se está frente a una "calidad promocional", y no frente a una determinación categórica. Empero, ha de observarse que se establece en cierta forma ahí la obligación de otros Estados de cooperar para la mejor realización de este tipo de derecho.³¹²

5.1.3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHO CIVILES Y POLITICOS

Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de mayo de 1981 ; aprobado y abierto a firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966, consideró en su preámbulo los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.³¹³

En este sentido, la parte III, en su artículo 6.1. dice: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de

³¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Legislación sobre Derechos Humanos. Op. cit. pág. 216

³¹¹ Cfr. TRAVIESO, Juan Antonio. "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Op. cit. pág. 142-143

³¹² Cfr. SEPULVEDA, César. "Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos". Op. cit., págs. 20 y 21

³¹³ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Legislación sobre Derechos Humanos. Op. cit. pág. 225

la vida arbitrariamente".³¹⁴ El artículo 8º prohíbe la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas. El artículo 9º consagra el derecho a la libertad y a la seguridad personales; vedando la privación de la libertad, salvo las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido.

El artículo 24 consagra el derecho que todo niño tiene, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de la familia como de la sociedad y del estado.³¹⁵

Uno de los principales antecedentes de este Pacto, es la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que entró en vigor en 1953 y que fue inspiración de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, en vigor desde el 21 de octubre de 1986.³¹⁶

5.1.4. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El 20 de noviembre de 1989, trigésimo aniversario de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y Décimo del Año Internacional del Niño, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Convención, que entra en vigor el 2 de septiembre de 1990.

314 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Legislación sobre Derechos Humanos. Op. cit. pág. 228

315 Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Legislación sobre Derechos Humanos. Op. cit. pág. 229, 230 y 236

316 Cfr. SEPULVEDA, César. "Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos". Op. cit., pág. 21

Sus antecedentes directos más importantes son la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 de Ginebra, adoptada por la Liga de las Naciones, y la Declaración sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1959, así como los textos internacionales específicos mencionados por el propio Preámbulo de la Convención de 1989: la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección de la Infancia y al Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y a la Colocación en Hogares de Guarda en los Planos Nacional e Internacional -Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 3.12.986- las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, "Reglas Beijing" -Resolución 40/33 de la Asamblea General del 29.11.985- y la Declaración sobre Protección de la Mujer y el Niño en estados de emergencia o conflicto armado- Resolución 3318 (XXIX) de la Asamblea General de 14.12.974.

A nivel interamericano, corresponde mencionar como precedentes: la Tabla de los Derechos del Niño, aprobada en 1927 en oportunidad de la fundación del Instituto Interamericano del Niño; la Carta Constitucional de la Niñez, elaborada por la Conferencia de la Casa Blanca en 1930; la Declaración de Oportunidades para el Niño, aprobada por el VIII Congreso Panamericano del Niño en 1942; la Declaración de Caracas sobre Salud del Niño, preparada por el IX Congreso Panamericano del Niño de 1948 y la Declaración Interamericana sobre los Derechos de la Familia de 1983.³¹⁷

Igualmente y en tanto la Convención de 1989 supone el desarrollo y adecuación del tema general de los Derechos Humanos a las necesidades particulares de la minoridad, también

³¹⁷ Conviene también mencionar la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, ratificada por Argentina, Cuba, Ecuador, Haití y México. El artículo 1º define la esclavitud como: Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o por uno de ellos, o por su tutor a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o el joven.

se deben incluir entre sus precedentes, a nivel mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sobre Derechos Civiles y Políticos, y a nivel continental, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en especial, la Convención Americana de 1969 sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.³¹⁸

La Convención adquiere una doble importancia: en primer lugar, es el primer acuerdo integral adoptado a favor de la niñez, y en segundo lugar, los países que la asuman quedan obligados a cumplirla, ya que ella constituye el primer instrumento jurídico obligatorio de carácter internacional.³¹⁹

La Convención de 1989, más allá de obligaciones entre Estados, consagra directas garantías supranacionales en favor de la persona del menor, protección de la niñez dentro de la cual se legislan diversas cuestiones específicamente vinculadas a la creciente internacionalización de la familia y de la vida humana en general, que inciden directamente sobre la situación de la minoridad, tales como: las adopciones internacionales; restitución internacional de menores irregularmente trasladados o retenidos fuera del Estado de su residencia habitual; visitas internacionales; y prestación internacional de alimentos. Materias que para su adecuado tratamiento supranacional, hacen necesario desarrollos convencionales especiales, que el propio texto de Naciones Unidas reclama y sobre los cuales el actual proceso de codificación y uniformización del Derecho Internacional Privado Interamericano ha legislado en particular.³²⁰

318 Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Actual Derecho Internacional Privado Interamericano". INFANCIA, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, OEA, No. 232, T. 65, Montevideo, Uruguay, agosto 1993, pág. 3

319 Cfr. BARTOLOMEI, María Luisa. "Niños en situaciones de alto riesgo en el Perú". Informe referente al Cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Perú, Suecia, 1993, pág. 7

320 Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Actual Derecho Internacional Privado Interamericano". INFANCIA, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, Op. cit., pág. 4

La Convención otorga al niño el derecho a un nombre y una nacionalidad (art. 7) y establece que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida (art. 6). Los Estados partes deberán garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño. Los artículos 24 y 27 contienen disposiciones que reconocen su derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y de un nivel de vida adecuado para su desarrollo. El artículo 26 reconoce el derecho del niño a beneficiarse de la seguridad social.

Todo niño tiene derecho a los cuidados de sus padres y a no ser separado de ellos (art. 9). No se recurrirá a la adopción por personas que residan en otro país más que en último término. La adopción, cualquiera que sea su forma, debería efectuarse en estricta conformidad con las leyes establecidas por las autoridades competentes. Por último, se considera al interés superior del niño (art. 3º) como primordial en todas las medidas que le conciernen. La preservación de la identidad (art. 8) se incluye a sugerencia de las desapariciones de niños, cuyos papeles de identidad son falsificados deliberadamente y cuyos lazos familiares son rotos arbitrariamente.³²¹

Este instrumento jurídico sin precedentes, que codifica los derechos de los niños y ayuda a cristalizar los esfuerzos por mejorar sus vidas, es entre todos los tratados de derechos humanos, el que ha sido ratificado por un mayor número de países. Y probablemente será la primera convención sobre derechos humanos que ha de recibir ratificación universal. Hacia fines de 1994, 154 países habían ratificado la Convención, merced, en gran parte, a la campaña iniciada el 24 de marzo de 1993 para alcanzar en 1995 la meta de la ratificación universal.

321 Cfr. LOPEZ ECHEVERRY, Ovidio. "Situación, Naturaleza y Perspectivas del Proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño". Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Estudios Doctrinales, Serie G, N°. 126, México, 1990, págs. 16-18

En este sentido, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, primera reunión sobre ese tema posterior a la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, realizada hace 25 años en Teherán (Irán), hizo suyo el principio del UNICEF de que debe darse máxima prioridad a los niños, se hizo un llamamiento para ratificar la Convención y se adoptaran medidas para combatir prácticas tales como el infanticidio femenino, el trabajo infantil nocivo, el tráfico de niños y malos tratos sexuales contra ellos, como la prostitución y la pornografía infantiles.³²²

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, por resolución No. 28 del año de 1979, "Adopción y colocación de Menores en el Extranjero", indica que se debe buscar reforzar la familia de origen por todos los medios posibles, a fin de intentar satisfacer las necesidades del niño a través de la adopción, primer local y sólo en última instancia transnacional. Posición confirmada por la Declaración sobre Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda en los planos Nacional e Internacional, del 3 de diciembre de 1986, que reafirman lo ya dispuesto por el art. 6º de la Declaración de Naciones Unidas de Derechos del Niño, al establecer: "...siempre que sea posible, el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad...", conceptos desarrollados especialmente por la Convención sobre Derechos del Niño de 1989.

En el ámbito interamericano, recientes encuentros han arribado a similares conclusiones, como el Primer Seminario Regional sobre Procedimientos para la Formación de la Familia Adoptiva, celebrado en Montevideo del 26 de junio al 1º de julio de 1989 y el

³²² Cfr. 1994 UNICEF Informe Anual. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Junta Ejecutiva, pág. 39.- En este mismo sentido se pronunciaron las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos reunidas durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, Austria, el 16 de junio de 1993.

Seminario Latinoamericano de Adopción de Menores y Tráfico de Niños, realizado en Quito en abril de 1991.³²³

Asimismo, de septiembre a octubre de 1988 se celebró en Buenos Aires, Argentina, el Encuentro Latinoamericano de Apoyo a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con representantes de organizaciones no gubernamentales; se produjo un borrador de la Carta Latinoamericana para los Derechos de los Niños, dicho informe es testimonio de una América Latina que se reconoce a sí misma en la especificidad cultural, económica y política de su infancia. En ella se proclama la promoción fundamental de atención al niño en el seno de su propia comunidad; se pugna porque las garantías constitucionales se mantengan vigentes, a fin de evitar que un menor se vea afectado por el exilio forzoso, por el secuestro, venta o apropiación de los nacidos en cautiverio o en cárceles clandestinas, por la trata o cualquier otro tipo de tráfico de órganos o de seres humanos. Porque la adopción sea la forma de darle una familia al menor, capaz de brindarle afecto y la seguridad necesaria para que pueda desarrollarse plenamente, preservando su identidad en su medio social, comunitario y étnico. Para que los Estados ofrezcan un cuidadoso control sobre el bienestar de los niños adoptados, especialmente si éstos fueren llevados fuera de su país, se opone a cualquier política social que comprenda la adopción internacional.³²⁴

La adopción no debe dar lugar a "beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella", según el numeral 21d del mandato convencional, que busca en este sentido, evitar situaciones que encubran verdaderos casos de trata de menores. Si bien la redacción en español de la disposición quizás no resulte del todo contundente en el

³²³ Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Actual Derecho Internacional Privado Interamericano". *INFANCIA*, Boletín del Instituto Interamericano del Niño. Op. cit., pág. 8

³²⁴ Cfr. BARCENA, Andrea. "Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez". Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992. págs. 191-193

sentido de rechazar toda forma de ganancia, los debates del Plenario de la Reunión Técnica de Revisión del Convenio son claramente confirmatorios de que la intención del literal es la de prohibir todo tipo de lucro a los intermediarios, admitiendo únicamente el cobro de razonables gastos y honorarios.³²⁵

En 1960 se llevó a cabo la primera reunión sobre adopción internacional en Leysin, Suiza, que pretende solucionar el problema de las adopciones internacionales, pero sólo a nivel continental, ya que en ese tiempo el flujo de menores de edad provenientes de países tercermundistas no se había desarrollado como ahora, y sólo se daba entre países europeos. En 1971, en Milán, Italia, se realizó un Congreso Mundial sobre Adopción y Colocación Familiar; elevando dos informes al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. En 1978, se reunió un Grupo de Expertos en Ginebra, y se acordaron diversas recomendaciones sobre aspectos sociales y jurídicos de la adopción de menores, principalmente en el plano internacional. El 6 de febrero de 1987 la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración sobre Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y a la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional; se consideró que la adopción se lleve en beneficio del menor y que cuando ésta sea internacional exista una bien estructurada organización capaz de llevar a cabo los procedimientos y asegurar al menor absoluta protección y bienestar en otro país. Se exhorta a las naciones a que tomen las medidas legales y administrativas para regular la adopción internacional y el secuestro o colocación ilícita de niños.

