



137
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
2ED

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

DELITO DE TRAFICO DE ORGANOS
(ART. 462 FRACC. II DE LA LEY GENERAL DE SALUD)

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LETICIA GALVAN ORTEGA

SAN JUAN DE ARAGON, MEX.

1985

FALLA DE ORIGEN



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 está 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.

LE DOY GRACIAS A DIOS, POR DEJARME
LLEGAR A LA PUERTA DE UNA DE MIS METAS.

Y QUE ABRE UNA NUEVA ETAPA DE
MI VIDA Y QUE A TRAVES, DE TODO ESTE
TIEMPO HE COMPRENDIDO QUE SIEMPRE HAY
QUE ESTORZARSE, Y DAR LO MEJOR DE UNO
PARA CONSEGUIR LO QUE UNO QUIERE SER.

A MIS PADRES QUE POR ELLOS SOY
LO QUE SOY, POR DIGERIR MIS CAMBIOS
Y POR MARCARME LA SENDA PARA PODER
VALERME POR MI MISMA.

A TODA MI FAMILIA, LA CUAL
RECONOZCO, COMO EL MAYOR TESORO QUE
TENGO POR QUERERME TAL Y COMO SOY,
CON VIRTUDES Y DEFECTOS.

...A TI POR DARME EL ANIMO PARA
SEGUIR, POR TU PACIENTE AMOR Y
COMPRESION.

LES AGRADEZCO LA CONFIANZA QUE
DEPOSITARON EN MI.

GRACIAS A TODOS.

I N D I C E

DELITO DE TRAFICO DE ORGANOS.
(ART. 462 FRACC. II, DE LA LEY GENERAL DE SALUD.)

INTRODUCCION.

C A P I T U L O I

| ANTECEDENTES. | PAG. |
|---|------|
| 1.- REFERENCIAS HISTORICAS. | 1 |
| 2.- CONCEPTO DE TRAFICO DE ORGANOS. | 5 |
| 3.- POSIBILIDADES TECNICAS DE LOS TRANSPLANTES DE ORGANOS. | 6 |
| 4.- NECESIDAD DE TRANSPLANTES DE ORGANOS. | 7 |
| 5.- TRANSPLANTES DE ORGANOS EN MEXICO | 8 |
| 6.- CONCEPTO DE PERSONALIDAD. | 9 |
| 6.1.- CARACTERISTICAS. | 10 |
| 6.2.- CLASIFICACION. | 13 |
| 7.- INICIO Y TERMINO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS EN EL DERECHO MEXICANO. | 14 |

C A P I T U L O I I

DERECHO DEL DISPONER DE UN CUERPO

| | |
|---|----|
| 1.- DERECHO A LA DISPOSICION DEL PROPIO CUERPO. | 17 |
| 2.- DERECHO A DISPONER DE LAS PARTES SEPARADAS DEL CUERPO. | 18 |
| 3.- DERECHO A LA DISPOSICION DEL CUERPO | 20 |

| | |
|---|----|
| 4.- EXTRACCION DE ORGANOS PARA TRANSPLANTES TERAPEUTICOS. | 22 |
| 5.- DONACION POST-MORTEUM | 24 |
| 5.1.- CONSENTIMIENTO O VOLUNTAD DEL DONANTE. | 25 |
| 5.2.- CONSENTIMIENTO O AUTORIZACION DE ALGUN FAMILIAR DIRECTO | 25 |
| 6.- DONACION ENTRE VIVOS. | 26 |
| 7.- REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR LOS TRANSPLANTES DE ORGANOS. | 30 |
| 8.- LEGISLACION APLICABLE A LOS TRANSPLANTES DE ORGANOS EN MEXICO. | 31 |
| 9.- DISPOSICION DE ORGANOS. | 43 |
| 10.- EL REGISTRO NACIONAL DE TRANSPLANTES | 44 |
| 11.- CRITERIO DE CERTEZA DE MUERTE. | 45 |

C A P I T U L O I I I

ELEMENTOS DEL TIPO DEL DELITO DE TRANSPLANTES DE ORGANOS.

| | |
|--|----|
| 1.- TIPO PENAL. | 50 |
| 2.- ELEMENTOS DEL TIPO. | 51 |
| 2.1.- GENERALES. | 51 |
| 2.2.- ESPECIALES | 52 |
| 3.- ELEMENTOS GENERALES | 52 |
| 3.1.- SUJETO ACTIVO. | 52 |
| 3.2.- SUJETO PASIVO. | 56 |
| 3.3.- EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO | 58 |
| 3.4.- EL OBJETO MATERIAL | 59 |
| 3.5.- LA CONDUCTA. | 61 |
| 3.6.- EL RESULTADO | 64 |

| | |
|---|----|
| 4.- ELEMENTOS ESPECIALES. | 66 |
| 4.1.- MEDIOS DE COMISION - REFERENCIA TEMPORAL, ESPACIAL Y OCASIONAL | 66 |
| 4.2.- NORMATIVIDAD O ANTIJURICIDAD | 69 |
| 4.3.- ELEMENTOS SUBJETIVOS DOLO, ESPECIFICO. | 71 |
| 4.4.- CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO, PASIVO, OBJETO MATERIAL. | 73 |
| 4.5.- CANTIDAD DEL SUJETO ACTIVO, PASIVO, OBJETO MATERIAL. | 80 |

C A P I T U L O I V

ELEMENTOS DEL DELITO

| | |
|---|-----|
| 1.- CONCEPTO DE DELITO. | 87 |
| 2.- CONCEPCION DEL DELITO | 88 |
| 3.- ELEMENTOS DEL DELITO. | 90 |
| 4.- LA CONDUCTA - AUSENCIA DE CONDUCTA. | 92 |
| 5.- TIPICIDAD - ATIPICIDAD. | 99 |
| 6.- ANTIJURICIDAD - CAUSAS DE JUSTIFICACION | 103 |
| 7.- IMPUTABILIDAD- INIMPUTABILIDAD. | 110 |
| 8.- CULPABILIDAD - INculpABILIDAD | 115 |
| 9.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD - AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. | 121 |
| 10.- PUNIBILIDAD - EXCUSAS ABSOLUTORIAS | 123 |

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.

ANEXO 1

ANEXO 2

I N T R O D U C C I O N .

En este trabajo de investigación, estudiaremos El Delito de Tráfico de Organos, el cual consta de cuatro capítulos, en los que a través de éstos analizaremos el desarrollo de los Transplantes de órganos desde sus inicios y la necesidad de legislar sobre estos.

De la manera que se han ido desarrollado nuevas técnicas, sobre transplantes de órganos, así también como se ha tenido que ir legislando sobre los mismo.

En el Primer Capítulo, comprenderá, desde los inicios de los transplantes el cual fuera, la primera transfusión de sangre de cordero que se le hizo a un ser humano, hasta llegar a los más complicados transplantes de órgano, que sean hecho tanto en otros países, como en México. Así como la necesidad de los mismos. Y los problemas que fueron dando a través de la aceptación de transplantar órganos humanos ya sea de personas vivas o en su caso de cadáveres; a personas que estuvieran enfermas de algún órgano.

En el Segundo Capítulo, analizamos el derecho del disponer de un cuerpo humano, tanto al estar vivo, ya sea que el mismo sujeto pretenda donar algún órgano de su cuerpo en vida, cuando haya consentimiento por parte de éste, o cuando haya muerto y este haya dejado autorización para extraerle algún órgano. Y el derecho que tienen los familiares de oponerse o dar su consentimiento para que a su familiar le sea extraído algún órgano de su cuerpo, o la misma ley, del disponer de un cadáver ya sea, con fines de transplante o terapéutico Así como los requisitos que deben de satisfacerse para el Transplante de órganos, cuando es entre personas vivas, o en su caso muertas, o partes de estos, cuando sean necesarios. Y los cuales no deben

ser objeto de lucro por no estar dentro del comercio y por estar protegidos por la ley pues la donación de órganos es altruista pero sin afectar la vida de las personas o atentar contra la integridad corporal de los cadáveres.

En el Tercer Capítulo, estudiaremos los Elementos del Tipo, que van a integrar, el delito, en mención y según como vayan apareciendo irán teniendo su importancia toda vez que para que se integre el delito de Tráfico de órganos, se tienen que cumplir todos y cada uno de estos, pues al faltar algún elemento como sería el Sujeto Activo, el cual va a desarrollar una conducta que es ilícita, El Sujeto Pasivo es quien la va a sufrir, El Bien Jurídico Protegido, es lo que va a proteger la Ley, por medio de la norma, El Objeto Material, es aquello en lo que recaerá la conducta del Sujeto Activo, La Conducta, es la que se va a adecuar a la norma descrita por el Legislador, El Resultado será la sanción que se aplicará a la conducta descrita en el tipo. Y al faltar alguno de estos no se podría configurar dicho delito en mención, que encuadra el legislador para poder decir que es un delito y que va en contra de lo dispuesto por la misma Ley.

En el Capítulo Cuarto, estudiaremos los elementos del delito, los cuales son: La Conducta - Ausencia de Conducta, Tipicidad - Atipicidad, Antijuricidad - Causas de Justificación, Imputabilidad - Inimputabilidad, Culpabilidad - Inculpabilidad, Condiciones Objetivas de Punibilidad - Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad, Punibilidad - Excusas Absolutorias

En este capítulo aplicaremos, tanto los elementos del tipo como los del delito para poder, adecuarlos concretamente al caso específico que es el del Delito De Tráfico de Organos, Art. 462 Fracc. II. Así también se estudiara el aspecto positivo y negativo de cada uno de los elementos del delito y trataremos

en su aspecto negativo, en algunos casos en los que por ejemplo se podría dar la inimputabilidad, como sería en los menores de edad, o en los que sufren trastornos mentales transitorios, y en estos casos podrían vender algún órgano, tejido o parte de su cuerpo y lo cual afectaría su propia vida; o en su caso cuando alguien por necesidad recurriera a comprar algún órgano, tejido o parte de un cuerpo humano, sin saber la procedencia del mismo, y entonces estaremos en presencia del Delito de Comercio de Organos.

Por consiguiente, se aplicará a cada uno de estos sujetos diferentes sanciones, de acuerdo al grado de culpa y responsabilidad que tuvieran estos, ya que a un menor de edad o a una persona que esta mal de sus facultades mentales no se le puede dar la misma sanción que a una persona que esta bien de sus facultades mentales.

Con este último capítulo damos por terminado el presente Trabajo de Investigación, sobre el Delito De Tráfico De Organos. (Art. 462 Fracc. II. De La Ley General de Salud.)

C A P Í T U L O I

A N T E C E D E N T E :

- 1.- REFERENCIAS HISTORICAS
- 2.- CONCEPTO DE TRAFICO DE ORGANOS
- 3.- POSIBILIDADES TECNICAS DE LOS TRANSPLANTES DE ORGANOS
- 4.- NECESIDAD DE TRANSPLANTES DE ORGANOS
- 5.- TRANSPLANTES DE ORGANOS EN MEXICO
- 6.- CONCEPTO DE PERSONALIDAD
 - 6.1. Características
 - 6.2. Clasificación.
- 7.- INICIO Y TERMINO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS EN EL DERECHO MEXICANO.

1.- REFERENCIAS HISTORICAS.

Los intentos para llevar a cabo los trasplantes de órganos y tejidos en los seres vivos, ya sea de la misma o de distinta especie son muy antiguos.

Sin embargo, el avance de la ciencia médica en el presente siglo ha permitido su aplicación práctica, siendo en algunas ocasiones, incluso hasta rutinaria.

Indudablemente el primer injerto de gran relevancia fue el de la sangre reconociéndosele al Doctor Dennis en 1667, cuando en la ciudad de París utilizó sangre de cordero para llevar a cabo su mérito. El procedimiento intentado por Dennis, fue realizado en repetidas ocasiones sobre todo en los casos de accidentes graves, obligando al Tribunal de Chatelet a dictar penas para quienes practicaron este método.(1)

En 1825 Blondell, propuso la utilización de sangre humana para llevar a cabo las transfusiones, con lo que disminuyeron las quejas en este sentido. Landsteiner, dió seguridad a este procedimiento, cuando en 1900 dió a conocer los tipos sanguíneos.

Son Alexis Carrel y Guthrie entre 1901 y 1902, los que hicieron realidad la técnica para llevar a cabo la sutura de los vasos sanguíneos, en los seres vivos, haciendo con este método viable el trasplante de órganos.(2)

En 1957, se llevó a cabo, el primer trasplante de riñón realizado en unos mellizos por el Dr. David Hume, en Boston E.U.A.

- (1) Dictamen De La Academia Mexicana De Cirujía Sobre El Trasplante De Organos. Criminalia Nº XXXV, ed. Botas Ed. Gabriel Botas, Bogotá - Colombia. 1969 p.77.
- (2) cit. pos. Najariam John Richard "orga Transplation Médical -- Perspective" Enciclopedya Of. Bloetchica New York; Free Press 1978. p. 460.

En la Universidad de Missisipi, el Dr. Hardg realizó por primera vez un trasplante de corazón en un ser humano, fue un xenotrasplante utilizando el corazón de un chimpancé, que pudo mantener la circulación en su receptor por espacio de 60 minutos.

Poderosamente llama la atención del mundo, el primer trasplante de corazón entre dos seres humanos en 1967, llevado a cabo por el Doctor Sudafricano Christian Barnard, manteniéndose vivo el receptor 18 días.

En noviembre de 1984, el Dr. Deuries implantó un corazón artificial llamado igual que su inventor (Jarvik-7) elaborado de plástico y metal con un costo aproximado de 15,000 dólares, en Louisuille E.U.A.

Es importante hacer notar que el 13 de marzo de 1968, se pretendió en México, llevar a cabo el primer trasplante cardíaco en el Hospital General del Centro Médico Nacional, dependiente del IMSS, por los Doctores Javier Palacios Macedo, Carlos Gaos, Miguel Cossío Pascal y Carlos Esperanza, suspendiéndose minutos antes por una orden de la Dirección del Instituto, pues se debía resolver primeramente los problemas médicos-legales.(3)

Es hasta 1988 que el Dr. Miguel Agüero, realiza el primer trasplante de corazón en nuestro país, siguiéndosele seis o siete casos entre 1989 y 1990, destacándose por el elevadísimo costo de esta cirugía.

Es una realidad que en México se han interesado diferentes especialistas en el tema y que se ha tratado de adecuar la

(3) cit. pos. Rojas Avendaño M. "El corazón, la muerte y la Ley" Revista Criminalia Año XXXV N° 2, 1969 p. 150

legislación a la ciencia cambiante así mismo es cierto que los diferentes criterios no han dado una opinión unánime acerca de este tema y aunque, por ejemplo en transplante de córneas o el de riñones es ya incluso rutinario hay órganos que todavía se encuentran en fase de experimentación como es el caso del hígado e incluso el del músculo cardíaco.

Se puede decir que según los datos dados a conocer por la revista Cambio(*) en 1984 existen:

TRANSPLANTES CONSOLIDADOS.

Riñones.- En los casos de insuficiencia renal crónica, la otra alternativa que tienen los enfermos crónicos de riñón es la diálisis por riñón artificial.

Córneas.- En los últimos tres decenios se ha perfeccionado considerablemente. Tienen éxito entre el 85 y el 90 por ciento de las operaciones. Existen Bancos de Córneas.

Médula Osea.- Requiere una completa identidad y no basta la simple compatibilidad entre las células del donante y las del receptor ofrece la posibilidad de curación a los enfermos de leucemia aguda y anemia aplástica.

(*) "Revista Cambio 16" N° 679, Madrid 1964. Citada en Revista -- Criminalía. p. 150

TRANSPLANTES EN FASE EXPERIMENTAL:

Corazón.- Técnica consolidada, aunque tropieza con problemas de rechazo. La escasa viabilidad que existe para que un corazón artificial mantenga vivo durante años al enfermo.

Higado.- Se efectúan pocos trasplantes.- La complejidad metabólica de este órgano imposibilita su sustitución artificial.

Páncreas.- Se efectúan en forma simultánea a enfermos crónicos de riñón que padecen diabetes.

TRANSPLANTES EN INVESTIGACION.

Cerebro.- Se investiga en laboratorios especulando la posibilidad de realizar en el futuro trasplantes de partes del cerebro para corregir deficiencias mentales.

El cerebro comprende tejidos nerviosos que no son regenerativos y por consiguiente serían capaces de desarrollarse en un sistema extraño.

Pulmones.- Se puede vivir solamente con uno. Por esta y otras

razones técnicas, las posibilidades de que en el futuro ofrece el trasplante de pulmones parecen buenas.

Ovarios y Testículos.- Se hacen injertos esporádicamente.
Resultados dudosos.

2.- CONCEPTO DE TRAFICO DE ORGANOS.

Por concepto de tráfico de órganos podemos entenderlo como lo manifiesta la Ley General De Salud:

Art. 461.- "Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud. Se le impondrá prisión de uno a ocho años y multa por el equivalente de diez a veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si el responsable fuese un profesional, técnico o auxiliares de las disciplinas para la salud, a la pena anterior se le añadirá la suspensión en el ejercicio de su profesión y oficio hasta por cuatro años.

Art. 462.- "Se impondrá de dos a seis años de prisión,

Fracc. II.- Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos..."

Los rumores del tráfico ilegal provienen mayormente de países latinos o del tercer mundo. Hay sitios donde los trasplantes no son supervisados por el Gobierno.

3.- POSIBILIDAD TECNICA DE LOS TRASPLANTES DE ORGANOS.

La técnica simple quirúrgica del trasplante parece que hoy está al alcance de todos los especialistas y no ofrecen dificultades para ningún cirujano hábil. Los peligros emanan de algo distinto y más importante.

Hay dos clases de trasplantes en el organismo:

- Los Homovitales de tejido.- Que necesitan nutrirse de sangre,
- y
- Los Hemoplásticos.- Tejidos sin vasos sanguíneos .

Tal es el trasplante de la córnea.- En éstos, aunque dicen los médicos que la victoria no es total el tejido trasplante resiste varios años. La córnea ofrece además dos ventajas, que pueden extraerse hasta algunas horas después de la muerte del donante y conservarse fácilmente unas cuantas más, y que no requiere una minuciosa coincidencia entre sus características del donante y las del paciente receptor. Pero en los de la otra especie el organismo produce unas sustancias llamadas anticuerpos, hasta conseguir rechazar el órgano intruso, sustancias que todavía no se ha logrado vencer.

"El propio BARNARD tiene declarado que por lo que conocemos, el periodo del peligro de rechazo no pasa nunca". Como el rechazo

consiste en definitiva, en la reacción defensiva del organismo frente a un tejido extraño, para combatirlo y mantenerlo afuera, ya que hay que suministrar continuamente al enfermo drogas que disminuyan y hagan inocuas sus defensas y su capacidad reactiva respecto a cualquier intruso, dejándole de esta forma, desarmado para responder a la más leve infección que, en otro individuo, no tendría importancia. La disyuntiva es, casi clara o el cuerpo repele el órgano ajeno, o se le hace soportarlo al precio de quedar inerte ante cualquier agente infeccioso; y ambos extremos de la alternativa resulta innecesariamente fatales"(*)

4.- NECESIDAD DE TRANSPLANTE DE ORGANOS.

Debe existir una necesidad real para realizar el trasplante, además de tener un número favorable de probabilidades de eficiencia del novísimo procedimiento, si el trasplante es positivamente necesario. El derecho protege valores y ningún valor es más alto que la vida humana. Pero de no ser evidente la utilidad de la operación del injerto cordial, la ley debe regularla.

En tanto que no se haya demostrado la eficiencia del trasplante para prolongar la vida del paciente y se hayan resuelto los problemas del rechazo, la ley debe limitar los casos en que el injerto sea positivamente necesario.

Porqué, la Demanda es mayor que la oferta en todos los Países, por el poco tiempo de duración de los órganos y por protección sanitaria, pues existen enfermedades que en México no han alcanzado niveles tan altos como en otros países.

(*) Revista de Ciencias Penales 3ª Epoca Tomo XXVII, Sept.-Dic. 1968 p. 245

En la propia Ley General de Salud, se establece en su título Décimo Octavo "MEDIDAS DE SEGURIDAD, SANCIONES Y DELITOS EN SUS CAPITULOS II y V", las sanciones administrativas y los delitos en esta materia ya que esta ley es para toda la República.

El fin de los trasplantes como se ha dicho, es altruista, tiene como propósito el beneficiar a otras personas; por lo tanto no se permite la comercialización de órganos.

5.- TRANSPLANTES DE ORGANOS EN MEXICO.

En México se pueden llevar a cabo trasplantes de órganos de cadáveres a vivos, así como entre vivos, es decir, abre la doble posibilidad de hacer el trasplante de órganos o tejidos. Hay que tomar en cuenta la prohibición de donar en vida órganos únicos, que por razones obvias se prohíbe, pues esto, implicaría un atentado contra la propia vida, un suicidio; también se habla de órganos "no regenerables", que da lugar a confusiones, pues dependería del órgano, pues en los casos de córneas sería entendible esta prohibición, por que su donación en vida disminuiría las facultades del individuos y constituiría incluso un delito, pero órganos "no regenerables" son también los riñones y su donación en vida se realiza en la práctica y está permitida por el Artículo 23, de la Ley General de Salud, por lo que desde nuestro punto de vista, el último párrafo de este artículo señala "órgano único", sería un acto reprochable por el derecho y este a la vez es "no regenerable" e implicaría la muerte o una disminución de facultades sancionado por el Artículo 291 del Código Penal para el Distrito, y a la cual ningún médico se arriesgaría.

6.- CONCEPTO DE PERSONALIDAD.

Es necesario estudiar los derechos de la personalidad porque dentro de éstos, se encuentran derechos fundamentales para el hombre, como es sin duda, principalmente el derecho a la vida, siendo éste, el bien jurídico a preservar por la ciencia médica y a proteger por la ciencia jurídica, es necesario saber que engloban estos derechos, si se encuentran dentro de esto la disposición del propio cuerpo, del ajeno, etc.

Los derechos a la personalidad han sido un tema sumamente discutido por los tratadistas, no en cuanto al fondo sino en cuanto a la forma; hay unanimidad en cuanto a que para todos, es clara la necesidad de proteger los valores de la persona misma. La gran discusión se da en cuanto a la orientación de dicha protección.

Podemos darnos cuenta que la persona humana además de los derechos patrimoniales (pecuniariamente hablando) tienen también otros no cuantificables en dinero que le son necesarios para respetar y proteger por que incluso son anteriores al mismo derecho. No hay que olvidar que estos derechos de la personalidad pueden llegar a confundirse con otros derechos como el derecho político del ciudadano, frente al estado, siendo los primeros el resultado de la evolución del "ius in sei psum", (derechos sobre uno mismo) y la obligación de todos los demás de respetar tales derechos, entendiéndose por estos a determinadas cualidades o atributos físicos de la persona humana.

Se han dado diferentes definiciones de estos derechos:
Para el Dr. JOAQUIN DIEZ DIAZ, los derechos de la personalidad

"Son aquellos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones psíquicos o físicos de la persona misma"(4)

Definición que en el punto de vista del LIC. GUTIERREZ Y GONZALEZ E. Y con la que concordamos, al hablar de "proyecciones psíquicas o físicas" no pone ningún tipo de límite y "permite considerar como derechos de la personalidad hasta situaciones que en un momento dado pueden ser ilícitas por atentar contra los intereses de los demás miembros de la sociedad"(5)

6.1.- CARACTERISTICAS.

Teniendo en cuenta lo tratado podemos decir que los derechos de la personalidad tienen las siguientes características:

Generalidad, en cuanto a que todo individuo por el hecho de serlo goza de estos derechos.

Absolutividad e inestimabilidad en dinero, absolutividad, puesto que existe una obligación general de abstención, es decir, son oponibles frente a toda persona que pretenda penetrar en la esfera privada, no son cuantificables monetariamente puesto que sería imposible ponerse de acuerdo respecto a esto, "que no obstruye la resarcibilidad del daño originado por la conducta adversa al deber de abstención que gravita sobre los terceros tanto por lo que atañe a sus repercusiones en el área patrimonial como por lo que se refiere al sector no patrimonial al (daño moral en sentido corriente". (6)

(4) "Los Derechos Físicos de la Personalidad Derecho Somático" ed. Santillana, Ed. Reus, Madrid 1963 p. 23

(5) "El Patrimonio" Ed. Cajica, S.A. Puebla, México 1982 p. 17

(6) Pacheco Escobedo A. "La Persona En El Derecho Civil Mexicano" Panorama Editorial p. 17

Irrenunciabilidad, partiendo desde el punto de vista de que la disponibilidad del derecho, es decir, saber él mismo implicando con ello la posibilidad de renunciar que no puede ser aceptada por que son derechos dados por la naturaleza. Puesto que son derechos con los que nacemos y morimos, es por el hecho de ser persona es por lo que no podemos renunciar pues sería ir en contra de la propia naturaleza.