³²⁵ Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Actual Derecho Internacional Privado Interamericano". *IINFANCIA*, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, Op. cit., pág. 15

En mayo de 1993 se firmó la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en La Haya, Países Bajos; reconociendo la necesidad de prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños.³²⁶

La normativa universal, en su artículo 11, atiende el tema en análisis, imponiendo a los Estados, a través de una norma programática, el deber de adoptar medidas para luchar contra traslados y retenciones ilícitas de menores fuera del país de su residencia habitual y prevé, a tales efectos, que los países promuevan acuerdos bilaterales o multilaterales o se adhieran a aquéllos ya existentes.

La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, cumple en el ámbito continental con la exigencia de una regulación supranacional sobre la materia resultante del mandato de la Convención de Naciones Unidas.

En su artículo 25 establece: "La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito." Se consideró conveniente su inclusión para desestimular y punir "...el escandaloso mercado de niños a nivel universal para fines de explotación, abuso sexual, comercio de órganos humanos, entre otros."³²⁷

Respecto al tema específico del tráfico o trata internacional de niños, la Convención del 20 de noviembre de 1989 impone a los Estados la obligación de adoptar las "medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la

³²⁶ Diario Oficial de 24 de octubre de 1994.

³²⁷ GARCIA MORENO, Víctor Carlos. "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores". Derechos de la Niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales. No. 126, México, 1990, pág. 270

venta o la trata de niños, para cualquier fin o forma", art. 35 y el actual proceso de codificación del Derecho Internacional Privado americano representado por las CIDIP, en oportunidad de la CIDIP V, incluye un análisis del tema con miras a una regulación supranacional a nivel continental.³²⁸

Dicho tráfico internacional de menores, que se presenta con variada tipología y puede responder a diversas finalidades: adopción en el extranjero, prostitución, pornografía, mano de obra barata o cualquier otra forma de explotación, fuera de fronteras³²⁹, hace imprescindible concretar medidas de cooperación internacional más allá de aquéllas que están obligados a tomar los Estados de origen y de destino de tal tráfico, para evitarlo.³³⁰

Tanto en la XIV Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de octubre de 1980, como en la CIDIP IV en sus respectivas Convenciones sobre desplazamientos ilícitos internacionales de menores, quedó de manifiesto que el tratamiento penal de ese fenómeno resultaba inconveniente e improcedente en el ámbito de las relaciones familiares. De ahí que la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980, como la Convención

³²⁸ Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Actual Derecho Internacional Privado Iberoamericano". *INFANCIA*, Boletín del Instituto Iberoamericano del Niño, Op. cit., pág. 30

³²⁹ Diversos documentos emanados de organismos como Interpol, "Défense des Enfants International", Federation Internationale de Terre des Hommes" y la Federación Internacional de Derechos del Hombre - ver en tal sentido, diversos documentos en DEI, "Protection des Droits de l'Enfant et Adoptions Internationales", Genève, 1989 -comprueban la magnitud del mencionado tráfico, especialmente desde los países de Asia, América Latina y Europa oriental hacia América del Norte y Europa occidental; en igual sentido, conclusiones del Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, año 1987 -Report on The Traffic in Children and other forms of Child Exploitation, Rapporteur, S. Stoffelen, Doc. 5777, 10.9.1987

³³⁰ Tal, la ejemplar Sentencia dictada por la Suprema Corte del Estado de Israel, de fecha 16 de junio de 1988, ordenando la resiliación a sus padres de una pequeña niña de tres años, secuestrada en su hogar en Brasil en 1986 y vendida a una pareja israelí, "The Guardian", 18 de junio de 1988; en igual sentido, la decisión de tribunales norteamericanos ordenando devolver a su madre rumana, un niño entregado por ésta para ser adoptado en Estados Unidos, actuando la progenitora ante presión del abogado de los pretendidos adoptantes y de un asistente social, caso citado por Eduardo Tellechea Bergman en trabajo ya mencionado.

Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 15 de julio de 1989, así como la Convención Europea de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, deben entenderse como instrumentos jurídicos persuasivos y preventivos de los desplazamientos ilícitos internacionales de menores³³¹, con particular eficacia comprobada en lo que hace a la Convención de La Haya.³³²

El Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud de la ONU, se reunió en 1989 y deliberó sobre el tráfico de niños; resultando un Programa de Acción Preliminar a nivel internacional, como "...respuesta débil a un problema tan grave." Se dijo que uno de los propósitos para separar a los niños ilegalmente del seno familiar, es la adopción nacional o internacional (incluyendo las falsas adopciones); el presidente del Grupo de Trabajo, Asbjorn Eide, reveló que cada año un millón de niños en todo el mundo sufre situaciones de esclavitud, y una de sus formas es el uso de bebés y menores de edad para el trasplante de órganos.³³³

Entre las soluciones de cooperación supranacional posibles, cabe mencionar las sugerencias elevadas a la Secretaría General de Naciones Unidas por Interpol, para la creación de una base de datos en la identificación de personas involucradas en la trata internacional de menores; así como las medidas de cooperación y control previstas por el Borrador elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de

331 Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor. (Art. 4º, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989)

332 Cfr. Instituto Interamericano del Niño. "Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños. Informe Final". Unidad de Asuntos Jurídicos, OEA, Montevideo, Uruguay, 1994, pág. 15

333 Cfr. BARCENA, Andrea. "Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez". Op. cit., pág. 27

un "Proyecto de Convenio sobre la Cooperación Internacional y la Protección del Niño en Materia de Adopción Transnacional", Doc. prel. No. 6, septiembre de 1991.334

En Europa se ha podido constatar la existencia de una suficiente integración internacional regional. El Consejo europeo se ha dedicado a delinear la disciplina de la protección del menor, a saber la elaboración de la Convención de 1970 sobre repatriación del menor y en 1980 con el reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de filiación del menor.335

A título ilustrativo, es de mencionarse la resolución del Parlamento Europeo del 9 de marzo de 1993, cuyos numerales 1 y 10 establecen: "1. Solicita que las sustracciones de menores sean condenadas duramente; 10. Recomendando a los Estados Miembros que emprendan una acción concertada, en el seno de los organismos internacionales competentes, con objeto de aproximar e incluso endurecer las sanciones en el caso de secuestro perpetrado por terceros".336

Desde principios de siglo, el derecho internacional se ha ocupado de la seguridad y estabilidad física del menor, bajo todas sus situaciones sociales y se han suscitado cambios en la consideración de la niñez, que se reflejan en la conceptualización de los derechos del menor.

334 Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Actual Derecho Internacional Privado Interamericano". IINFANCIA, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, Op. cit., pág. 61

335 Cfr. LIBRANDO, Vito; Franco Mosconi y Dino Rinoldi. "Tempi Biblici per la Ratifica dei Trattati". Pubblicazioni della Università di Pavia. Facoltà di Giurisprudenza, Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Nuova Serie, Vol. 72, Casa Editrice Antonio Milani, Italia, 1993, pág. 7

336 Instituto Interamericano del Niño. "Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños. Informe Final". Op. cit., pág. 9

Las declaraciones y convenciones de carácter internacional o supranacional, tal como la Declaración de Génova de 1924, se ocupan de las enfermedades, hambre y de las necesidades físicas y mentales que aseguren el desarrollo y las condiciones para el crecimiento individual.

Entre 1978 y 1989 las naciones del mundo se mostraron interesadas desde un punto de vista político, en incrementar el nivel de vida de la niñez. Es en 1989 cuando se establece respetar el derecho del menor a decidir y emitir sus opiniones en materias que le afecten. No obstante, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia se muestra tímido en involucrarse en cuestiones "demasiado políticas" y trata de permanecer en cuestiones relativas exclusivamente a la supervivencia de la niñez.³³⁷

Las declaraciones nacionales y regionales han hecho un esfuerzo para incrementar la cohesión social; a mayor homologación de los criterios regionales, más concretos serán los valores culturales que se expresen. Las declaraciones ideológicas están basadas en criterios políticos, sociales y filosóficos, el común denominador hace énfasis en la interacción con las instituciones sociales. Las declaraciones y convenciones específicas y sectoriales son documentos de grupos de profesionales que demandan intereses propios, situación que de una u otra manera es limitante.

No obstante, es hasta los últimos años que se han enfocado los Estados al tratamiento de los derechos de los menores, en el que es naciente el estudio académico constante, debido probablemente a que la cuestión de los derechos del niño es un asunto eminentemente interdisciplinario, al que es necesario describir y sobre todo prescribir.³³⁸

³³⁷ Cfr. VEERMAN, Philip E. "The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood." Martinus Nijhoff Publishers, International Studies in Human Rights, Vol. 18, Netherlands, 1992, págs. 398 y 399

³³⁸ Cfr. VEERMAN, Philip E. "The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood." Op. cit., págs. 399 y 400

5.2. ORGANIZACION DE ESTADOS AMERICANOS

El marco interamericano en que se desenvuelven las normas de protección de los derechos del niño y de los seres humanos en general, se está escribiendo y sus protagonistas integran por una parte América Latina y por la otra Estados Unidos de Norteamérica; ésto con un proceso dinámico y generador que comienza desde la mitad del siglo XX hasta nuestros días.