Imprescriptibilidad, ésto es, por que están fuera del comercio.

La persona jurídica se refiere a un ser físico o ente moral capaz de derechos y obligaciones. Algunos de los atributos quedan exclusivamente a la voluntad de los particulares crearlas o modificarlas, o extinguir como en el caso de la nacionalidad, domicilio aún el nombre.

Los atributos de la persona física o seres humanos son constantes y necesarios, éstos son:

- Capacidad de

| | |
|---|-----------|
| { | Goce |
| } | Ejercicio |

 y
- Estado Civil
- Patrimonio
- Nombre
- Domicilio, y
- Nacionalidad.

La capacidad de goce es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho por serlo, debe tener capacidad jurídica, ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce, el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir en la personalidad.

Existe una correspondencia entre los atributos de la persona física y las de la moral, exceptuándose lo relacionado con el estado civil, que sólo puede darse en las personas físicas ya que deriva del parentesco, del matrimonio, del divorcio o del concubinato. Las personas morales tienen los siguientes atributos:

- Capacidad de $\left\{ \begin{array}{l} \text{Goce} \\ \text{y} \\ \text{Ejercicio} \end{array} \right.$
- Patrimonio
- Denominación o razón social
- Domicilio, y
- Nacionalidad.

La capacidad de las personas morales se distingue de las personas físicas en dos aspectos:

- a).- En las personas morales no pueden haber incapacidad de ejercicio, toda vez que ésta depende exclusivamente de

circunstancias propias e inherentes al ser humano, tales como la minoría de edad, de la inteligencia por la locura, idiotismo, o imbecilidad; la sordomudez unida a la circunstancia de que no sepa leer ni escribir, la embriaguez o el abuso inmoderado y habitual de drogas enervantes.

b).- En las personas morales su capacidad de goce está limitado en razón, de su objeto naturaleza y fines.

6.2.- CLASIFICACION.

Siguiendo la teoría han sido varios los tratadistas que han dado clasificación al respecto, como de Cupis Gangi, Geni, etc. han sido clasificaciones realmente grandes, pero hay que tomar en cuenta que no se puede hacer una clasificación exhaustiva, ROGER NERSON dice que hay que tener dos ideas bien claras en este sentido; una "la que el hombre tiene un cuerpo y desea salvaguardar su integridad física; otra la de que el hombre desea, en el plano afectivo y moral conocer la felicidad o al menos vivir en paz y no sufrir atentados a su libertad, a su honor o a la intimidad de su vida privada"(7)

De Cupis, hace una clasificación que aunque no es muy extensa, la consideramos completa:

"I.- Derecho a la vida y a la integridad física que comprende:

1.- Derecho a la vida

(7) cit. pos. Gutiérrez y González E. op. cit. p. 728

2.- Derecho a la integridad física

3.- Derecho sobre las partes separadas del cuerpo y sobre el cadáver.

II.- Derecho a la libertad

III.- Derecho al Honor, a la Reserva, el cual comprende:

1.- Derecho al Honor

2.- Derecho a la reserva (derecho a la imagen)

3.- Derecho al secreto.

IV.- Derecho a la integridad personal, que comprende:

1.- Derecho al nombre (sobrenombre, seudónimo, nombre extra personales.)

2.- Derecho al título

3.- Derecho al signo figurativo.

V.- Derecho Moral del Autor o de Inventor"(8)

7.- INICIO Y TERMINO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS EN EL DERECHO MEXICANO.

Desde el punto de vista jurídico, la persona es "un ser físico (hombre o mujer) o ente moral (pluralidad de personas)

(8) cit. pos. Castán Tobeñas, José. "Los Derechos de La Personalidad". Revista General y Jurisprudencia Ed. Reus Madrid Julio-Agosto 1952

legalmente articulados, capaz de derechos y obligaciones". "La aptitud para ser sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas se designa con la palabra personalidad. Esta equivale a capacidad jurídica que se desdobra en capacidad de derechos o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones..."(9)

La capacidad de goce no puede quedar suprimida del ser humano, pues por el sólo hecho de ser hombre se le debe de reconocer capacidad de goce, por lo tanto personalidad.

Para tales efectos, el Código Civil vigente establece:

Art. 22 "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la Ley y se le tienen por nacido para los efectos declarados en el presente código."

En relación con lo anterior, el Art. 337 del Código citado dice que:

Art. 337 "Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno vive 24 horas o es presentado vivo al registro civil.

Faltando alguna de estas circunstancias nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

Por lo anterior, podemos concluir que la personalidad jurídica se adquiere al nacer satisfaciendo cualquiera de los requisitos del Art. 337 del Código Civil y se pierde con la muerte.

(9) De Pina Rafael, "Diccionario De Derecho" Ed. Porrúa México 1986. p. 382

C A P I T U L O I I

DERECHO DEL DISPONER DE UN CUERPO.

- 1.- DERECHO A LA DISPOSICION DEL PROPIO CUERPO
- 2.- DERECHO A DISPONER DE LAS PARTES SEPARADAS DEL CUERPO
- 3.- DERECHO A LA DISPOSICION DEL CUERPO AJENO
- 4.- EXTRACCION DE ORGANOS PARA TRANSPLANTES TERAPEUTICO
- 5.- DONACION POST-MORTEUM
 - 5.1.- CONSENTIMIENTO O VOLUNTAD DEL DONANTE
 - 5.2.- CONSENTIMIENTO O AUTORIZACION DE ALGUN FAMILIAR DIRECTO.
- 6.- DONACION ENTRE VIVOS
- 7.- REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR LOS TRANSPLANTES DE ORGANOS
- 8.- LEGISLACION APLICABLE A LOS TRANSPLANTES DE ORGANOS EN MEXICO.
- 9.- DISPOSICION DE ORGANOS
- 10.- EL REGISTRO NACIONAL DE TRANSPLANTES
- 11.- CRITERIO DE CERTEZA DE MUERTE.

1.- DERECHO A LA DISPOSICION DEL PROPIO CUERPO.

El concepto de persona, es única e indivisible como puede comprenderse (cuerpo y alma como unidad) sobre la cual, cada individuo tienen facultad de libre determinación en la mayoría de los actos que lo afectan de manera directa. Tenemos una facultad sobre nuestro propio cuerpo y la protección de la Ley para impedir que alguien pueda sin nuestra autorización usar el mismo.

Es claro que el derecho sobre la disposición del propio cuerpo ha cambiado y evidentemente en la actualidad mucho ha tenido que ver el avance de la ciencia, especialmente en el tema que nos ocupa.

En torno a esto, han sido muchos los juristas que equiparan los derechos que el hombre tiene sobre su cuerpo con los patrimoniales, sea la propiedad, dominio o usufructo, pero en la realidad se puede ver que es difícil encuadrar este derecho a los modelos tradicionales.

Respecto de la propiedad, se ha dicho que el nudo propietario tiene tres tipos de derechos, el uso, disfrute y abuso, es claro que el individuo tiene derecho a disponer y disfrutar de su cuerpo, pero no puede abusar de él, pues debe ir de acuerdo con las limitaciones que imponen las exigencias propias de la convivencia social. Esto se dice porque el individuo forma parte de una sociedad, por lo que no podrá disponer de su cuerpo, si esta disposición implica ir contra el interés general o de un núcleo determinado, contra la moral y las buenas costumbres del grupo que representa.

La idea de dominio, implica necesariamente la idea de duplicidad de sujetos, el que posee y la cosa poseída (activo y pasivo) y este caso se daría "si el hombre tuviera dominio sobre sí mismo, el poseedor y la cosa poseída serían el mismo"(10)

Lo anterior nos lleva a concluir, que las sociedades cambian y con ello el derecho y que es necesario que el derecho vaya cambiando y se adecue a la situación, así, también no puede desconocer un derecho "Nuevo", esto es un derecho que no se enmarca en los moldes tradicionales, es por lo tanto, este derecho sobre el cual es preciso elaborar una nueva idea, pues no puede ser patrimonial por las razones antes mencionadas y además por que no es estimable en dinero ni es susceptible de apropiación por otro sujeto.

2.- DERECHO A DISPONER DE LAS PARTES SEPARADAS DEL CUERPO.

En cuanto a las partes separadas del cuerpo existe casi unanimidad entre los autores cuando se habla de disposición de las mismas, en la medida, en las que no lesiona la integridad de su persona y que no vaya contra la Ley, la Moral y las Buenas Costumbres, con esto, se quiere decir que el sujeto no puede poner en peligro su salud y atentar contra su propia vida, por lo tanto, no podrá disponer de un órgano vital e insustituible.

Los órganos humanos no son materia de contrato, como podría parecer en determinadas circunstancias, como en el caso de las córneas post-mortem, pero la dignidad del hombre hace que este contrato no pueda ejecutarse forzosamente si se diera el caso de que el sujeto se arrepintiera después de celebrado el acuerdo.

(10) Borrel Macia Antonio "La Persona Humana", Ed. Casa Bosch, Barcelona 1954 p. 19

En los casos de donación de órganos para trasplantes el sujeto debe expresar su consentimiento por escrito tal como lo dispone la Ley General de Salud, para lo cual hay un fundamento especial donde se expresa el consentimiento del disponente ante dos testigos o ante notario (que en realidad no se da).

Art. 324 "Para efectuarse la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos, y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables. En el caso de la sangre no será necesario que el consentimiento sea manifestado por escrito.

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

En lo que respecta al final de este artículo cabe hacer notar que la Ley no habla de posibilidad de daños por incumplimiento de la promesa de trasplante ni de algún tipo de pena convencional esto es por que no es un contrato aun cuando se habla de donación.

Se puede asumir legítimamente el riesgo de transplantar un órganos por ejemplo la médula y poner en peligro su integridad corporal por los riesgos que implica la operación pero de estos riesgos la persona tiene que estar informada de una manera completa por el médico o médicos que lleven a cabo la intervención, este es el llamado "consentimiento informado".

3.- DERECHO A LA DISPOSICION DEL CUERPO AJENO.

Este derecho surge, al suceder la muerte de la persona pasando a ser cadáver, con esto no se quiere decir que pase a ser una "cosa" en el sentido estricto de la palabra, aunque también es cierto que ya no es una persona.

El cuerpo de una persona no es objeto de comercio y al fallecer ésta, tampoco lo es su cadáver, el Lic. JORGE REYES TAYABAS dice que "el cadáver se entrega a los familiares y amigos únicamente en razón del respeto que merecen sentimientos piadosos o de amor, para efecto de que le den sepultura"(11).

Es ilícita la disposición que se haga de un cadáver pues se debe dar parte al Estado del fallecimiento de toda persona y exhibir la certificación de su muerte por un Perito-Médico e incluso, si se cree que la muerte fue resultado de un acto ilícito se puede llevar a cabo la autopsia y las investigaciones pertinentes del caso.

La Ley General de Salud, da la posibilidad de que a falta del consentimiento del donante, llamado en la Ley, "disponente originario" lo puedan hacer sus parientes más próximos "disponentes secundarios."

Art. 316 "Serán disponentes secundarios:

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

(11) "Reflexiones Jurídicas Sobre Los Transplantes De Organos Humanos" s/ed. México 1977. p. 5

generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

Dentro del inciso II, se puede citar también el Art. 325 de la misma ley que dice:

Art. 325.- "Cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos tejidos y sus componentes de su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el Artículo 316 de esta Ley; excepto cuando la autoridad competente, de conformidad con la ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno".

De Cupis, dice al respecto: "este derecho que tienen los parientes son como presupuestos negativos que el difunto no haya manifestado al respecto su voluntad, la cual puede desenvolverse con más amplitud pues incluso, destinar su cadáver a un Instituto Científico o a una mesa anatómica."(12)

Las posibilidades que da la Ley sobre la disposición del cadáver con respecto a los parientes, no autoriza ni tiene por objeto admitir la existencia de un derecho subjetivo sobre el cadáver.