Ante las preguntas de ¿qué es América Latina?, ¿cuáles son sus características, obstáculos y finalidades?, ¿si tendrá unidad de valores sobre justicia, libertad, igualdad?, Octavio Paz ha planteado la situación: "Desde hace cerca de dos siglos se acumulan los equívocos sobre la realidad histórica de América Latina. Ni siquiera los nombres que pretenden designarla son exactos: ¿América Latina, América Hispana, Iberoamérica, Indoamérica?... "339

"Los problemas de la América Latina, se dice son los de un continente subdesarrollado. El término es equívoco: más que una descripción es un juicio. Dice pero no explica. Y dice poco: ¿subdesarrollo en qué, por qué y en relación con qué modelo o paradigma? Es un concepto tecnocrático que desdeña los verdaderos valores de una civilización, la fisonomía y el alma de cada sociedad. Es un concepto etnocentrista. Esto no significa desconocer los problemas de nuestros países."340

Los problemas en América Latina se diagnostican por la dependencia económica, política e intelectual del exterior, las inicuas desigualdades sociales, la pobreza extrema al lado de

339 PAZ, Octavio. "Tiempo Nublado". Sudamericana Planeta, Barcelona, 1983, pág. 187

340 PAZ, Octavio. "Tiempo Nublado". Op. cit. pág. 188

la riqueza y el despilfarro, la ausencia de libertades públicas, la represión, el militarismo, la inestabilidad de las instituciones, el desorden, la demagogia, las mitomanías, la mentira y sus máscaras, la corrupción, el arcaísmo de las actitudes morales, el machismo, el retardo en las ciencias y en las tecnologías, la intolerancia en materia de opiniones, creencias y costumbres.³⁴¹

"El objetivo pues, es establecer un sentido unívoco de la democracia basada en la común comprensión de la independencia y autodeterminación como presupuestos de los derechos humanos."³⁴²

Entre Estados Unidos y América Latina hay distintas concepciones políticas, sociales e institucionales. En ese contexto, la política norteamericana de intervención ha configurado contenidos hegemónicos con fuertes componentes imperialistas.

Las revoluciones norteamericana, francesa y de los Estados latinoamericanos produjeron históricamente resultados diferentes dentro de sociedades diferentes. Se dice que mientras la primera creó una nación y la francesa renovó la sociedad, las revoluciones de América Latina, por el contrario, fracasaron en sus objetivos de modernización política, social y económica.

Se conjugaron diversamente las instituciones políticas, sociales, culturales y económicas produciéndose un mutuo efecto de separación, agravado por diferencias raciales, distancias, controversias territoriales y localismos; pero la principal causa de desintegración derivó del régimen internacional y su sistema de poder en el siglo XIX.

341 Cfr. PAZ, Octavio. "Tiempo Nublado". Op. cit. pág. 187

342 TRAVIESO, Juan Antonio. "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Op. cit. pág. 233

En materia de protección de los derechos humanos en América hay un proceso discontinuo y complejo. Discontinuo, pues desde la Corte de Justicia Centroamericana de 1907³⁴³ hasta la instalación de la Corte de San José de Costa Rica transcurrió más de medio siglo. El proceso también fue complejo por la disgregación entre los Estados latinoamericanos y su reciente organización interamericana en la OEA.³⁴⁴

La Carta de la Organización de los Estados Americanos fue firmada el 2 de mayo de 1948. El Preámbulo establece que: "...el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de coordinar en este continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del Hombre". También el art. 3^o prescribe: "...los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer discriminaciones de raza, nacionalidad, credo o sexo".³⁴⁵

5.2.1. DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE DE 1948

Se ha considerado que los antecedentes de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 son algunas de las resoluciones adoptadas por la VIII Conferencia Internacional Americana (Lima, Perú, 1938), tales como La Declaración de Lima en favor de los Derechos de la Mujer y la Declaración en Defensa de los Derechos Humanos.

343 Entre Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador se firmó un tratado el 21 de diciembre de 1907, en Washington por el término de 10 años con el propósito de establecer la Corte Centroamericana de Justicia con acceso del individuo a su jurisdicción y acordar un sistema de solución de controversias.

344 Cfr. TRAVIESO, Juan Antonio. "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Op. cit. págs. 234 y 235

345 Cfr. TRAVIESO, Juan Antonio. "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Op. cit. pág. 243

Otros antecedentes se hallan en algunas de las resoluciones de la Conferencia de Chapultepec.³⁴⁶ En la Resolución XI titulada "Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre" se consagra la adhesión a los principios del derecho internacional para la salvaguarda de los derechos humanos; se pronuncia a favor de un sistema de protección internacional y se encomienda al Comité Jurídico Interamericano la redacción del proyecto, el cual nunca fue adoptado en forma de Convención. La diferencia esencial con la Declaración Universal de la ONU, de octubre 12 de 1948, es que la Declaración Americana de Bogotá incluye también deberes del hombre.³⁴⁷

"A pesar de que pudiera estimarse que se trata de una enunciación ideal y sin efectos, la declaración americana constituyó el aparato sustantivo necesario para poder crear más tarde una maquinaria procesal adecuada de protección y fue el vehículo importante para ir generando una conciencia general, un ambiente de respeto hacia las libertades básicas y para familiarizar a los Estados Americanos con la necesidad de que esos derechos sean salvaguardados".³⁴⁸

Se fundamenta esta posición en el hecho de que el Consejo Permanente de la OEA, al entrar en vigor la Convención de San José de Costa Rica en 1978, resolvió que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos continuara aplicando la Declaración Americana de Derechos y Deberes de 1948 a los Estados que no hubieran ratificado dicho tratado. También se advierte que el art. 2º del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos incorpora como cuerpo de derecho sustantivo las normas de la Declaración de 1948.³⁴⁹

³⁴⁶ Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en Chapultepec, México, en febrero y marzo de 1945.

³⁴⁷ Estos últimos son diez: ante la sociedad, con los hijos y los padres, instrucción, sufragio, obediencia a la ley, servicio a la comunidad y a la nación, asistencia y seguridad sociales, pago de impuestos, trabajo y abstención de actividades políticas en países extranjeros.

³⁴⁸ SEPULVEDA, César. "Derecho Internacional". Edit. Porrúa, México, 1984, pág. 508

³⁴⁹ Cfr. SEPULVEDA, César. "Derecho Internacional". Op. cit., pág. 508

5.2.2. CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Suscrita en San José de Costa Rica en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y redactada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de mayo de 1981 y abierta a firma, ratificación y adhesión el 22 de noviembre de 1969; esta Conferencia considera la necesidad de reafirmar el propósito de consolidación del continente, "...dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre..."³⁵⁰

Este instrumento, en su artículo 5º consagra el derecho a la integridad personal: "...toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral."³⁵¹ El numeral 6º prohíbe la esclavitud y la servidumbre, así como la trata de esclavos y la trata de mujeres en cualquiera de sus formas. El artículo 7º habla de la libertad y seguridad personales, nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

En el sentido de nuestra investigación, el artículo 20 consagra el derecho a la nacionalidad, cualquiera que ésta sea o cuando menos a la del Estado en cuyo territorio nació, sin poderse privar arbitrariamente de ella o del derecho a cambiarla.³⁵²

³⁵⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Legislación sobre Derechos Humanos. Op. cit. pág. 251

³⁵¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Legislación sobre Derechos Humanos. Op. cit. pág. 254

³⁵² Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Legislación sobre Derechos Humanos. Op. cit. págs. 254, 255 y 261

5.2.3. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES DE MONTEVIDEO DE 1989

Son precedentes directos del texto convencional interamericano, el Proyecto elaborado por el Comité Jurídico y su Exposición de Motivos -concluida el 30.1.1986 -y el preparado por la Reunión de expertos convocada en San José de Costa Rica en mayo de 1991 por el Instituto Interamericano del Niño, texto este último que la Comisión I de la CIDIP IV decidiera utilizar como base de su labor legislativa.

Corresponde mencionar las regulaciones bilaterales concluidas por Uruguay con países de la región³⁵³, y especialmente, la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores.³⁵⁴

De acuerdo a su artículo primero, la Convención persigue dos objetivos: el primer y fundamental, al punto de resultar epónimo del Tratado, es asegurar la pronta restitución internacional de menores que teniendo su residencia habitual en un Estado Parte, hubieren sido trasladados ilegalmente a otro, o que habiendo sido trasladados regularmente, hubieren sido ilegalmente retenidos; como segundo objetivo, el Tratado persigue el respeto al ejercicio de los derechos de visita y de guarda o custodia.

No obstante, respecto al objetivo convencional principal, el Tratado, de conformidad a la intención con que fueron aprobadas sus normas y al propio contenido de las mismas,

³⁵³ Convenios bilaterales uruguayo-argentino, uruguayo-chileno y uruguayo-peruano.

³⁵⁴ La Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, en vigencia desde 1983, se encuentra ratificada por: República Federal de Alemania, Argentina, Australia, Austria, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Irlanda, Israel, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Yugoslavia. Han adherido a la Convención: Belice, Burkina Faso, Ecuador, Hungría, México, Mónaco, Nueva Zelandia y Rumanía. Por consiguiente, ya en calidad de ratificantes, ya de adherentes, al menos seis Estados Americanos se encuentran vinculados por la Convención -datos al 25 de noviembre de 1992.

atiende los aspectos civiles de la retención irregular de menores, quedando al margen de la regulación -al igual que en sus antecedentes- desarrollos específicos atinentes a traslados delictivos, como el secuestro y tráfico internacional de menores. 355

A efecto de evitar distintas interpretaciones de los Estados Partes, el Convenio ofrece en su artículo 4º una definición directa, considerando ilegal el traslado o retención producido en violación de los derechos que ejerzan de manera individual o conjunta padres, tutores o guardadores -personas físicas o instituciones- inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor. 356

Respecto a la calidad de menor, el Convenio considera tal a toda persona que no haya cumplido dieciséis años, art. 2.357 Definición autárquica de minoridad que evita apelar a una regulación indirecta que, al recurrir a la legislación del Estado de residencia habitual del incapaz, determina que la edad límite puede cambiar en función de eventuales diferencias de las legislaciones nacionales. La solución material aprobada, armoniza con los fines de certeza y celeridad perseguidos por el Convenio y no modifica el límite de la mayoría de edad previsto por las legislaciones internas de los Estados Partes, sino que únicamente fija el máximo de edad de quienes pueden estar comprendidos en las hipótesis del Tratado. 358

355 Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Actual Derecho Internacional Privado Interamericano". INFANCIA, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, Op. cit., págs. 30 y 31

356 El artículo repite, con variantes meramente terminológicas, la solución recogida por los convenios Bilaterales uruguayo-argentino, art. 2; uruguayo-chileno, art. 2; uruguayo-peruano, art. II; Convención de La Haya de 1980, art. 3; y Proyecto del Comité Jurídico Interamericano, art. III y de la Reunión de Expertos de San José de Costa Rica, art. 3.