Es necesario, por cuestiones éticas que se respete la voluntad del individuo si éste la dio prohibiendo que se tome cualquier órgano de su cuerpo. Aunque para la Ley sean preferibles los órganos de un cadáver que los de una persona viva. Al efecto el primer párrafo del artículo 322 del citado

(12) cit. pos. Borrel Macia Antonio op. cit. p. 27

ordenamiento establece:

Art. 322 "... la obtención de órganos o tejidos y sus componentes de seres humanos con fines terapéuticos se hará preferentemente de cadáveres."

4.- EXTRACCION DE ORGANOS PARA TRANSPLANTES TERAPEUTICO.

Todo individuo puede hacer donación revocable o legar todo o parte de su cadáver con fines de investigación científica o de estudio anatomopatológicos.

No obstante la Ley General de Salud, dispone en sus artículos. "318.- La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del art. 317.

"Artículo 322.- "Salvo tratándose de la sangre o sus componentes la obtención de órganos o tejidos y sus componentes de seres humanos con fines terapéuticos, se hará preferentemente de cadáveres".

"Art. 346.- Para la utilización de cadáveres de personas conocidas o parte de ellos, con fines de docencia e investigación, se requiere permiso del disponente originario, mismo que no podrá ser revocado por los disponentes secundarios a que se refiere la fracción I del artículo 316 de esta Ley.

Cuando el disponente originario no haya expresado su voluntad por lo que se respecta a la disposición de su cadáver, las personas a que se refiere la fracción I del artículo 316

de esta ley, podrán consentir en que se destine a la docencia, en los términos que al efecto señalen las disposiciones aplicables".

Se presentan dos problemas fundamentales en la interpretación de estos preceptos que son :

1.- Los fines de "investigación científica", ¿comprenden los trasplantes o injertos?

2.- ¿Que se entiende por cadáver para estos efectos? Los herederos pueden donar un órgano que esté todavía vivo y entenderse que están disponiendo de una parte de un cadáver.

La primera cuestión es más fácil de resolver que la segunda. Aún cuando la finalidad de los trasplantes es primordialmente curar al paciente, en este caso la terapéutica y la investigación forman un todo indisoluble. En cirugía no se puede concebir por separado la investigación quirúrgica de sus efectos curativos. Además la Ley General de Salud, en el artículo 347, autoriza a los directores de las clínicas universitarias y de ciertos hospitales, para disponer de partes de los cadáveres, como pueden ser las córneas y a la extracción de trozos de huesos, cartilagos, arterias o cualquier otro elemento que pueda ser empleado con fines médicos o científicos.

En cuanto a la segunda cuestión la disposición administrativa que pueden hacer los directores de clínicas a que se refiere la ley, pensamos que tal disposición queda igualmente limitada, pues la ley habla de cadáver y de que el "fallecimiento debe ser certificado por dos médicos."

5.- DONACION POST-MORTEUM.

El Dr. Hernán I. Fuenzálida-Puelma, en un trabajo publicado por el Boletín de la oficina Sanitaria Panamericana.(13) Establece que en este sentido hay que dividir a las donaciones.

Las donaciones Post-mortem, en las cuales se plantean tres tipos de problemas :

- 1).- El que se refiere al consentimiento del donante, o el de sus familiares.
- 2).- La determinación de la muerte del donante.
- 3).- Los conflictos de interés que podrían aparecer en relación con el trasplante.

Respecto al primer problema, se dan dos tipos de soluciones:

a).- El consentimiento afirmativo del donante, esto es la donación voluntaria de órganos, que hace rápido y relativo e incontrovertible el trasplante de órganos en los países que lo utilizan, determina tres tipos de donación.

- 1) Donacion por Testamento
- 2) Donacion por medio de Tarjeta de Donacion de Órganos
- 3) Donacion por Consentimiento Presunto

b).- La Donacion Por Consentimiento Presunto

- Donación por Testamento; criticada porque se trata de considerar al cuerpo como parte de la masa hereditaria, se permite en algunos países como República Dominicana y Costa Rica.

Este tipo de donaciones no son muy seguras, pues las declaraciones en testamento para estos efectos rara vez llegarían a tiempo a concederse para llevar a cabo el trasplante, tratáse

(13) "Trasplantes de Organos. La Respuesta Legislativa de América Latina" En Boletín De La Oficina Sanitaria Panamericana OPS/OMS Vol. Nº 5-6 p. 446

del órgano que se trate, lo anterior por que las aperturas de los testamentos no son rápidos, son formalistas y complejas. Aunque también es innegable el hecho de que los familiares no podrían oponerse

5.1.- CONSENTIMIENTO O VOLUNTAD DEL DONANTE.

La donación por medio de la llamada "Tarjeta del Donante" esta se lleva a cabo en países como Argentina, Cuba y México, donde ha funcionado, pues ofrece la ventaja de poder traerla consigo como tarjeta de crédito y de esta forma en caso de accidente el hospital al que se llega evita el pedir el consentimiento a los familiares.

En México, se sigue este procedimiento por medio de la tarjeta de "Donación Voluntaria de Organos"(anexo 1)

En realidad, también es una solución poco práctica, por que son pocas las personas que gozando de salud se pongan a reflexionar sobre, que en el momento de su muerte podrían donar sus órganos, esto aunado al amarillismo de la prensa que se convierte en un obstáculo para esta práctica.

5.2.- CONSENTIMIENTO O AUTORIZACION DE ALGUN FAMILIAR DIRECTO.

Donación por consentimiento presunto; según esta idea los órganos se deberían extraer de los cadáveres en la forma habitual, a menos que se hiciera alguna objeción por parte de la persona antes de morir o de algún familiar al ocurrir el deceso.

En la práctica, los médicos prefieren extirpar el órgano con el consentimiento de la persona de que se trata o en su defecto de los familiares, sea por un sentimiento de humanidad o por temor a una demanda por la familia de donante, donde podría alegar una revocación posterior del consentimiento retardando con esto la operación y hacer el órgano inservible en algunos casos. Esto además de la mala publicidad que se le haría al sistema de donación voluntaria.

6.- DONACION ENTRE VIVOS.

En la donación entre vivos no existe mayor problema respecto a órganos o tejidos no vitales, esto es, ser integrados con facilidad al organismo que los recibe, como sería la transfusión sanguínea, segmentos de tendones, cartílagos, etc.

En cambio, el trasplante de un órganos vital doble ha sido muy discutido, éticamente hablando, por ejemplo MARICANO VIDAL, dice "Con respecto al trasplante de órganos integrales tales como el riñón, los moralistas católicos han estado divididos. El motivo de tal enfrentamiento lo constituía fundamentalmente el manejo de los principios de la técnica moral" como el de totalidad, de doble efecto, etc. para los que aplicaban de una manera casi mecánica estos principios, los trasplantes aparecían como mutilación, directa.

Sin embargo otros moralistas apelaron al principio de caridad, al principio de totalidad, al principio de solidaridad humana y cristiana, etc., y de esta manera aceptaron la licitud del trasplante del riñón.(14)

(14) Vidal, Marciano. "Moral de Actitudes" Tomo II, Etica de la Persona. Editorial, Madrid 1977 p. 202

En nuestra opinión se puede justificar también, cuando es decisivo para el receptor y no fatal para el donador, por lo que son necesarios el consentimiento de los riesgos para el donante, las probabilidades de éxito para quien lo recibe y la libertad en el consentimiento. Esto puede verse en los casos de trasplantes de médula ósea, que solamente son compatibles entre familiares padres e hijos, y entre hermanos pero es regenerable en aproximadamente 120 días.

Giacomo Perico, señala como condiciones para justificar el trasplante de órgano vital doble entre seres vivos los siguientes puntos:

- "Plena libertad de la donación sin coacción de ningún género incluso si se trata de parientes;
- El donante debe saber con claridad el riesgo a que se expone ya que es él sólo quién responde de su ser;
- Debe tratarse de un caso de necesidad y de urgencia;
- El trasplante debe tener cierta probabilidad de éxito, proporcionada al riesgo que el donante corre por su integridad y funcionalidad vital"(15)

En 1990 la Oficina Sanitaria Panamericana, estableció ciertos puntos, en los que se centraba la donación entre vivos:

1).- El consentimiento del donante. Refiriéndose con ello que el donador debe estar plenamente informado por parte del médico explicando claramente al paciente la naturaleza de dicha operación, los riesgos, el tratamiento post-operatorio, los beneficios y costos, esto debido a que este procedimiento quirúrgico se realiza generalmente para el beneficio terapéutico de una persona y no del que dona un órgano sano.

(15) Ibidem p. 207

En México como en algunos otros países de América Latina el consentimiento tiene que ser por escrito para tal efecto el artículo 324 de la Ley General de Salud establece "para efectuar la toma de órganos y tejidos, se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario libre de coacción física o moral, otorgado ante Notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos."

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

Con lo que se quiere decir, que la revocación de su consentimiento no acarrea consecuencias legales dando la posibilidad de reflexionar sobre su petición y también al ser escrito se puede proteger tanto al médico como a la Institución hospitalaria en caso de que el donante se arrepienta de su decisión después de la operación.

En México sólo se permite el consentimiento escrito en los casos de mayores de edad y que estén en pleno uso de sus facultades mentales, pues existe la idea de que los menores de edad y los incompetentes mentales no comprendan las consecuencias de la operación y pueden ser fácilmente persuadidos. En cuanto a los incompetentes legales se da posibilidad de donación únicamente a sus parientes más cercanos, pues se han dado casos como en Filipinas que un reo donó uno de sus riñones a cambio de su libertad.

En el caso de la mujer embarazada las razones son obvias por la protección de la madre y del producto; en México hay una excepción, esta es, en los casos en que el receptor estuviera en peligro de muerte.

Art. 326 "No será válido el consentimiento otorgado por:

I.- Menores de edad

II.- Incapaces, o

III.- Personas que por cualquier circunstancia no pueden expresarlo libremente".

Art. 327 "Cuando el consentimiento provenga de una mujer embarazada, sólo será admisible para la toma de tejidos con fines terapéuticos, si el receptor correspondiente estuviera en peligro de muerte y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción"

Art. 328 "Las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para la utilización de sus órganos o tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina o familiar del disponente originario de que se trate".

Selección del Receptor.

Esto quiere decir que los donadores vivos pueden designar, en algunos casos, al receptor del órgano donado que generalmente es algún familiar. A pesar de esto, se tiene que tomar en cuenta la necesidad médica y la probabilidad de éxito, pues de nada sirve, como ejemplo, que una madre le quiera donar a su hijo un órgano existiendo incompatibilidad inmunitaria.

Compensación al Donante.

La oficina Panamericana dice que este punto abarca tanto la pérdida de ingresos como los gastos relacionados con la

donación, la primera parte, se refiere al salario y otros beneficios a los que tiene derecho el donador y la segunda se refiere a los exámenes preoperatorios, gastos de mantención, extracción quirúrgica del órgano, recuperación del paciente, cobertura de riesgos inmediatos y futuros, incluso de los daños que pueden sobrevenir por la extracción del órgano.

Esto ha sido así, por que existen estadísticas que señalan que un transplante de corazón en E.U. costaba en 1985, alrededor de 200 mil dólares y el tratamiento que debe administrarse durante toda la vida del receptor costaba aproximadamente 6 seis mil dólares al año; en caso a lo anterior la conclusión es fácil, es una cirugía al alcance de pocas personas aunque un gobierno quiera dar equidad dando a todos los receptores potenciales el mismo acceso a los órganos, no se puede, pues para dar un servicio de esa magnitud el gobierno se puede ver obligado a dejar a un lado otros prioritarios en materia de salud.

7.- REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR LOS TRANSPLANTES DE ORGANOS.

Desde el punto de vista de los transplantes de órganos entre vivos se pueden dar los siguientes requisitos:

- 1.- Que no cause un daño irreparable al donante que pudiera dejarlo igual que al que se pretende salvar.
- 2.- Que resulta un beneficio al receptor (alto grado de éxito de las operaciones.)

3.- Que no sea objeto de lucro.

4.- Que no sea contrario a la Ley, a la moral y a las buenas costumbres.

Respecto al riesgo que corre, es un hecho que toda cirugía representa un peligro, el cual aumentara en la medida en la que aumente su grado de dificultad.

Además del peligro que representa, médicamente hablando existe otro que puede darse durante la búsqueda de los donadores pues las estadísticas revelan que la demanda de órganos es en gran medida mayor a la oferta, lo que podría traer como resultado el conflicto de intereses del que se habló anteriormente.(anexo2)

8.- LEGISLACION APLICABLE A LOS TRANSPLANTES DE ORGANOS EN MEXICO.