357 Criterio coincidente con el recibido por el Convenio de La Haya, art. 4 y con el Proyecto preparado por la Reunión de Expertos de San José de Costa Rica, art. 2; en igual sentido, el Proyecto Opertti, art. 2, contenido en su trabajo "Restitución Internacional de Menores, Aspectos Civiles", publicado por el Instituto Interamericano del Niño, 1979.

358 Cfr. TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Actual Derecho Internacional Privado Interamericano". INFANCIA, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, Op. cit., págs. 32 y 33

El sistema interamericano no ha sido ajeno a esta preocupación, y dió un primer paso importante con la firma de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores en ocasión de la CIDIP III realizada en La Paz, Bolivia, en 1984. Igualmente esta Conferencia aprobó una recomendación sobre sanción de personas que sirven como intermediarios o promotores del tráfico internacional de menores.³⁵⁹ La adopción será irrevocable en el extranjero y su nulidad o revocación serán de acuerdo a la ley nacional del menor, condicionada a velar por los intereses de este último.³⁶⁰

5.3. ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud se concluyó mediante un arreglo entre los gobiernos representados en la Conferencia Internacional de la Salud, en Nueva York, el 22 de julio de 1946, publicados en el Diario Oficial de 10 de julio de 1948.

Los Estados partes de esta Constitución declararon a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

359 Cfr. Instituto Interamericano del Niño. "Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños. Informe Final". Op. cit., pág. 1

360 Cfr. ORNELAS K., Luis Fausto. "Adopción Internacional de Menores" Revista Jurídica, Poder Judicial del Estado de Chihuahua, Año 4º, No. 6, Primavera 1992, Chihuahua, Chihuahua, pág. 69

La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente, es indispensable para este desarrollo.

Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.

Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser proporcionada mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

Aceptando estos principios, con el fin de cooperar entre sí y con otras en el fomento y protección de la salud de todos los pueblos, las Partes Contratantes convinieron en establecer la Organización Mundial de la Salud como organismo especializado, de conformidad con el artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas.

Así, el artículo 1º de la Constitución, señala como finalidad de la Organización Mundial de la Salud, la de alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud.

Para ello, es necesario, al tema que nos ocupa, actuar como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional; establecer y mantener colaboración eficaz con las Naciones Unidas, los organismos especializados, las administraciones oficiales de salubridad, las agrupaciones profesionales y demás organizaciones; ayudar a los gobiernos, a su solicitud, a fortalecer sus servicios de salubridad; promover la salud y la asistencia maternal e infantil, y fomentar la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente; suministrar información, consejo y ayuda en el

campo de la salud; contribuir a crear en todos los pueblos una opinión pública bien informada en asuntos de salud; y, establecer normas uniformes de diagnóstico, según sea necesario.

Por último, cabe mencionar que el artículo 76 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, establece que con la autorización de la Asamblea General de las Naciones Unidas o con la autorización otorgada de acuerdo con algún convenio entre la Organización y las Naciones Unidas, la Organización puede pedir a la Corte Internacional de Justicia su opinión consultiva sobre cualquier cuestión legal que surja dentro de la competencia de la Organización.³⁶¹

³⁶¹ Cfr. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Arreglo concluido entre los gobiernos representados en la Conferencia Internacional de la Salud. Nueva York, 22 de julio de 1946, Relaciones Exteriores

CAPITULO 6.

QUINTA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES.³⁶²

Nos permitimos incluir en el presente trabajo de tesis, por su trascendente importancia, tanto nacional como internacional, un esbozo sobre la participación de México como ponente en la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, celebrada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, el pasado mes de marzo de 1994.

En la CIDIPV, los temas a tratar fueron "La Contratación Internacional" y "El Tráfico Internacional de Menores". de los cuales, el último es el punto de atención en la mira de nuestro estudio.

En atención a la evidencia del tráfico internacional de menores, que se viene suscitando en los países latinoamericanos específicamente, por las diversas causas de ser un foco sensible de sustracción de los menores y por su baja capacidad de control de las instituciones legislativas que son superadas por una realidad social de pobreza, miseria, hambre, necesidad e imperialismo.

Ya desde la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo en 1989, se vislumbró la necesidad de estudiar y analizar los extremos del fenómeno en estudio, a fin de elaborar un proyecto con miras a

³⁶² Cfr. Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Secretaría de Relaciones Exteriores/S.R.E./OEA/CIDIPV. México, marzo de 1994.

ampliar la protección de los niños americanos. Por la complejidad de instituciones que dan sustento y existencia a la figura del tráfico internacional de menores, se tornó indispensable puntualizar las perspectivas de abordamiento del tema, con la conclusión de abarcar los aspectos civiles y penales.

El proyecto mexicano contemplaba la regulación de tres figuras jurídicas penales, a saber, la sustracción, la retención y el tráfico internacional del menor; con las variantes que dependen de la realización por personas físicas o por organizaciones de hecho o de derecho; aquéllas que modifican la conducta típica, a partir de la falsificación de documentos, el asentimiento de las autoridades, circunstancias agravantes del tipo simple del tráfico de menores.³⁶³

Así, se propuso como objetivo el de identificar, prevenir y sancionar los aspectos penales y civiles de la sustracción, la retención ilegal y el tráfico internacional de menores, que atentan contra su integridad física, psíquica y su derecho al desarrollo dentro de su medio habitual o familiar.

Se aportaron definiciones de los conceptos de "menor", como todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años, salvo que, en virtud del derecho que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad; lo que otorga a cada Estado parte, la posibilidad de regular internamente los límites para considerar la minoría de edad.

En el proyecto mexicano, se entendió por "sustracción internacional de menores", al apoderamiento de un menor y su traslado a otro Estado sin el consentimiento de la

³⁶³ Cfr. Proyecto de Convención Interamericana sobre los Aspectos Penales y Civiles de la Sustracción, Retención Ilegal y Tráfico de Menores.

persona que deba autorizarlo legalmente, o sin orden de autoridad competente de la residencia habitual del menor.

La "retención ilegal" es la negativa para entregar a un menor a la persona a quien le corresponda la guarda y custodia del mismo por resolución judicial de la autoridad competente de la residencia habitual del menor.

El "tráfico internacional de menores" se presenta cuando una persona, ilegalmente y con ánimo de lucro o de cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, asesore, ofrezca, reciba, traslade, asile, intercambie, anuncie, ayude, retenga o actúe como intermediaria en la obtención, entrega o disposición de uno o más menores desplazándolos fuera del Estado donde tienen su residencia habitual.

Como modalidad agravante, se consideró al "tráfico internacional organizado de menores", cuando dos o más personas en forma conjunta, eventual o permanente y con ánimo de lucro o de cualquier otro beneficio para sí o para otra persona u organización, lleven a cabo las conductas que constituyen al tráfico internacional de menores.

Adicionalmente, se definió al concepto "peligro", como la posibilidad o la inminencia de que se altere la integridad física o psíquica del menor o ambas, o de que se interrumpa el disfrute del derecho que el menor tiene a desarrollarse en su medio familiar o habitual.

En este sentido, se entendió por "daño", a la alteración de la integridad física o psíquica del menor o ambas, o de que se interrumpa el disfrute del derecho que tiene a desarrollarse en su medio familiar o habitual.

Las modalidades agravantes de la sustracción y retención ilegal de menores se establecen al realizarse mediante la obtención y uso de documentos falsos; con la intervención de dos o más personas; cuando el sujeto activo se vale de su mayor capacidad económica y si se ejerce la violencia física o moral sobre el menor o sobre la persona con quien habitualmente viva, o contra quien legalmente ejerza el derecho de guarda o custodia.

Se sustentó como agravante del tráfico de menores el hecho de que se realizara en forma organizada, la intervención de un servidor o funcionario público, el que se utilizaran documentos falsos o que se ejerciera violencia física o moral sobre el menor, sobre las personas con quien habitualmente viviera o contra quien legalmente ejerciera el derecho de guarda o custodia.

En otro extremo, se señalan también las circunstancias atenuantes de responsabilidad en la sustracción o retención de menores, ya sea en el caso de que se realicen por uno o ambos progenitores o por alguna de las personas con las que el menor hubiere vivido los dos últimos años.

Se consideraba una circunstancia excluyente de responsabilidad, si el menor entre los diez y dieciocho años, solicitare que una persona lo recibiera en un domicilio distinto al de los progenitores o de quien legalmente ejerciere la guarda y custodia, siempre que hubiese un peligro inminente para el menor o éste hubiera sufrido un daño. Asimismo, operaba la exclusión de responsabilidad en la sustracción o retención realizada por uno o ambos de los progenitores, que lo hiciera con el objeto de proteger al menor y evitarle un peligro, un daño o su continuación y, cuando la sustracción o la retención la realizara un tercero con el fin de evitar un peligro inminente, un daño irreparable o la muerte del menor.

Las definiciones esbozadas comprendían los tres tipos y los conceptos fundamentales de peligro y daño, con el objeto de crear un lenguaje homogéneo, del que partiera la regulación interna a realizar en cada Estado parte.³⁶⁴

Como puede verse, las agravantes contemplaban el uso de documentos falsos, la intervención de varias personas, la capacidad económica y el empleo de violencia física o moral. De la existencia de agravantes, deriva la aplicación de una pena mas severa, en atención a que el o los sujetos activos se encontraban en una situación de superioridad en relación con el menor y/o sus familiares.

Las atenuantes se referían a los supuestos de sustracción o retención de menores y se actualizarían cuando los sujetos activos fueran los padres o aquéllos con los que el menor hubiese vivido los dos últimos años. En estos supuestos se sugería una sanción leve, ya que el motivo de la sustracción o retención se basaba en el bienestar del menor.

Por su parte, las excluyentes de responsabilidad carecen de sanción, puesto que si alguien por piedad acoge a un menor para protegerlo del peligro inminente que sufre su integridad o su vida, no resultaba lógico sancionarlo.

La reparación del daño comprendía los gastos para la rehabilitación de la integridad física y psíquica del menor, así como las erogaciones a fin de reintegrar al menor a su residencia habitual.