Es necesario un derecho realista que se adecúe a las exigencias sociales, y por que no, a otras áreas de la ciencia, como en este caso la medicina.

Es hasta 1967 y a propósito del trasplante de corazón lo que obliga tanto a juristas como a médicos a pensar en una legislación al respecto.

El 7 de febrero de 1987 se publica en el Diario Oficial de la Federación la "Ley General de Salud" dejando al Código Sanitario de 1973, que ya contenía disposiciones al respecto en su título denominado "Sobre el aprovechamiento de órganos y Tejidos Humanos."

La actual Ley General de salud contiene 472 artículos y 7 transitorios, donde en su título décimo cuarto nos habla sobre el "Control Sanitario de la disposición de órganos tejidos y cadáveres de seres humanos", dividida en tres capítulos.

Esta Ley esta apoyada por el "Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitaria de la disposición de órganos y cadáveres de seres humanos", promulgada por el C. LIC. MIGUEL DE LA MADRID, conforme a las facultades conferidas en la fracción primera del artículo 89 de la Constitución "Promulgar y ejecutar las leyes que expide el congreso de la Unión proveyendo en la esfera administrativa su exacta observancia."

Para la elaboración de la normatividad respectiva se han tomado en cuenta tanto a especialistas nacionales como internacionales, se han hecho consultas por parte del gobierno a la Academia Mexicana de Cirujía la cual emitió un Dictamen al respecto(16), a la Academia Nacional de Medicina(17) opiniones de diferentes especialistas médicos, etc. dando como resultado en el campo jurídico el Dictamen elaborado por la Barra Mexicana del Colegio de Abogados en 1968, para "exhortar a las autoridades competentes para que se aboquen dentro de sus respectivas jurisdicciones, al estudio del problema y que propongan en su caso la legislación que requiera en las distintas codificaciones."(18)

El derecho Mexicano, ha buscado la libertad, la voluntariedad, un fin altruista y sobre todo el respeto a la vida humana tomando como base a la moral y a las buenas costumbres con esto no queremos decir que lo que se ha hecho

(16) Dictamen De La Academia Mexicana De Cirujía Sobre Transplantes De Organos, Criminología año XXXV, p. 75

(17) loc. cit. pp. 87-99

(18) Ibidem. pp. 173-177

es perfecto, pues quedan muchas lagunas por resolver.

El concepto de muerte en la Ley mexicana está de acuerdo con la evolución, médicamente hablando (art. 317) haciéndose específicamente para el caso de trasplante (art. 318) habla de ello en general pero son los mismos requisitos, los que se necesitan para "todos" los trasplantes, siendo que en algunos casos pueden durar días como el caso de las córneas y en otros como el corazón que se tiene que llevar a cabo la cirugía a pocos minutos después de la certificación de muerte.

Evidentemente la Ley trata de resolver el llamado "conflicto de intereses" diciendo en el último párrafo del Art. 318 "La certificación será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante".

El alcance de esta protección es dudoso en los casos de los trasplantes de corazón, pues la misma opinión médica está dividida en el sentido de que para unos la hora de la cirugía la persona todavía esta viva y para otros es un cadáver viviente" por que vive por una máquina pero ya no hay esperanza de recuperación, esto es que ya no podrá volver a ser una "persona" entendiéndose con ello a un ser pensante, con libertad, con capacidad de decisión etc.

La Ley General de Salud, deja claro el punto del fin de los trasplantes diciendo que es estrictamente terapéutico entre vivos y que cualquier otro tipo de disposición será ilícita. Se busca también la protección a la vida prefiriendo los órganos de cadáveres sobre los de personas vivas, por lo que no los

prohíbe, pero si los limita pues no se puede atentar contra la propia vida. Al efecto los Art. 320, 321 y 322 señalan.

Art. 320.- "Se considerará disposición ilícita de órganos tejidos y cadáveres de seres humanos, aquella que se realice en contra de la Ley y el orden público".

Art. 321.- "Los trasplantes de órganos y tejidos y sus componentes, en seres humanos vivos podrá llevarse a cabo con fines terapéuticos, solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representan un riesgo aceptable para la salud y la vida del disponente originario y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico".

Art. 322.- "Salvo tratándose de la sangre o sus componentes la obtención de órganos o tejidos y sus componentes, de seres humanos con fines terapéuticos, se hará preferentemente de cadáveres".

En la Ley se habla de tres tipos de disposición, el del propio cuerpo, el del cuerpo ajeno y el que hace la autoridad judicial.

El primero se lleva a cabo por consentimiento expreso del disponente originario y el segundo se da cuando falta el anterior, el tercero no requiere consentimiento por que es el caso de la autorización legal de una necropsia. Al respecto señalan los siguientes artículos:

Art. 315 .- "Se considera como disponente originario, para efectos de este título, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo."

Art. 316.- "Serán disponentes secundarios:

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 confiere tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalan en las mismas".

Art. 324.- "Para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante Notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos y con las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables. En el caso de la sangre, no será necesario que el consentimiento sea manifestado por escrito.

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

Art. 325.- "Cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos tejidos y sus componentes de su cadáver, se requerirá el

consentimiento de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta Ley; excepto cuando la autoridad competente, de conformidad con la Ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno".

Art. 326.- "No será válido el consentimiento otorgado por:

I.- Menores de edad;

II.- Incapaces, o

III.- Personas que por cualquier circunstancias no puedan expresarlo libremente".

Art. 327.- "Cuando el consentimiento provenga de una mujer embarazada sólo será admisible para la toma de tejidos terapéuticos si el receptor correspondiente estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción".

Art. 328.- "Las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para la utilización de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina o familiar del disponente originario de que se trate."

La Ley abre la posibilidad del intercambio tanto a nivel nacional como internacional en el Art. 333 de la Ley General de Salud.

Art. 333.- "Los órganos y tejidos de seres humanos, incluyendo la sangre y hemoderivados, no podrán internarse o salir del territorio nacional sin permiso previo de la Secretaría de Salud, aplicándose en lo conducente, las disposiciones del capítulo XIII del título décimosegundo de esta Ley.

Los permisos para que la sangre y hemoderivados puedan salir del territorio nacional se concederán siempre y cuando estén satisfechas las necesidades de ellos en el país, salvo casos de emergencia.

Los hemoderivados sólo podrán exportarse con autorización previa de dicha Secretaría la que será concedida tomando en cuenta las necesidades de ellos en el país".

Por lo anterior, esto es muy difícil, porque la demanda es mayor que la oferta en todos los países, por el poco tiempo de duración de los órganos y por protección sanitaria, pues existen enfermedades que en México no han alcanzado niveles tan altos como en otros países, como serían por ejemplo el caso del SIDA, que es fácilmente transmisible vía tejido como la sangre.

Es la propia Ley General de Salud, que establece en su título 18 "Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos" en su capítulo II, y V las sanciones administrativas y los delitos en esta materia, ya que esta Ley es para toda la República.

Lo anterior, en razón de lo establecido en la Constitución primeramente en el Art. 4, párrafo tres que dice "Toda persona

tiene derecho a la protección de salud, la Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción 16 del artículo 73 de esta Constitución, el Art. 73 establece:

Art. 73 Fracc. XVI.- "Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de República:

1. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país;
2. En caso de epidemias de carácter grave o peligros de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República;
3. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país;
4. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la

especie humana así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el congreso de la unión en los casos que le competan.

Así pues la Ley General de Salud marca las siguientes sanciones administrativas y delitos:

Sanciones Administrativas.

Art. 416.- "Las violaciones a los preceptos de esta ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.

Art. 420.- "Se sancionará con multa equivalente de diez hasta cien veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 75, 121, 127, 142, 147, 149, 153, 205, 304, 306, 307, 308, 340, 342, 343, 344, 346, y 413 de esta Ley.

La violación de las disposiciones contenidas en los artículos 198, 200, 204, 233, 241, 258, 265, 267, 280, 319, 330, 345, 373, 375, 376, 400 y 411 de esta Ley, se sancionará con multa equivalente de cincuenta hasta quinientas veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate.

Art. 421.- "Se sancionará con multa equivalente de cincuenta a quinientas veces al salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate, la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 146, 232, 338, 365 y 367 de esta Ley.

La violación de las disposiciones contenidas en los artículos 67, 100, 122, 126, 193, 210, 212, 213, 218, 220, 230, 235, 237, 238, 240, 242, 243, 247, 248, 249, 251, 252, 254, 255, 256, 264, 266, 281, 289, 293, 298, 318, 321, 322, 323, 324, 325, 332 y 333 de esta Ley, se sancionará con multa equivalente de doscientos a dos mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate.

Art. 423.- "En caso de reincidencia se duplicará el monto de la multa que corresponda. Para los efectos de este capítulo se entiende por reincidencia, que el infractor cometa la misma violación a las disposiciones de esta Ley o sus reglamentados dos o más veces dentro del período de un año, contado a partir de la fecha en que se le hubiera notificado la sanción inmediata anterior.

D E L I T O S :

Art. 461.- "Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o de cadáveres sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno o ocho años y multa por el equivalente de diez a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si el responsable fuere un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud a la pena anterior se añadirá suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por cuatro años.

Art. 462.- "Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

I.- Al que comercie, obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes cadáveres o fetos de seres humanos, y

II.- Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre, y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos.

Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más en caso de reincidencia.

Art. 426 Bis.- "Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita algunos de lo actos a que se refieren las fracciones I y II del artículo anterior o no procure impedirlo por los medios lícitos que tenga a su alcance, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y multa por el equivalente de veinte

a ciento cincuenta días de salario mínimo general en la zona económica de que se trate.

Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de uno tres años en el ejercicio profesional, y hasta cinco años más en caso de reincidencia.

Art. 470.- "Siempre que en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, participe un servidor público que preste sus servicios en establecimientos de salud de cualquier dependencia o entidad pública y actúe en ejercicio o con motivo de sus funciones, además de las penas a que se haga acreedor por dicha comisión y sin perjuicio de lo dispuesto en otras leyes, se les destituirá del cargo, empleo o comisión y se le inhabilitará para ocupar otro similar hasta por un tanto igual a la pena de prisión impuesta, a juicio de la autoridad judicial.

En caso de reincidencia la inhabilitación podrá ser definitiva.

Art. 471.- "Las penas previstas en este capítulo se aplicarán independientemente de las que correspondan por la comisión de cualquier otro delito.

9.- DISPOSICION DE ORGANOS.

En México, la disposición de órganos se lleva a cabo mediante la llamada "Tarjeta de donante", ésta es un formato que contiene la manifestación del consentimiento de que habla la Ley General de Salud en su art. 324. Este documento da dos opciones, la primera que se refiere a la disposición de cualquier tipo de órgano útil, y la segunda queda la posibilidad al disponente de especificar cuáles órganos podrán ser utilizados, es necesario aclarar que en el Programa Nacional de Transplante, no da la seguridad de que el órgano vaya a ser utilizado en otra persona ya que los que no son compatibles son destinados al tratamiento, de investigación o a la docencia.

El propósito de los trasplantes como ya se ha dicho, es altruista y tienen como propósito el beneficio, a otras personas, no se permite bajo ningún motivo la comercialización de órganos, por lo cual no se debe realizar ningún pago por estos.

La tarjeta "de Donación Voluntaria de órganos", es un documento expedido por el Registro Nacional de Trasplantes que es el organismo de la Secretaría de Salud, que es el Encargado de coordinar la práctica de trasplantes en nuestro país. El área prioritaria se refiere, si se tiene algún familiar que necesite algún órgano se da el nombre de este, pues son éstos preferibles en la Ley General de Salud, ya que se trata de un programa no lucrativo que cuenta con la participación de centros hospitalarios en todo el país es un organismo que coordina la toma, el transporte y la utilización de los órganos,

selecciona receptores de acuerdo con el grado de compatibilidad en todo el país.

Esta tarjeta tiene por objeto informar en caso de muerte del disponente, cual o cuales son los órganos utilizables es por llamarla de algún modo un "testamento de bolsillo", respecto a la disposición del propio cuerpo, aunque no esta de más el informar a familiares y médicos de la decisión para evitar problemas. No necesita "registro" en ningún lugar ni centro hospitalario es una simple manifestación de voluntad, que en caso de arrepentirse lo único que se tienen que hacer, es destruir la tarjeta.

10.- El Registro Nacional De Transplantes.

Es un organismo de la Secretaría de Salud, que tiene por objeto regular la práctica de transplantes en nuestro país, tiene como principal punto el Programa Nacional de Transplantes de Organos de Cadáveres. Es un programa no lucrativo que cuenta con la cooperación de hospitales de toda la República que realizan transplantes de órganos, este programa proporciona el equipo y el personal necesario para lo toma, utilización traslado y conservación de órganos, así como para llevar a cabo las pruebas de compatibilidad para la selección de receptores.

Es un organismo que depende de dos Subsecretarías, la Subsecretaría de Servicios de Salud y de la Subsecretaría de Regulación de Servicios de Salud.

Cabe hacer notar, que el Registro Nacional de Transplantes no aparece en el Organigrama de la Secretaría de Salud, ni tiene presupuesto propio estos datos se conseguirón en una entrevista realizada con uno de los coordinadores de este programa y no se pudieron obtener mayores datos por ser de carácter confidencial.

En fecha reciente se firmó un convenio entre la UNAM, y la Secretaría de Salud, el Instituto Nacional de Pediatría y la Fundación Mexicana para la Salud, y Pemex para la creación de una Unidad de Investigación Multidisciplinaria e Interinstitucional en Transplantes, esto se dio como respuesta a las necesidades de Salud, por sus perspectivas para un gran número de personas, pues se considera que "La investigación en el área de transplantes sea convertido en uno de los capítulos de mayor desarrollo en la medicina moderna".(19)

Con la firma de este convenio se espera mayor apoyo a la ciencia médica, pues ésta no podrá llamarse moderna, si el programa de transplantes no tiene avance importante en todas las vertientes, incluyendo, la jurídica.

11.- CRITERIO DE CERTEZA DE MUERTE.

Para la determinación legal de muerte las Legislaciones Sanitarias han seguido enfoques diferentes, conforme a sus tradiciones jurídicas y culturales.

Herán L. Fuenzávida-Puelman, en un trabajo, presentado ante el Congreso Internacional sobre ética, Justicia y Comercio en el Transplante, celebrado en Ottawa, Canadá, en agosto de

(19) Gasque Rosa María "Contara México Con Un Centro De Investigaciones En — Transplantes" Gaceta UNAM N° 2559, México Mayo 6/91.

1989 destaca tres enfoques que han seguido los legisladores para poder determinar la muerte en el sentido clínico:

Primeramente de una definición sin criterio específicos determinado por la práctica generalmente aceptada seguida por ejemplo, en la mayor parte de las provincias de Canadá, Costa Rica, México, Cuba, etc. Advierte que este criterio les ayudó a los países que se rigen por el sistema consuetudinario como E.U. y Canadá, pues en estos países la legislación sobre transplantes no es tan necesaria por su práctica jurídica lo que facilita el trabajo en este campo.

En segundo lugar, se encuentran los países que la equiparan con la muerte cerebral, es decir, los que siguen criterios estrictamente neurológicos y a la repetición de las pruebas ya mencionadas anteriormente por un tiempo determinado.

Por último, se encuentran las definiciones secuenciales, en las que se incluyen la muerte cerebral. Este criterio permite aplicar pruebas de función cerebral solamente en los casos de personas que reciben ayuda del pulmón artificial.

Los dos últimos enfoques, comenta este tratadista, van más acorde con los países regidos por el derecho civil."(20)

Desde otro punto de vista se dan tres tipos básicos acerca de la definición legal de muerte:

- 1.- "El que junto a la noción clásica aporta la definición de muerte cerebral.

(20) "Transplantes De Organos. La Respuesta Legislativa De América Latina" En Boletín de Oficina Panamericana de la Salud OPS/OMS. Vol. 108 N° 5-6 1990. p. 467

2.- "El que sitúa a la muerte cerebral como garantía supletoria: y

3.- "El que define la muerte exclusivamente como muerte irreversible del cerebro".(*)

En México, los legisladores prefirieron dejársela a la medicina, y en los casos específicos de trasplantes de órganos, garantizarla con la muerte cerebral; así podemos darnos cuenta en los Art. 317 y 318 de la Ley General de Salud que dicen:

Art. 317.- "Para la certificación de pérdida de la vida deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de conciencia;
- 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 de los reflejos medulares;
- V. La atonía de todos los músculos,
- VI. El término de regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII. El paro cardíaco irreversible, y
- VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente.

(*) "Normas Para Que un Corazón Sea Transplantado", Revista Criminalia Año XXXV N° 2 1969. p. 100

Art. 318.- "La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del Art. 317 o de aquellos en que se compruebe la persistencia por seis horas de los signos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del mismo artículo y además las siguientes circunstancias:

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

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

Si antes de ese término se presentara un paro cardiaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente. La certificación de muerte respectiva será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá en el transplante.

Son fundamental importancia éstos artículos pues engloban el concepto de muerte aceptado por nuestro país y constituyen la definición de muerte legal, que en México nunca habíamos tenido.

C A P I T U L O I I I

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE TRAFICO DE ORGANOS.

1.- TIPO PENAL

2.- ELEMENTOS DEL TIPO

2.1.- GENERALES

2.2.- ESPECIALES

3.- ELEMENTOS GENERALES

3.1.- SUJETO ACTIVO

3.2.- SUJETO PASIVO

3.3.- EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

3.4.- EL OBJETO MATERIAL

3.5.- LA CONDUCTA

3.6.- EL RESULTADO

4.- ELEMENTOS ESPECIALES

4.1.- MEDIOS DE COMISION - REFERENCIA TEMPORAL, ESPACIAL
Y OCASIONAL.

4.2.- NORMATIVIDAD O ANTIJURICIDAD

4.3.- ELEMENTOS SUBJETIVOS DOLO ESPECIFICO

4.4.- CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO, PASIVO, OBJETO MATERIAL

4.5.- CANTIDAD DEL SUJETO ACTIVO, PASIVO, OBJETO MATERIAL

1.- TIPO PENAL.

El tipo es la descripción que hace el legislador de la conducta que en un tiempo y en un lugar determinado se va a considerar como delito, también se dice que el tipo penal es el delito legal. En todo tipo encontramos una serie de elementos los cuales se clasifican en generales y especiales.

El legislador no sólo describe, los tipos legales sino que además los valora. Los tipos legales son tanto descriptivos como valorativos. Esto significa que, sus elementos son de dos clases: Descriptivos o no valorativos y descriptivos y a la vez valorativos.

Aplicándolo al caso en concreto.

El tipo. Es el texto legal.

Art. 462.-Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general en la zona económica de que se trate.

Fracc.II.- Al que comercie con órganos tejidos incluyendo la sangre y sus componentes, cadáveres fetos o restos de seres humanos.

Si intervinieran profesionales técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicara además suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional; técnicos o auxiliares y hasta cinco años mas, en caso de reincidencia.

2.- ELEMENTOS DEL TIPO.

Los tipos se han clasificado en básicos o generales especiales y complementarios. Los básicos se estiman en razón de su índole fundamental y por tener plena independencia, los especiales suponen el mantenimiento de los caracteres del tipo básico pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia del tipo básico, y obligar a subsumir los hechos bajo el tipo especial. Como ejemplo podemos señalar dentro de nuestra legislación el homicidio como, tipo básico; (o general) el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial (antes de ser reformado)

2.1.- GENERALES.

Los elementos generales son aquellos que invariablemente vamos a encontrar en toda descripción legal o tipo penal.

Los elementos generales son:

- El sujeto activo
- El sujeto pasivo
- El bien jurídico protegido
- El objeto material
- La conducta y
- El resultado. (21)

(21) Porte Petit C. Celestino, "Apuntamientos De Derecho Penal I" 8ª ed. Ed. Porrúa México 1983. p.258

2.2.- ESPECIALES

Como elementos especiales, encontramos a los medios de comisión, referencia temporal, referencia espacial, de ocasión elemento normativo o antijuricidad específica, elemento subjetivo, o dolo específico, calidad del sujeto activo, pasivo, del objeto material, cantidad del sujeto activo, pasivo, del objeto material.

3.- ELEMENTOS GENERALES

3.1.- SUJETO ACTIVO.

Concepto.

"El sujeto activo requerido por el tipo es un elemento de este, pues no se concibe un delito sin aquél debiéndose entender por sujeto, el que interviene en la realización del delito, como autor, coautor o cómplice." (22)

Los sujetos constituyen un elemento primordial del tipo, ellos están ubicados en los extremos de la conducta típica en cuanto el uno la pone en ejecución, y el otro es titular del bien jurídico que resulta vulnerado.

La posición que tales sujetos ocupan en el tipo y en las connotaciones que de ellos se exigen, dan lugar a distinciones que es necesario puntualizar, ya sea en relación con el agente respecto del pasivo.

Entendemos como sujeto activo aquella persona que ejecuta la conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal

(22) Porte Petit C. Celestino op. cit. p. 438

determinado, la calidad del sujeto activo solo surge en el momento en que este desarrolle el comportamiento típico.

Hemos señalado como sujeto activo a la persona; lo que resulta hoy apenas obvio. Sin embargo, no ocurrió siempre así en la "antigüedad se tuvo como sujetos activos de conductas delictivas no solo a los seres humanos sino también a los animales, incluso a las cosas."(23)

Como en el ámbito jurídico, el concepto de persona comprende no solo al ser humano individualmente considerado, sino también a la llamada persona moral y como se ha discutido, si esta última tiene o no la categoría de sujeto activo. La calidad del ser humano del sujeto activo admite en principio diferenciaciones legales referidas al sexo, edad, raza, origen, estirpe, o condición.

Se conocen tres opiniones doctrinales sobre esta materia.

a) Las personas jurídicas si pueden realizar conductas típicas VON LISZT, una de las modalidades de esta posición dice al respecto: "Los delitos de las corporaciones son posibles jurídicamente, pues por una parte las condiciones de la capacidad de obrar de las corporaciones en materia penal, no son fundamentalmente distintas de las exigidas por el derecho civil o por el derecho publico, cualquier sociedad puede contratar dolosamente o no cumplir los contratos celebrados, de los que se derivan obligaciones de dar."(24)

b) MESTRE, pretende demostrar que la persona jurídica tienen la voluntad e inteligencia, la unificación de voluntades se

(23) Reyes Echandía Alfonso, "Tipicidad" 6ª ed. Ed. Temis, Bogotá Colombia 1989. p. 26.

(24) cit. pos. Reyes Echandía Alfonso, op. cit. p. 27

efectúa gracias a lo que el llama "la solidaridad representativa"; sus miembros se reúnen y discuten para crear así la "deliberación psicológica" y luego toman determinaciones que dan lugar a la "resolución lógica" y luego toman determinaciones que dan lugar a la "resolución corporativa". Sostiene "el autor que la persona moral es una verdadera realidad jurídica y naturalmente, no un ente ficticio y agrega: "¿Cómo admitir que una ficción pueda mover y dominar, tantas realidades? ¿Cómo declara la guerra y ejecuta toda suerte de operaciones en ella?. Por otra parte, es una tendencia invencible del espíritu humano, ante una agrupación homogénea, la de unificarla y reconocerle una existencia tan real como la de los elementos que la forman, por eso la noción de la voluntad colectiva real, se impone ante una agrupación de voluntades."(25)

· Siguiendo a VON LISZT, sostiene MESTRE que si los hechos de las personas morales generan responsabilidad civil, no se ve por que no puedan dar lugar también a responsabilidad penal.

c) VICENTE ARENAS, sostiene "Cuando la persona física delinque por su propia y exclusiva determinación, solo ella es penalmente responsable. Pero si el delito lo comete como órgano de la persona moral determinada, no sólo por su propia voluntad sino también por lo de la persona jurídica que representa a la cual obedece, no hay razón para negar la coexistencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica y de la persona física que hizo posible la realización material del delito ".(26)

La persona física puede querer el delito, determinarse a cometerlo, prepararlo ejecutarlo y consumarlo.

(25) cit. pos. Reyes Echandía Alfonso op. cit. 28

(26) "Derecho Penal Colombiano" Ed. Universidad Nacional De Colombia, Bogotá 1964 p. 64

"La persona moral cuya voluntad colectiva también puede querer ciertos delitos y determinarse a cometerlos, los prepara, ejecuta y consume por medio de las personas físicas que le sirven de órgano o que la representan. La persona física obra como ejecutora de la determinación tomada por la persona jurídica."(27)

Aplicándolo al caso en concreto. Por sujeto activo es toda persona que normativamente, tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico, de los elementos incluidos en el particular tipo legal.