Por su parte, en cuanto a la persecución de los delitos, en virtud de que la retención y la sustracción eran realizadas únicamente por los padres, se perseguirían a petición de parte

³⁶⁴ Cfr. MANSILLA Y MEJIA, Ma. Elena. "Aspectos Penales de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores". Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C., XVIII Seminario Nacional, Universidad de las Américas, Cholula, Puebla, octubre de 1994.

de quien legalmente tuviere la guarda y custodia del menor, a fin de evitar una mayor lesión a las partes involucradas. No obstante, en el caso del tráfico de menores simple u organizado, la persecución procedía de oficio.

Los artículos 12 y 13 del proyecto mexicano determinaron las reglas de competencia, con el señalamiento de que las autoridades facultadas de conocer serían aquéllas del territorio en el que se llevara a efecto la conducta típica, lo que se extendía a embarcaciones y aeronaves. También se consideraron los principios de nacionalidad y de *lex domicilium*, tomando en cuenta tanto al sujeto activo como al pasivo. Los Estados serían competentes para intervenir con el solo hecho de que el sujeto activo estuviese en el ámbito de su jurisdicción, o cuando no procediese su extradición.

El cuerpo de Asesores Externos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, consideró que el Estado de la nacionalidad del delincuente tendría competencia para juzgar aún cuando la conducta no se hubiera realizado en su territorio, en este sentido se evitaba que el sujeto activo del tráfico evadiese la justicia. La extradición como medida para evitar el fraude a la ley, se complementaba con normas de competencia judicial.

En tanto en cuanto el objeto del proyecto era la tutela del menor, se declaró que la Convención no restringiría de manera alguna los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, ni cualquiera otra que lo protegiera; atendiendo siempre a la aplicación prioritaria que opera bajo el principio del interés superior del niño.

En cuanto a los aspectos civiles del tráfico de menores, se consideró a la restitución del menor, la suspensión o violación de los derechos de guarda, custodia y de visita, costas judiciales, alimentos y daños patrimoniales, físicos y morales.

Un aspecto muy interesante fue el establecimiento de una Autoridad Central encargada de los trámites concernientes al tráfico internacional de menores, que debería recibir, atender y dar curso a toda denuncia o querrela ante la autoridad competente e informar periódicamente sobre el resultado de su gestión. En este sentido, cualquier autoridad de los Estados parte, debe intervenir en la localización y restitución de un menor, y notificar a la Autoridad Central.

De la Reunión de expertos asistentes a la Conferencia, celebrada en Oaxtepec en octubre de 1993, surgió el proyecto definitivo que habría de presentarse a la V Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado que se celebraría en México en 1994, en donde gloriosamente logró incluirse el título de Aspectos Penales, que comprendía los artículos del 5 al 8, en que los Estados parte se comprometían a tomar medidas eficaces para prevenir el tráfico de menores y sancionar "severamente" a quienes lo practicacen. Se reconoció el fenómeno del tráfico internacional de los menores y la urgente necesidad de prevenirlo y punirlo.³⁶⁵

Se sentaron los principios a regir en materia de competencia, en que se comprendían tres reglas genéricas; así, la jurisdicción se adquiriría por haber prevenido en el conocimiento de la denuncia y, en su defecto, conocería el juez de la residencia del menor al iniciarse el tráfico o el Estado en el que se encontrase el sujeto activo y no procediese la extradición. Se trataba de los principios de *primus tempore*, *primus jus*, de *lex domicilium* y de *transitum*, o *in situ*.

La Convención definitiva sobre el tráfico de menores se efectuó en la sede de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en marzo pasado, en donde se aceptaron los

³⁶⁵ Cfr. Proyecto de Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. (Preparado por el grupo de expertos reunido en Oaxtepec, Morelos, México, del 13 al 17 de octubre de 1993).

objetivos concretos de la misma, a saber, el de prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores.

Se define al tráfico de menores y se logró la determinación de los elementos de dicha conducta, lo que será parámetro a seguir por los Estados parte, al regular internamente el tipo de tráfico internacional de menores.

Se concretan los términos "menor", "tráfico internacional de menores" como la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.

Dentro de los "propósitos ilícitos" se incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro fin ilícito, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se halle localizado.

"Medios ilícitos" incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilegal, ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en el que el menor se encuentre.

Los Estados parte se comprometieron, en lo tocante a la asistencia mutua, a la cooperación, al establecimiento de autoridades centrales y a la remoción de obstáculos para el debido cumplimiento de la Convención, en los mismos términos del proyecto de Oaxtepec.

El artículo 9o. del capítulo II de Aspectos Penales, establece la competencia para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores, y en ese sentido, será competente el Estado parte donde tuvo lugar la conducta ilícita, el de la residencia habitual del menor, en el que se hallare el presunto delincuente si éste no fuere extraditado, y en el que se hallare el menor víctima del tráfico, alternativamente.

Tendrá preferencia el Estado parte que hubiere prevenido en el conocimiento del hecho ilícito.

Dentro de la secuencia de estos logros, el artículo 10º de la Convención retomó la figura de la extradición propuesta originalmente por México, y eliminada en el Proyecto de Oaxtepec. Se insiste en la preeminencia del interés superior del menor; prevaleciendo sobre la Convención, las medidas que los Estados parte tomen para una eficaz, pronta y expedita restitución del niño a su residencia habitual. En este sentido, si un Estado parte supedita la extradición a la existencia de un tratado y recibe una solicitud de extradición proveniente de un Estado parte con el cual no ha celebrado tratado, o no se contemple dentro de los delitos extraditables, la Convención se tomará como la base jurídica para concederla en el caso del tráfico internacional de menores.

A mayor abundamiento, en el artículo 18, ya dentro del capítulo de los Aspectos Civiles, se contemplan las adopciones y otras instituciones afines, que serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores; teniéndose siempre en cuenta el interés superior del niño.

Por su parte, la guarda y custodia serán susceptibles de revocación cuando tengan su origen o fin en el tráfico internacional de menores.

También con base en el interés superior del menor, se regular el medio de solicitar la localización y restitución de la víctima del tráfico, dejando al derecho interno de cada Estado parte, la posibilidad de determinar quiénes serán los titulares del derecho para reclamar al menor.³⁶⁶

La CIDIPV fue exitosa en el sentido formal de que el proyecto inicial de México fue retomado en varios puntos eliminados en Oaxtepec, que fueron sustento del aspecto penal que debía reunir esta Convención. En el aspecto material, el éxito radicó en el reconocimiento y toma de responsabilidad por parte de los Estados Americanos, a fin de combatir un fenómeno que día con día se incrementa e invade el campo más fecundo de la sociedad del presente, la niñez.

³⁶⁶ Cfr. MANSILLA Y MEJIA, Ma. Elena. "Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPV), celebrada en México, Distrito Federal, del 14 al 19 de marzo de 1994". Artículo que se presenta para publicación en la Revista de la Facultad de Derecho, UNAM

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Estado es el poder organizador de la sociedad colocado por encima de ella, se trata de una organización decidida por la sociedad, paralelamente a la necesidad de limitar su poder, con el fin de que su función no sea la de destruir, sino de servir a la misma.

SEGUNDA. El Estado es una organización de poder cuyo objeto debe perseguir la armónica observancia del Derecho en sociedad, debe implementar su preocupación e intervención en el fenómeno del tráfico de menores efectuado con el fin de obtener sus órganos, tejidos o cadáveres.

TERCERA. La desatención en que se mantiene a los menores y la explotación de que son víctimas, confirman la necesidad de un orden jurídico para su protección y la existencia de un sistema administrativo dentro del cual puedan moverse las autoridades, sin afectar el interés privado, para exigir el cumplimiento de las garantías que les corresponden.

CUARTA. Dentro de la regulación especial hacia los menores, el Estado debe tomar en cuenta todas aquellas conductas que los lesionan, entre las que destacan la reducción a la esclavitud, la prostitución, la explotación en cualquiera de sus formas y el tráfico de menores, con el fin de prevenirlas y sancionarlas; así como de garantizar su integridad biopsicosocial.

QUINTA. La persona que es sujeta a tráfico, es reducida también a la esclavitud como negación al derecho a la libertad y como condición de un individuo sobre el cual se ejercen los derechos de propiedad.

SEXTA. El tráfico internacional de menores siempre ha existido, lo innovador del fenómeno son los medios operativos en que se ha venido presentando.

SEPTIMA. El tráfico de menores comprende todos los actos y sistemas de obtención de infantes, menores y de adolescentes, con el objetivo de su disponibilidad absoluta; y por tanto, de su comerciabilidad, correspondiente a necesidades que van de lo irregular a lo francamente inhumano e ilegal.

OCTAVA. La disposición de órganos, tejidos y cadáveres es el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos; con fines terapéuticos, de docencia e investigación.

NOVENA. La disposición debe ser libre, de la propia persona, de los sucesores en vida o para después de la muerte, habrá de examinar sobre todo el motivo lícito, orden público y las buenas costumbres, pues la cuestión no radica en la comercialidad del cuerpo sino en la causa valiosa socialmente que la determine.

DECIMA. En consideración de la óptica de la definición clásica de la muerte, basada en la interrupción definitiva de la actividad circulatoria y respiratoria, el cuerpo humano con cerebro muerto, pero al que se mantiene la circulación y la respiración, sería una persona viva. Esto tendría como consecuencia que la extracción de órganos vitales impares de un cuerpo con cerebro muerto, pero que conserva la circulación y respiración, importaría jurídicamente dar muerte a otro.

DECIMO PRIMERA. Un individuo estará muerto cuando se llegue a la pérdida de cierta capacidad integrativa, aún cuando el resto del sistema corporal esté vivo, su corazón continúe latiendo, su sangre circulando y nutriendo e interconectando los diferentes tejidos, órganos y sistemas.

DECIMO SEGUNDA. El trasplante se entiende como la sustitución total de un órgano que se encuentra incapacitado para realizar su función; el obstáculo mayor estriba en el rechazo de los órganos, humanos o artificiales, por incompatibilidad inmunológica del organismo.

DECIMO TERCERA. La significativa desproporción entre la demanda y la oferta en el "mercado de órganos" ha puesto en un plano muy ulterior la valoración de la vida humana.

DECIMO CUARTA. La obtención de los órganos o tejidos humanos, se da mediante el comercio de la propia persona. Técnicamente es imposible concebir el sólo tráfico de órganos o tejidos: su complejidad es mayor.

DECIMO QUINTA. El gremio médico explica la improbabilidad de que el comercio de órganos o tejidos se presente, en virtud de que la conservación para la utilización óptima del material orgánico, implica la intervención de un sinnúmero de profesionales de la medicina y, lo más determinante, la vida de los órganos es extremadamente limitada y delicada; haciéndose irrealizable la resistencia a los traslados.