En consecuencia el artículo 462 Fracc. II, de la Ley General de Salud; no determina ninguna calidad para ser sujeto activo, ya que sólo nos menciona:

"A todo aquel que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos de seres humanos..."

En cuanto al segundo párrafo del mismo artículo, nos dice que pueden ser profesionales (médicos), técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud (enfermeras o pasantes de medicina; o cualquier persona".

Ya que estos tendrían la capacidad física de delito de comprender la ilicitud que se comete al realizar dicho delito.

Consecuentemente en el primer caso puede ser cualquiera, el sujeto activo de delito ya que en el tipo penal no exige calidad alguna para este, pues señala "A todo aquel que comercie con órganos..."

(27) Ibidem. p. 64

En cambio en el segundo caso el sujeto activo sólo puede ser quién tenga la capacidad de profesional, como podría ser un médico, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, y sólo quien tenga, estas calidades podrá, estar en actitud de colmar el tipo penal en comento.

3.2.- SUJETO PASIVO

Concepto

"El sujeto pasivo es el titular del interés jurídico, protegido por el legislador en el tipo penal, interés que resulta vulnerado por la conducta del agente."(28)

Giuseppe Bettiol considera, que en "todo delito existen dos sujetos pasivos; uno constante, este es el Estado-Administración, que se haya presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público Estatal; y el otro es eventual, dado por el titular del interés concreto violado por la infracción."(29)

Conforme a la teoría de la tipicidad, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico que se protege. De ahí la importancia que tiene el sostener, que el objeto jurídico, para efectos del proceso de encuadramiento típico, está constituido por el bien que escogió el legislador, si se aceptara la existencia de varios objetos jurídicos, habría que aceptar obviamente la existencia de los correspondientes sujetos pasivos, y esto nos llevaría a concluir que cuando el tipo penal es pluriofensivo, el sujeto pasivo es plural. Casi imposible le que daría al juzgador el proceso de adecuación, de esa presencia de varios intereses o bienes existen, pero no se tiene en cuenta para la configuración del tipo.

(28) Reyes Echandía Alfonso. op. cit. p. 43

(29) "Derecho Penal, Parte General" Ed. Temis Bogotá 1965 p. 610

En algunas legislaciones como la española, este problema se reduce, pues la conducta del sujeto activo esta limitada al apoderamiento de un bien del deudor y se exige circunstancias modales, como lo son la fuerza y la intimidación.

Como el bien jurídico protegido es la administración de justicia, el Estado es su titular y en consecuencia es sujeto pasivo del tipo. Y es que en un estado de derecho solamente los órganos oficiales consagrados en la Constitución y en las leyes pueden administrar justicia esto es, ejercer la función pública que tal actividad impone.

Eugenio Cuello Calón, considera como sujeto pasivo al "titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito".(30)

El legislador en el tipo legal describe, el concepto donde puede encajar cualquier ente contra el cual se dirige la acción del sujeto activo, y a quién pertenece el derecho o interés jurídico protegido, por el legislador, en el tipo penal, interés que resulta vulnerado por la conducta del agente.

Aplicándolo al caso en concreto el sujeto pasivo va hacer cualquiera en el que pueda recaer la acción de comerciar con órganos o partes de un cuerpo humano, tampoco determina una calidad para dicho sujeto pasivo, como se menciona en el artículo 462 Fracc.II, como sujeto pasivo tendremos aquella persona física ya sea esta, viva o muerta, de la cual se pueda comerciar con sus órganos, tejidos incluyendo sangre y sus componentes cadáveres, fetos o restos de seres humanos.

(30) "Derecho Penal T. 12", Bosch Casa Editorial, Barcelona 1960 p. 290

Se puede apreciar que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona idónea con la que se pueda comerciar con sus órganos o tejidos o partes del cuerpo humano, ya sea que esté vivo o muerto.

Entonces entenderemos como sujeto pasivo, tomando en cuenta lo del Artículo en mención, Fracc II "A cualquier sujeto humano" o del cual se pueda obtener órganos para su comercio.

Pues el mismo tipo penal no menciona, quienes podrían ser sujetos pasivos, ya que sólo nos habla de órganos o partes de ser humano, y que al comerciar con éstos se les aplicará, la sanción según el Art. 462 Fracc. II que nos dice "Al que comercie con órganos..." "Se le impondrá la sanción de..."

3.3.- EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

Concepto.

"Son esas mínimas cosas o personas consideradas como bienes, intereses o derechos tutelados por la ley, o sea, como objeto de relaciones jurídicas."(31)

El Código Penal Mexicano, en opinión de Porte Petit, tutela los bienes jurídicos, aunque sostiene que "es indudablemente, que todos los bienes, deben ser defendible, sea cualquiera el valor del bien. Sin embargo no parece ser este, el criterio del Código Penal, al establecer la circunstancia excluyente de responsabilidad penal, obrar el acusado en defensa de su honor o de sus bienes. Continúa Porte Petit señalando que la ley penal, solo protege los expresamente indicados en la fracción III, del artículo 15 (Reformado) que dice que si la ley penal

(31) Reyes Echandía Alfonso, op. cit. p. 83

realmente hubiera querido tutelar todos los bienes no habría hecho alusión, además a (personas) y al (honor) que igualmente son bienes de la persona. Ahora bien, que puede darse una extensión al término "personas", abarcando todos los bienes inherentes a ella, porque entonces no habría razón para que la ley se refiera al "honor" que es uno de dichos bienes. En consecuencia, debe entenderse que cuando se habla de personas, los bienes tutelados son: la vida y la salud personal, además del honor a que se hace referencia y cuando alude a "bienes" no puede ser sino los patrimoniales."(32)

Aplicándolo al caso en estudio tenemos, que el bien jurídico que busca la ley es la intransferibilidad de los órganos, tejidos, etc..., por ser bienes que están fuera del comercio por disposición de la ley.

3.4.- EL OBJETO MATERIAL.

Concepto

"El objeto material está constituido por las personas o las cosas que son objeto de las actividades humanas, en cuanto son exteriores, físicas o apreciables como bienes".(33)

El objeto material es la persona, cosa o fenómeno sobre el cual recae, o puede recaer la conducta. La función principal de este elemento dentro de la teoría del tipo, es la de permitirle al juzgador, en cada situación concreta establecer que la conducta del sujeto activo realmente se dirigía a "algo", o a "alguien" esto es que era trascendente, por ello se predica que existe la figura del delito o tentativa imposible, cuando esta ausente el objeto material.

(32) op. cit. p. 524

(33) Gómez Prada Agustín, "Derecho Penal Colombiano", Ed. Imprenta Del Departamento, Bucaramanga 1952. p. 137

"En reciente monografía, se sostiene que no existía tipos sin objeto material y que en algunos casos era indeterminado típicamente, pero determinable cuando se estudiaba el caso concreto. Esta situación se presenta especialmente, en los artículos en que el legislador hace una descripción abierta y amplia de la conducta."(34)

El "hacerse justicia por si mismo", o mejor el "actuar como si se fuese autoridad", los objetos materiales sobre los cuales recae o puede recaer son múltiples.

De acuerdo a la clasificación de Reyes Echandía: "El objeto material puede ser real, personal o fenómeno lógico, según se trate de una cosa de una persona o de un fenómeno jurídico. La conducta que verifica el sujeto agente en el tipo analizado, puede recaer sobre una cosa, como cuando por ejemplo, alguien se apodera de los bienes materiales del deudor." (35)

Si el sujeto activo, en vez de iniciar las acciones correspondientes mediante la vía civil por incumplimiento del contrato obliga por fuerza a otra persona a realizar un trabajo que no quiso realizar voluntariamente no obstante haber recibido el valor del trabajo estaremos en presencia de una conducta que tiene por objeto material una persona.

Como se menciona, el objeto material también puede ser personal.

Aplicándolo al caso en estudio tendremos como objeto material "los órganos, tejidos incluyendo la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos..."

(34) Reyes Echandía Alfonso, op. cit. p. 82

(35) loc. cit. p. 83

(Artículo 462 Fracc.II) todos aquellos que se puedan obtener de un cuerpo ya sea este vivo o muerto, pues es sobre de ellos o respecto de éstos que se va a realizar el comercio.

3.5.- LA CONDUCTA..

Concepto

"La conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito."(36)

Para Porte Petit C. Celestino, "la conducta consiste en un hacer voluntario o no voluntario (culpa)."(37)

La conducta configura el elemento o aspecto objetivo del delito, en tanto que es también un elemento del tipo legal.

En cuanto el legislador observa, los diversos modos de reaccionar del individuo ante los estímulos que le depara el ambiente social en el que vive, y toma nota de aquéllos que vulneran derechos personales o sociales, poniendo en peligro la estabilidad del conglomerado humano que el Estado tiene la obligación de proteger. La conducta descrita en una actividad del agente, es un hacer o inactividad, en un hacer cuando se tenía la obligación jurídica de actuar. En algunos casos el tipo prevé conducta mixta, es decir de acción y de omisión.

Dice GRISPINGI, "lo que se sanciona es el acto material pero en la segunda hipótesis no se castiga en si mismo considerado, sino por que constituye el medio por el cual el hecho psíquico es conocido por otros."(38)

(36) Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos De Derecho Penal" 19ª ed. Ed. Porrúa 1984 p. 149

(37) op. cit. p. 295

(38) cit. pos. Reyes Echandía Alfonso, op. cit. p. 53

A veces el elemento objetivo del delito es la conducta, si el tipo legal describe simplemente una acción, o una omisión y otras un hecho, cuando la ley requiere además de la acción o de la omisión la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de la conducta.

La conducta será en este caso el de hacer u obrar negativamente o positivamente, será positiva, si se hablara que al momento de obtener un órgano lícitamente con la finalidad de perpetuar otra vida no se estaría atentando contra otra vida humana, puesto que se supone que se está obrando bajo los lineamientos jurídicos, que es el de proteger la vida.

El hacer negativamente es el de atentar contra la vida o integridad humana, con el fin de lucrar, al extraer algún órgano, puesto que se daría el caso que no importaría el sujeto ni tampoco que órgano o tejidos puesto que sería este vital o no, y se atentaría contra la vida misma del sujeto pasivo, o la pondría también en peligro

la conducta (acción u omisión) es el de proceder descrito en el tipo. El concepto jurídico penal de conducta, se constituye por una voluntad y un hacer algo, o un dejar de hacer algo se configura con los mismos elementos. La voluntad y actividad causal define a la acción; la voluntad y el dejar de hacer algo señalado en el tipo a la omisión.

Aplicándolo al caso en estudio, tenemos que la conducta que realiza el sujeto activo siendo éste cualquier persona, es la de comerciar con los órganos o tejidos de un cuerpo humano

ya sean éstos de una persona viva o muerta y que se describe en el artículo:

462.- "Se le impondrá de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo vigente en la zona económica de que se trate.

Fracc. II.- Al que comercie con órganos tejidos incluyendo la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos".

En cuanto al último párrafo del artículo, en el cual menciona la "intervención de profesionales (médicos) o auxiliares de las ciencias de la salud..." y la suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional.

También son responsables del delito, ya que con su conducta ayudan a comerciar con órganos o partes de un cuerpo humano.

En consecuencia la conducta del sujeto activo que se va a sancionar, es la de comerciar con los órganos humanos según establece el mismo tipo legal.

En tanto a la calidad, en el primer párrafo nos menciona esta pues es la primera parte del artículo en mención nos dice "Al que comercie", sin referirse a alguien, pero si en cuanto a la conducta de éste para vender dichos órganos humanos.

En tanto a la última parte del articulado en mención nos habla también de conducta pero en los que se refiere a los profesionales como podrían ser médicos o pasantes, enfermeras

o técnicos de la salud, que además su sanción será agravada, pues su conducta a parte de ser la de comerciar con órganos se agrava al tener conocimiento sobre el cuerpo humano y al aplicarlo para desarrollar dicha conducta delictiva.

3.6.- EL RESULTADO.

Concepto

"Por resultado se entiende, cuando se produce una mutación en el mundo exterior de naturaleza física anatómica fisiológica o psíquica o económica, descrita en el tipo."(39)

La acción comprende también el resultado, un movimiento corporal sin resultado, entendiéndose éste en el sentido amplio cuyo contenido está limitado a las conductas humanas que lesionan, y ponen en peligro o crean posibilidad de peligro en bienes jurídicos.