DECIMO SEXTA. Por otra parte, la histocompatibilidad necesaria para la implantación de órganos y tejidos, es un factor que debe comprobarse y estudiarse con una anticipación

meditada y concienzuda, lo que sería quimérico al tratar de implantar un órgano o tejido cuya proveniencia es totalmente cuestionable.

DECIMO SEPTIMA. Quienes necesitan de un trasplante están dispuestos a pagar y evitar las largas listas cuya espera de turno se puede prolongar al infinito.

DECIMO OCTAVA. En el renglón de los medios para efectuar el tráfico de menores, existe la concurrencia de diversos delitos: la privación ilegal de la libertad, plagio o secuestro, sustracción de menores, lesiones, homicidio, falsificación de documentos, falsedad de declaraciones ante la autoridad, amenazas, empleo de violencia física o moral, entre otros.

DECIMO NOVENA. Universal y regionalmente han sido reconocidos, además de los derechos protegidos por los tipos concurrentes, el de la salvaguarda de la identidad, tales como la nacionalidad, el nombre, las relaciones familiares; el de una protección especial a los menores para su desarrollo físico, mental y social; a una alimentación, vivienda y atención médica adecuadas; a ser prioritarios en recibir ayuda en cualquier caso; a la protección contra el abandono y cualquier modalidad de explotación.

VIGESIMA. Con base en la axiología, deben formularse tipos específicos que sancionen conductas violatorias de los derechos de los menores.

VIGESIMO PRIMERA. La Constitución mexicana, en sus artículos 2º, 4º, 14º, 15º y 16º, esboza un criterio de protección y maximización de garantías individuales, que incluye la protección del menor.

VIGESIMO SEGUNDA. Nuestra carta magna señala que los niños y niñas tienen derecho a satisfacer sus necesidades, a la salud tanto física como mental y a la protección. Los deudores de estos derechos son los progenitores y el Estado.

VIGESIMO TERCERA. Las medidas jurídicas y su dinamismo reflejan el grado de civilización de una sociedad, así como su evolución hacia estructuras más equitativas en donde se incluya el bienestar del menor.

VIGESIMO CUARTA. Es evidente que los actuales métodos y procedimientos nacionales de protección ameritan superar la implementación actual, pues algunos de ellos ya resultan lentos, inciertos o anticuados, y en ocasiones, contraproducentes; por lo tanto, debe evitarse el traslapo, la duplicación de instituciones, de procedimientos o de instancias.

VIGESIMO QUINTA. La necesidad de la intervención del Estado se torna básica a nivel nacional e internacional. Los intentos se han dado, especialmente a partir del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, y se refuerzan con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, cuya ratificación seguramente será universal y denota la preocupación de los pueblos por un tema que los llega a reunir: su futuro.

VIGESIMO SEXTA. El derecho internacional de los derechos humanos no existiría si los derechos del individuo se respetaran como se debe en el interior de cada Estado.

VIGESIMO SEPTIMA. Se impone una mayor relación entre las organizaciones universales y regionales, y entre las regionales mismas, y debe buscarse correlativamente una mejor armonización entre todas ellas.

VIGESIMO OCTAVA. Es necesaria la homologación y unificación de criterios a nivel internacional y no sólo regional respecto al tráfico de menores, en cuanto a terminología, puntos susceptibles de ser prevenidos y sancionados, medidas prácticas a tomar, sanciones y ejecución de éstas; así como el establecimiento de autoridades coordinadoras y ejecutoras de tales medidas.

VIGESIMO NOVENA. Las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado, son grandes pasos a nivel regional, en el afán de regular y sancionar el tema que nos ocupa; específicamente la pasada CIDIP V que trató sobre el tráfico internacional de menores.

TRIGESIMA. Es preciso insistir en la incorporación plena de las convenciones y pactos al sistema legal interno de los Estados que en ellos participan, a fin de universalizar los derechos que emanan de todos esos instrumentos.

TRIGESIMO PRIMERA. Se torna necesaria una nueva ética internacional que se concentre en el menor como fundamento de la acción para protegerle, esto es, desarrollar una auténtica filosofía aplicable a sus derechos.

PROPUESTAS PERSONALES

NIVEL NACIONAL

LEY GENERAL DE SALUD

UNICA. Se ha hecho necesaria la regulación de los trasplantes, la obtención, ablación, conservación e implantación de órganos o tejidos humanos; misma que se ha dado por la propia Ley General de Salud y hoy día por la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, excepto sangre y sus componentes. No obstante, el artículo 325 de la Ley en cita debe ser revisado en su contenido literal; proponiéndose su reforma a fin de que se derogue la parte que permite la toma de órganos, tejidos y componentes del cadáver, sin autorización o consentimiento alguno, sino con la sola orden de la necropsia. Por lo que el texto quedaría en este sentido:

"Artículo 325. Cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y los componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta Ley. Las disposiciones reglamentarias señalarán los requisitos a que se sujetará la obtención de órganos y tejidos en los casos a que se refiere este artículo."

CODIGO PENAL

PRIMERA. Se propone la creación de un artículo 310 bis, dentro de Capítulo III de las Reglas comunes para lesiones y homicidio, en el Título Décimo Noveno, de Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal, del Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal; de la siguiente manera:

"Artículo 310 bis. Se impondrán de diez a veinte años de prisión a quien efectúe o consienta el trasplante de órganos o tejidos o sus componentes si se tratare de un órgano único esencial para la conservación de la vida y no regenerable, de un cuerpo humano vivo a otro cuerpo humano vivo.

La penalidad aumentará al doble, cuando la toma de órganos se efectúe sin el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos y, en su defecto, la autorización del cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes o los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario, o a falta de los anteriores, la autoridad sanitaria.

La misma penalidad se aplicará si el consentimiento a que hace alusión el párrafo anterior, fuere otorgado por un menor, un incapaz o quien por alguna causa no pueda expresarlo libremente."

SEGUNDA. Se propone la creación en el Título Vigésimo Primero, relativo a la Privación de la Libertad y de otras Garantías, del Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, de un artículo 366-ter, con el siguiente texto:

"Se aplicará una pena de cinco a diez años a quien se apodere por cualquier medio de un menor, con el fin de trasladarlo a otro Estado o Entidad Federativa, sin el consentimiento de la persona que deba autorizarlo legalmente, o sin orden de autoridad competente de la residencia habitual del menor.

Si existiere negativa para entregar a un menor a la persona a quien le corresponda la guarda y custodia del mismo, por resolución judicial de la autoridad competente de la residencia habitual del menor, se aplicará la misma penalidad.

La penalidad será de diez a veinte años y de doscientos cincuenta a quinientos días multa, para quien ilegalmente, y con ánimo de lucro o de cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, asesore, ofrezca, reciba, traslade, asile, intercambie, anuncie, ayude, retenga o actúe como intermediario en la obtención, entrega o disposición de uno o más menores; desplazándolos fuera del Estado donde tiene su residencia habitual.

La pena aumentará el doble cuando dos o más personas en forma conjunta, eventual o permanente participen en la comisión de la conducta descrita en el párrafo anterior.

La aplicación de las penalidades anteriores, se efectuará sin perjuicio de la que se efectuare en relación a las reglas de la acumulación; privándose de los derechos hereditarios, de patria potestad, tutela o custodia, en su caso."

NIVEL INTERNACIONAL

UNICA. Se propone la celebración de un convenio en que los puntos a regular sean no solamente el del tráfico de menores, sino el de la legal obtención de sus órganos, tejidos o cadáveres; esto llevaría lógicamente a un control de la obtención, conservación e implantación de órganos y tejidos, a fin de conocer fehacientemente la proveniencia y el destino final de cualquier material orgánico susceptible de ser implantado.

En principio, se ha concebido que el derecho político externo surge de las relaciones de los Estados independientes, lo que en sí y por sí conserva la forma del deber ser, puesto que para que sea real, depende de la voluntad soberana diferenciada.

El hecho básico está constituido por la actual interdependencia de las naciones, esencialmente económica, y no políticamente concertada, voluntaria y organizada; porque ha nacido a causa del mero progreso técnico o material, y no debido a un proceso racional genuinamente político y simultáneo.

Mientras no se haya formado una sociedad política mundial pluralista, siguen siendo los cuerpos particulares conformados por la historia las solas unidades políticas que han realizado el concepto de sociedad perfecta, aún cuando se vayan quedando cortas; lo óptimo es lograr un Estado obligado en justicia a respetar las libertades -esenciales para el bien común mundial- de la vida política, moral y cultural, que serán sus partes más valiosas.

La realidad política fundamental no es el Estado, sino el cuerpo político con sus múltiples instituciones, la diversas comunidades que encierra y la moral común que de él emana. El

cuerpo político es el pueblo organizado bajo leyes justas. El concepto de Estado se ha llegado a reducir a ser el organismo particular especializado en aquellas cuestiones relativas al bien común de una parte y no del todo, con funciones meramente instrumentales: velar por el orden público, poner en vigor las leyes, detentar el poder sólo en nombre del pueblo y de hallarse bajo la fiscalización de éste.

Es óptima la formación de una comunidad de los pueblos de la tierra y considerar su sometimiento a una unidad pluralista, con el sentimiento del bien común mundial, que supere el peculiar a cada Estado concreto. Lo anterior sería el resultado de un proceso creciente, en que participen las instituciones oficiales y privadas interesadas en cualquier tipo de acercamiento y cooperación internacionales, pero en que el papel esencial correspondería a cargo de la voluntad del pueblo de cada nación, que barriese los mitos de los Estados como personas soberanas, los prejuicios de los gobiernos, los infortunios, la fatiga, la lentitud del razonamiento y los naturales egoísmos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALTHUSIUS, Johannes. "La Política", Trad., introducec. y notas críticas de Primitivo Mariño, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

ARISTOTELES. "La Política", 19ª ed., Espasa-Calpe Mexicana, México, 1989.

BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. Comentario al Artículo Cuarto Constitucional, en "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada". Serie de Textos Jurídicos, Biblioteca Popular de la Ciudad de México, México, 1990.

BODIN, Jean. "Six Books of the Commonwealth", Abridged and translated by M.J. Tooley, Basil Blackwell, Oxford.

BOTERO, Giovanni. "La Razón del Estado y otros escritos", Tr., Notas y Bibliografía por Luciano de Stefano; Universidad de Venezuela, Serie Antológica del Pensamiento Político 3, Caracas, 1962.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías del Gobierno en el Constitucionalismo Mexicano. Sinopsis Histórica". Procuraduría General de la República, México, 1985.

----- "Las Garantías Individuales". Editorial Porrúa, 11a. ed., México, 1978, pág. 548-9

CASTRO VILLAGRANA, Bernardo. "Los Trasplantes de Corazón. ¿ciencia o aventura?" Edit. Nuestro Tiempo, México, 1970.

CORDOVA, Arnaldo. "Sociedad y Estado en el Mundo Moderno", 15ª ed., Colección Enlace, Edit. Grijalbo, México, 1989.

DUGUIT, León. "Traité de Droit Constitutionel", T. I., 3ª ed., Ancienne Libr. Fontemoing, París, 1927.

DURKHEIM, Emile. "An institutional analysis", The heritage of sociology, University of Chicago; Edit. Traugott, Mark; Chicago, 1978

FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Juicio de Amparo" (estudios) en la parte titulada: la jurisdicción constitucional mexicana, Edit. Porrúa, México, 1964.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil", Primer Curso, Parte General, Personas, Familia, 1a. ed., Edit. Porrúa, México, 1973.

GARCIA-GALLO, Concepción. "Sobre el ordenamiento jurídico de la esclavitud en las Indias españolas", Anuario de Historia del Derecho Español, t. L, núm. 1, Madrid, 1980.

HIAURIOU, Maurice. "Principios de Derecho Público y Constitucional", Tr., Est. Prelim., Notas y Adiciones, por Carlos Ruiz del Castillo, S.N.E., Edit. Reus, Madrid, 1927.

HAYWARD, John A. "Historia de la Medicina", Fondo de Cultura Económica, Colecc. Breviarios, No. 110, 2a. ed., México, 1956.

HEGEL, George Wilhelm Friederich. "Filosofía de la Historia Universal", Buenos Aires, 1946.

LEVENE R. y ZAFFARONI E. "Los Códigos Penales Latinoamericanos". Tomo II, Editorial a Ley, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1978.

LOCKE, John. "Ensayos sobre el Gobierno Civil", 3ª ed., Ediciones Nuevomar, México, 1989.

LUDWIG ENNECCERUS, Theodor Kipp y WOLFF, Martin. "Tratado de Derecho Civil", T.I., parte general, Vol. I, Edit. Bosch.

LÜTTGER, Hans. "Medicina y Derecho Penal", Trad. Enrique Bacigalupo, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil". T. I, Edit. Porrúa, México, 1987.

-----"Instituciones de Derecho Civil", T. III, Edit. Porrúa, México, 1988.

MAQUIAVELO, Nicolás. "Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio", S.N.E., Obras Políticas, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971, pág. 63

-----"El Príncipe", Obras Políticas, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.

MARTINEZ MURILLO, Salvador y Luis Saldívar. "Medicina Legal", 13a. ed., Edit. Francisco Méndez Oteo, México, 1985.

MARX, Carlos. "Sobre la Cuestión Judía", La Sagrada Familia y otros escritos, S.N.E., México, 1959.

OCHOA CAMPOS, Moisés. "La Reforma Municipal", 4ª ed., Edit. Porrúa, México, 1985.

PAZ, Octavio. "Tiempo Nublado". Sudamericana Planeta, Barcelona, 1983.

QUIROZ CUARON, Alfonso. "Medicina Forense", 6a. ed., Edit. Porrúa, México, 1990.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús. Comentario al Artículo 2º constitucional. En "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada". Serie de Textos Jurídicos, Biblioteca Popular de la Ciudad de México, México, 1990.

-----Comentario al Artículo 15º constitucional. En "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada". Serie de Textos Jurídicos, Biblioteca Popular de la Ciudad de México, México, 1990.

-----Comentario al Artículo 17º constitucional. En "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada". Serie de Textos Jurídicos, Biblioteca Popular de la Ciudad de México, México, 1990.

SEPULVEDA, César. "Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos". Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Manuales 91/7, México, 1991.

-----"Derecho Internacional", Edit. Porrúa, México, 1984.

TRAVIESO, Juan Antonio. "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Edit. Heliasra SRL, Buenos Aires, Argentina, 1990.

TRIAS, Miguel. En su prólogo a la obra de Mauricio Luna Bisbal, "Trasplantes (Bases para una legislación)", Edit. Temis, Bogotá, 1974.

UNICEF. "Situación de la Infancia en América Latina y el Caribe". Oficina Regional para las Américas. Edit. Universitaria, Santiago de Chile, 1979.

VEERMAN, Philip E. "The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood." Martinus Nijhoff Publishers, International Studies in Human Rights, Vol. 18, Netherlands, 1992.

WEBER, Max. "Economía y Sociedad". Esbozo de sociología comprensiva, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

REVISTAS

1994 UNICEF Informe Anual. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Junta Ejecutiva.

ABARCA LANDERO, Ricardo. "El Tráfico de Menores". Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. ed., Estudios Doctrinarios, Serie G, Núm 126, México, 1990.

ADATO DE IBARRA, Victoria. "Derecho Procesal de Menores y la Constitución". Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. ed., Estudios Doctrinarios, Serie G, Núm 126, México, 1990.

AREEN, Judith. "A scarcity of Organs". Journal of Legal Education, Vol. 3, No. 4, Iowa City, IA, EUA, December, 1988.

ARGÜERO SANCHEZ, Rubén. "Impacto del Trasplante de Corazón en Nuestro Medio". Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal, ITAM, Junio de 1991.

ARROYO DE ANDA CARRANZA, Guillermo. "Comentarios y Reflexiones". Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal, ITAM, Junio de 1991.

BARCENA, Andrea. "Carta Latinoamericana de los Derechos de los Niños". El Universal, 16 de octubre, 1988. Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992.

-----"Convención Internacional sobre los Derechos del Niños. El mundo se pone de acuerdo cuando piensa en los pequeños". El Universal, 30 de octubre de 1988. Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992.

-----"Tráfico de menores: adopciones, esclavitud y saqueo". El Universal, bajo el título "Tráfico de menores: adopciones, esclavitud, saqueo, canibalismo...", 16 de junio de 1990. Textos de Derechos Humanos sobre la Niñez. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1992.

BARRAGAN GARCIA, Rodolfo. Departamento de Cirugía, Instituto Nacional de Cardiología "Ignacio Chávez". "Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano. Congreso Panamericano de Derecho Sanitario. Memoria", Secretaría de Salud, Organización Panamericana de la Salud, México, 1989.

BARTOLOMEI, María Luisa. "Niños en situaciones de alto riesgo en el Perú". Informe referente al Cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Perú, Suecia, 1993.

BERUMEN PAULIN, Carlos E. "Funciones de la Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia". Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 126, 1ª ed., México, 1990.

BORDES AZNAR, Javier. "Sistemas de Organización, Obtención y Distribución de Organos con Fines de Trasplante", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal, ITAM, México, 1991.

CABELLO ARCE, María Beatriz. "Perú. El Tráfico de los Niños: mención especial a la adopción". Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1993.

DANIELS, Linda B. "Commercialization of Human Tissues: Has biotechnology Created the need for an expanded Scope of informed consent?" Californian Western Law Review, Vol. 27, No. 1, Sn. Diego, Cal, 1990-1.

DAVALOS MORALES, José. "Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano". Congreso Panamericano, Memorial, Sría. de Salud, Organización Panamericana de la Salud, México, 1989.

DE LA MADRID, Miguel. "El Marco Legislativo para el Cambio", Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República, Sept-Dic 1983, Vol. 6, México, 1984.

DE VITA, Michael A. et al. "History of Organ Donation by Patients with Cardiac Death", Kennedy Institute of Ethics Journal, Johns Hopkins University Press, Vol. 3, No. 2, Washington, 1993.

DIB KURI, Arturo. "Programa Nacional de Trasplantes", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplante de Organos y Derecho Penal, ITAM, México, 1991.

----- "Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano", Congreso Panamericano de Derecho Sanitario, Memoria, Secretaría de Salud, Organización Panamericana de la Salud, México, 1989, pág. 18

FUENZALIDA-PUELMA, Herman L. "Trasplante de órganos, la respuesta legislativa de América Latina", Bioética, temas y perspectivas. Publicación científica, No. 527, Organización Panamericana de la Salud, Washington D.C., E.U.A., 1990

GARCIA MORENO, Víctor Carlos. "Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 126, 1ª ed., México, 1990.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Justicia y Reformas Legales", Reformas normativas, No. 14, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1985.

GARCIA ROJAS, Fernando. "La disponibilidad, la viabilidad y la pérdida de la viabilidad de los tejidos postmortem para trasplante de órganos", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal, ITAM, Junio de 1991.

GERSON, W.N. "Refining the law of organ donation: lessons from the french law of presumed consent", Journal of International Law and Politics, No. 19, New York University.

GOMEZ SANDOVAL, Fernando. "Las Normatividades y el Cambio Social", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal. ITAM, Junio de 1991.

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. "Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños. Informe Final", Unidad de Asuntos Jurídicos, OEA, Montevideo, Uruguay, 1994.

JARDINE, Daniel G. "Liability Issues Arising out of Hospitals and Organ Procurement Organizations Rejection of Valid Anatomical Gifts: the truth and consequences", Wisconsin Law Review, Wisconsin Lawyers, Mutual Insurance Company, Vol. 1990, No. 6.

KEISER, Randall B. "Does this hurt? Constitutional Challenges of Damage Caps and the Review Panel Process in Medical Malpractice Actions in Louisiana", Louisiana Law Review, Vol. 51, No. 6, Baton Rouge, Louisiana, EUA, July 1991.

LABARDINI MENDEZ, Fernando. "El Concepto Normativo de Muerte", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1991

LIBRANDO, Vito; Franco Mosconi y Dino Rinoldi. "Tempi Biblici per la Ratifica dei Trattati", Pubblicazioni della Università di Pavia. Facoltà di Giurisprudenza, Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Nuova Serie, Vol. 72, Casa Editrice Antonio Milani, Italia, 1993.

LOPEZ ECHEVERRY, Ovidio. "Situación, Naturaleza y Perspectivas del Proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño", Derechos de la Niñez, Instituto de

Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 126, 1ª ed., México, 1990.

LYNN, Joanne. "Are the Patients Who Become Organ Donors under the Pittsburgh Protocol for "Non-Heart-Beating Donors" Really Dead?", Kennedy Institute of Ethics Journal, Johns Hopkins University Press, Vol. 3, No. 2, Washington, 1993.

MADRAZO CUELLAR, Jorge. "Discurso Inaugural del Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, al Coloquio sobre los Derechos de la Niñez", Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 126, 1ª ed., México, 1990.

MADRAZO, Ignacio. "Muerte Cerebral", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal. Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 1991.

MANSILLA Y MEJIA, Ma. Elena. "Aspectos Penales de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores", Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C., XVIII Seminario Nacional, Universidad de las Américas, Cholula, Puebla, octubre de 1994.

-----"Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPV), celebrada en México, Distrito Federal, del 14 al 19 de marzo de 1994". Artículo que se presenta para publicación en la Revista de la Facultad de Derecho, UNAM

MANTEROLA MARTINEZ, Alejandro. "De la Pluralidad a la Unidad Legislativa en Materia de Protección de Menores", Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Estudios Doctrinales, Serie G, No. 126, México, 1990.

MARTINEZ, Sanjuana. "El Comercio de Organos de Niños Mexicanos, por miseria, indiferencia, corrupción e impunidad: Martín Medem", Revista Proceso, No. 918, 6 de junio de 1994.

-----"Está confirmado en México el tráfico de órganos infantiles: Organización Mundial contra la Tortura", Revista Proceso no. 907, 21 de marzo de 1994.

-----"Niños de repuesto: México exporta a Estados Unidos unos 20,000 al año. Publican en España un libro sobre el tráfico de órganos", Revista Proceso No. 918, 6 de junio de 1994.

MAAS, Noel. "Necesidad de establecer normas para la Transferencia de Piezas Anatómicas entre Humanos", Revista del Colegio de Abogados de la Plata, Año XI, No. 24, Argentina 1970.

MIER Y TERAN, Salvador. "Noción Ontológica, Jurídica y Formal de la Persona Humana y el Derecho a la Vida", Revista de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 15, No. 15, México, 1991.

MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo. "Aspectos Generales de la Ley de Salud", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal. ITAM, Junio, 1991.

MOLLARET, Paul y M. Goulon. "Le coma dépassé", Revue de Neurologie, No. 3, París, 1959.

MORALES, Sonia. "En la OEA, por fin un logro: se reconoce que existe el tráfico de menores", Revista Proceso no. 907, 21 de marzo de 1994.

ORNELAS K., Luis Fausto. "Adopción Internacional de Menores", Revista Jurídica, Poder Judicial del Estado de Chihuahua, Año 4º, No. 6, Primavera 1992, Chihuahua, Chihuahua.

ORTIZ AHLF, Loretta. "Los Derechos Humanos del Niño", Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 126, 1ª ed., México, 1990.

OSCOS SAID, Gisela A. "Donación de Organos: la búsqueda incierta de la inmortalidad", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 15, No. 15, México, 1991.

PEREZ DUARTE Y N., Alicia Elena. "La Declaración de los Derechos del Niño y el Proyecto de Convención ante la Procreación Asistida", Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 126, 1ª ed., México, 1990.

PRINCIPIOS Y PROGRAMAS DE ACCION DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE PROTECCION Y PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS ADOPTADOS EN VIENA, AUSTRIA, EL 16 DE JUNIO DE 1993. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Gaceta 93/37, agosto de 1993, México, págs. 25 a 52

RETA, Adela. "Desaparición, Tráfico y Venta de Menores en el Uruguay", Instituto Interamericano del Niño, OEA, Montevideo, Uruguay, 1994.

RODRIGUEZ DEL POZO-ALVAREZ, Pablo A. "La Determinación de la Muerte, Problemas Morales y Jurídicos", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Año 15, No. 15, México, 1991.

SANGUINA MADARIAGA, Alirio. "Trasplante de Componentes Anatómicos en los Seres Humanos", Estudios de Derecho, Segunda Epoca, Vol. XLIII, Año XLV, Nos. 105-106, Marzo-Sept., Medellín, Colombia, 1984.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. "La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el Actual Derecho Internacional Privado Interamericano", INFANCIA, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, OEA, No. 232, T. 65, Montevideo, Uruguay, agosto 1993.

TERAN LOMAS, Roberto. "Los Trasplantes de Organos ante el Derecho Penal", Revista Jurisprudencia en Argentina, No. 4544, Buenos Aires, Argentina, 1974.

VAZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. "Régimen Jurídico de la Adopción Internacional de Menores. (Aspectos fundamentales de su régimen convencional de origen internacional y algunos problemas que plantea su régimen interno)", Derechos de la Niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie G, Estudios Doctrinales, núm. 126, 1ª ed., México, 1990.

VAZQUEZ SALAS, Leonardo. Jefe de la Unidad de Trasplante Renal del Hospital de Especialidades, Centro Médico Nacional, Instituto Mexicano del Seguro Social. "Taller Intersectorial de Derecho Sanitario Mexicano. Congreso Panamericano de Derecho Sanitario. Memoria", Secretaría de Salud, Organización Panamericana de la Salud, México, 1989.

VELA TREVIÑO, Sergio. "Parte Jurídica", Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal. Instituto Tecnológico Autónomo de México, Junio de 1991.

VISENTIN, Donatella. "Confronto tra la normativa vigente in materia di trapianti ed il disegno di lege n. 232/A sulla 'nuova disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto : un passo avanti per incrementare il numero degli interventi, o un gran passo indietro?", Il Diritto di Famiglia e delle Persone, Anno XVIII, No. 3, Luglio-Settembre, Milano, Italia, 1989.

VOLPER, Enrique. Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas sobre Trasplantes de Organos y Derecho Penal, ITAM, Junio de 1991.

HEMEROGRAFIA

AGUILAR CORTES, Marco Antonio. "Organos Humanos: Compraventa de Niños", Excelsior, México, 24 de junio de 1988.

"Capturan a una pareja israelí y a un pediatra, acusados de Tráfico de Menores en Guatemala". El Sol de México, México, 8 de febrero de 1989.

CASTREJON, Fernanda. CNCN, 7 de abril de 1994.

"Continúa el operativo". Diario Noticias, Asunción, Paraguay, 10 de agosto de 1988.

"En Estados Unidos no hay Clínicas de Descuartizamiento de Niños del Tercer Mundo: Terry Kneebone. Según R. Godoy en Los Angeles se trafica con órganos Humanos", El Universal, 14 de abril de 1994.

"En México hacen los trasplantes". Diario Noticias, Asunción, Paraguay, 24 de agosto de 1988.

KAPLAN, Barbara. "Occidental Couples Apply to Asia and Latin America to occupy cradles at home", News Week, México, 6 de junio de 1988.

"Las Adopciones de Bebés, motivo polémico en Paraguay", El Universal, El Universal, México, 10 de agosto de 1988.

TAMEZ, Mario. "Escándalo. Trafican con Bebés". Ovaciones Express, México, 10 de julio de 1988.

TORNEL MORENO, Arturo. "Escandaloso Tráfico de Niños Mexicanos a E.U.", La Prensa, México, 18 de septiembre de 1989.

"Tráfico de Bebés: Un nuevo caso". Diario Noticias, Asunción, Paraguay, 9 de agosto de 1988.

"Trasladan a menores nigerianos a Gabón, para trabajar como esclavos", EL UNIVERSAL, Domingo 15 de mayo de 1994.

"Un millón de niños en situación de esclavos", La Jornada, México, 8 de agosto de 1989.

DICCIONARIOS

DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho", 2a. ed., Edit. Porrúa, México, 1970.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO UNIVERSAL. Ediciones y publicaciones CREDSA, Barcelona, España, 1969.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española, 20a. ed, Edit. Espasa Calpe, Madrid, 1989, pág. 1327

DICCIONARIO PRACTICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Ediciones Grijalbo, Barcelona, 1990, pág. 971

DIZIONARIO DI FILOSOFIA. Trad. Alfredo N. Galetti, 2a. ed., Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Edit. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1986.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada", Serie de Textos Jurídicos, Biblioteca Popular de la Ciudad de México, México, 1990.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Legislación sobre Derechos Humanos, Edit. Porrúa, 2ª ed., México, 1994.

CONFERENCIA INTERAMERICANA SOBRE PROBLEMAS DE LA GUERRA Y DE LA PAZ, celebrada en Chapultepec, México, en febrero y marzo de 1945.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Naciones Unidas, 1989, Secretaría de Relaciones Exteriores, Consultoría Jurídica.

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES. Montevideo, Uruguay, 15 de julio de 1989. (Aprobada por la Cámara de Senadores, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de 6 de julio de 1994).

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Naciones Unidas, 1989, Secretaría de Relaciones Exteriores, Consultoría Jurídica.

CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION DEL NIÑO Y A LA COOPERACION EN MATERIA DE ADOPCION INTERNACIONAL. La Haya, 29 de mayo de 1993. (Aprobado por la Cámara de Senadores, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de 6 de julio de 1994).

CONSTITUCION DE LA ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD. Arreglo concluido entre los gobiernos representados en la Conferencia Internacional de la Salud. Nueva York, 22 de julio de 1946, Relaciones Exteriores

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. Legislación sobre Derechos Humanos, Edit. Porrúa, 2ª ed., México, 1994.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Legislación sobre Derechos Humanos, Edit. Porrúa, 2ª ed., México, 1994.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. Legislación sobre Derechos Humanos, Edit. Porrúa, 2ª ed., México, 1994.

PROYECTO DE CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LOS ASPECTOS PENALES Y CIVILES DE LA SUSTRACCION, RETENCION ILEGAL Y TRAFICO DE MENORES. México.

PROYECTO DE CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES. (Preparado por el grupo de expertos reunido en Oaxtepec, Morelos, México, del 13 al 17 de octubre de 1993).

QUINTA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Secretaría de Relaciones Exteriores/S.R.E./OEA/CIDIPV. México, marzo de 1994.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. 8ª ed., Edit. Miguel Angel Porrúa, México, 1989, pág. 128

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FEDERAL. 3ª ed., Edit. Sista, México, 1994.

LEY GENERAL DE SALUD. Editorial Sista, México, 1994.

REGLAMENTO INTERIOR DE LA SECRETARIA DE SALUD. Editorial Sista, México, 1994.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS. Diario Oficial de 20 de febrero de 1985.

REGLAMENTO DEL BANCO DE OJOS DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS SERVICIOS MEDICOS DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL. Diario Oficial de 8 de enero de 1975.

REGLAMENTO FEDERAL PARA LA DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS. Diario Oficial de 16 de agosto de 1976.