El sentido que debe darse a la palabra mutación o no mutación en el mundo exterior, es cosa largamente debatida. Tenemos por cierto que el efecto, del delito puede consistir en un cambio físico o psíquico, además también como fuera de cuestión, que son resultados el daño y el peligro.(40)

No se persigue llegar a determinar, cuando algún sujeto es responsable jurídicamente de un resultado, si no sólo cuando ese resultado le puede ser "atribuido por el derecho", que es por otra parte, mas que ser causante físico de tal resultado.

Según el resultado que produce los delitos se clasifican en formales y materiales. A los primeros se denominan delitos de simple actividad o de acción, a los segundos se les llama

(39) Porte Petit C. Celestino, op. cit. p. 327

(40) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 137

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la emisión de la gente no siendo necesario para su integración la producción de un resultado externo. Son delitos de mera conducta; se sancionará la acción.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo material (homicidio, robo, etc.)

El resultado es el efecto natural de la actividad descrita en el tipo. Su presencia en el tipo es eventual, pues depende de su necesidad para producir la lesión del bien. El legislador de entre todos los efectos naturales de la actividad solo incluye en el tipo el necesario o idóneo para producir la lesión.

Aplicándolo al caso en estudio, tenemos como resultado de la conducta de comerciar con órganos, la sanción que se menciona en el art. 462 fracc. II, a la persona que "comercie" con órganos, tejidos incluyendo la sangre..."

En consecuencia, el resultado en el tipo en mención es la conducta que viola el deber jurídico de no comerciar con órganos humanos y que desarrollará el sujeto activo al comerciar con estos, y al llevar al cabo dicha conducta, que es sancionada ya que se adecuará al tipo legal descrito en el art. 462 fracc. II, que es la sanción que se dará a quien comercie con órganos humanos, por lo tanto estamos en presencia de un delito de resultado formal o jurídico que no requiere de una mutación del mundo exterior, sino que se manifiesta con la violación del deber jurídico de no comerciar.

4.- ELEMENTOS ESPECIALES.

4.1.- MEDIOS DE COMISION - REFERENCIA TEMPORAL, ESPACIAL Y OCASIONAL.

Concepto

"Los tipos de numerosos casos, exigen determinados medios originándose los llamados delitos con medios legalmente determinados o limitados, y ello quiere decir que para que pueda darse la tipicidad tiene que concurrir los medios que exiga el tipo correspondiente."(41)

Las cosas como medios de comisión de un delito, son aquellos instrumentos inocuos o peligrosos que deben ser empleados por el agente, en cuanto descritos en el tipo.

La prensa o los escritos, en general idóneos para la transmisión del pensamiento, son instrumentos inocuos a los que se refiere el legislador en los delitos de calumnia. En cuanto a los instrumentos peligrosos, ellos pueden consistir en sustancias o en armas.

La Referencia Espacial; puede demandar una referencia espacial, o sea de lugar MEZGER, anota que "esto quiere decir que la ley fija exclusivamente como típicos determinados medios locales de comisión del delito y que la ejecución el acto en otro lugar no recae en el tipo".(42)

La circunstancias de lugar. "El concepto espacial, como acertadamente indica GRISPIONI, no debe tomarse aquí en sentido filosófico, sino empírico."(43) El se concreta al lugar.

(41) Porte Petit C. Celestino op. cit. p. 436

(42) cit. pos. Porte Petit C. Celestino, op. cit. p. 434

(43) cit. pos. Reyes Echandi Alfonso, op. cit. p. 65

específicamente señalado en el tipo, donde la conducta del agente debe desarrollarse.

El lugar al que el tipo se refiere puede ser de ámbito ilimitado o circunscrito.

La ilimitación espacial implica la posibilidad de ejecutar el hecho en cualquier parte.

El espacio es circunscrito cuando el propio tipo indica el lugar en donde la conducta debe desarrollarse, o la naturaleza misma de esta encierra delimitación espacial.

La circunscripción espacial es jurídica cuando el lugar en donde la conducta se desarrolla posee de suyo una especial valoración jurídica, como ocurre con las cámaras legislativas. Las circunstancias de tiempo. El factor temporal de que ahora nos vamos a ocupar se refiere al momento en que el hecho se debe ejecutar para que resulte típicamente adecuado.

La ilimitación implica la posibilidad de ejecutar el hecho o la conducta en cualquier parte. En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no ocurrir no se dará la tipicidad. Por ello, MEZGER, expresa que la ley a veces establece determinados medios temporales como exclusivamente típicos.

La temporalidad de la conducta así entendida, puede ser ilimitada o circunscrita, tal como lo indicamos respecto a las circunstancias espaciales. Lo primero significa que la conducta puede ejecutarse en cualquier momento, y lo segundo que solo al que el tiempo se refiere.

La conducta está temporalmente circunscrita cuando debe ejecutarse dentro de un determinado espacio de tiempo. Esa temporalidad también puede ser tácita o expresa.

Es tácita en todos los tipos de omisión propia, ya que en ellas la comisión es constitutiva del delito en el momento en que se deja de realizar el comportamiento activo jurídicamente exigible.

La conducta debe ejecutarse después de un hecho determinado cuando éste es presupuesto de aquella como el encubrimiento, pues la estructuración de esta figura hace necesario que el agente tenga conocimiento de la previa comisión de un delito, en forma tal que la ilicitud de su comportamiento radica precisamente en facilitar la labor ulterior de quienes ya delinquieron, bien sea ocultando a los responsables o al producto de su ilicitud u omitiendo denunciar el hecho a las autoridades.

La Temporalidad en la conducta puede ser tácita o expresa. Será tácita cuando se deja de realizar determinada conducta exigible, y expresa cuando aún se sabe que está cometiendo un delito, con determinada conducta o lo facilita para que se delinquiera, o bien se oculte al responsable u omite denunciarlo a las autoridades.

Aplicándolo al caso en estudio:

a) LOS MEDIOS DE COMISION.

Son los instrumentos o la temporalidad distinta de la conducta, exigidos en el tipo, empleados para la realización de la conducta o producir el resultado.

En el tipo legal artículo 462 fracc. II; En lo que se refiere a estos, no determina ni especifica los medios de comisión por consecuencia puede ser cualquiera que facilite el Comercio de los órganos o tejidos del cuerpo humano..."

b) REFERENCIA TEMPORAL.

Es la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo, dentro de la cual ha de realizarse la conducta o producir el resultado.

Por consecuencia el tipo legal antes referido; No exige tiempo o lapso determinado para realizar la conducta, de "Comerciar con órganos o tejidos..." Estos se puede dar en cualquier tiempo.

c) REFERENCIA ESPACIAL.

Es la condición de lugar señaladas en el tipo, en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado. Por lo tanto en el artículo 462 fracc. II. Tampoco nos determina un lugar específico para "Comerciar con órganos o su obtención de, los mismo por consiguiente el lugar puede ser en cualquier parte idónea para la venta de órganos o tejidos humanos..."

4.2.- NORMATIVIDAD O ANTIJURICIDAD.

Concepto

"Los elementos normativos son presupuestos del injusto tipificado, y solo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales. En presencia de los elementos normativos el juez instructor no ha de reducirse a su habitual menester. En tales hipótesis que han de ser fijadas

cuidadosamente en cada caso, el juez de instrucción está obligado a hacer un juicio valorativo sobre índole antijurídica de la conducta del autor".(44)

Fue MAX ERNEST MAYER, "quién primero se ocupó de estos elementos y los definió como partes esenciales de un resultado típico que solo tiene una importancia valorativa determinada".(45)

Las críticas procedentes solo se refieren aquellos ingredientes normativos que apuntan hacia el fenómeno de la antijuricidad genéricamente entendido (antijurídico contrario a derecho, fuera de los casos permitidos por la ley) y que por lo mismo, no se, estaría agregando nada sustancial al tipo, como que serían notas subsumibles dentro del concepto de antijuricidad.

Pavón Vasconcelos, acepta que tales expresiones forman parte de la descripción en los tipos penales y que se llaman normativos, "por implicar una valoración de ellas por el aplicador de la ley, tal valoración, es necesario para poder captar el sentido de la norma."(46)

"Surgen los ingredientes normativos y subjetivos del tipo predicable a cualquiera de los elementos del tipo, (sujeto activo y pasivo, objeto material y conducta) y estos, solamente del sujeto activo, hablamos en este caso de ingredientes especiales, por que no son de la esencia de los tipos penales."(47) Ordinariamente el legislador se limita a describir en forma objetiva dentro del tipo el modelo de comportamiento que considera digno de incriminación; pero ocurre que no siempre

(44) Jiménez De Asua L. "La Ley y El Delito" 5ª ed. Ed. Sudamericana Buenos Aires 1967 p. 89

(45) cit. pos. Reyes Echandía Alfonso. op. cit. p. 89

(46) "Nociones De Derecho Penal Mexicano; Parte General" Ed. Instituto De Ciencias Autónomo, Zacatecas México 1964 p. 52

(47) Reyes Echandía Alfonso op. cit. p. 88

es posible encerrar en esquema objetivos-formales la compleja estructura de la conducta humana, en efecto sucede a veces que para tipificarla de manera clara y comprensiva o para evitar la sanción penal de la conducta ilícita o inocuas, es necesario incrustar en el tipo elementos cualificados cuya interpretación exige una posición valorativa a ellos se ha dado el nombre de normativos.

Aplicándolo al caso en concreto, la antijuricidad o normatividad, no la especifica el tipo legal en mención, solo esta implícita en el mismo artículo, al mencionar la sanción que se dará al que infrinja esta norma, de comerciar con órganos humanos ya sea este cualquier sujeto; o en su caso algún médico, enfermera o técnico en ciencias de la salud, se le aplicará además la suspensión de su ejercicio profesional, como serían los médicos las enfermeras o algún técnico en las disciplinas de la salud.

4.3.- ELEMENTOS SUBJETIVOS, DOLO ESPECIFICO.

Concepto

"En numerosos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ellas otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto. El aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a está con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito."(48)

"Son elementos subjetivos.- Concretamente referidos al dolo expresados con las palabras "maliciosamente", intención de matar", etc; con cuyos vocablos se alude al dolo para diferenciar los casos de homicidios, de lesión o de aborto intencional, de aquellos otros de naturaleza culposa."(49)

(48) Jiménez De Asua L. op. cit. p. 255

(49) supra p. 256

La aceptación de elementos subjetivos en el tipo descansa sobre la confusión del delito-tipo con la figura, delictiva pues a tiempo, que para toda figura delictiva la faz subjetiva (llámase dolo o culpa) es esencial, para el delito-tipo lo que -- importa es el hecho externo sin referencia alguna a la psique del autor, desde el momento en que su función es precisamente la que se relaciona en él, aparte del momento objetivo propiamente tal, lo interno del autor. La doctrina de los elementos subjetivos del tipo, agrega VON BELING ERNEST; "no son las palabras de la ley sino su espíritu lo que importa para la comprensión del delito-tipo y por ellos es tarea de los juristas buscar una expresión verbal para sustituir a esa inadecuada palabra compuesta expresión que designa correctamente el esquema regulador común para la faz objetiva y subjetiva".(50)

La imposibilidad de construir una sistemática que contenga los elementos subjetivos del tipo en la esfera de un dolo sin adjetivos "ha hecho que los juristas partidarios de su inclusión en la culpabilidad hayan debido crear un dolo especial o específico extendiendo de tal suerte el alcance de la noción tradicional del dolo".(51) Se habla entonces de un dolo genérico entendido como la mera voluntad de producir el resultado dañoso o peligroso y de un dolo específico cuando, además de tal voluntad, se requiere un fin particular de parte del agente; esta distinción se funda en el siguiente razonamiento si el dolo debe ser referido al tipo, es claro que si de este se excluyo su elemento subjetivo, el dolo quedaría convertido en conciencia y voluntad del solo hecho material, pero cuando se exige además un plusicológico (propósito o finalidad legalmente plasmados), el conforma el supra dicho dolo específico.

- (50) "El Rector De Los Tipos Del Delito" Ed. Reus. Madrid 1936 -- p.53.
(51) Politoff Sergio "Los Elementos Subjetivos Del Tipo Legal" - Ed. jurídica De Chile, Santiago De Chile 1965 p.70

Vannin, dice si el dolo es voluntad consistente de realizar el hecho en el complejo de los elementos subjetivos que lo conforman, es decir si el dolo es incognitacione et voluntate, lo que objetivamente es el hecho previsto en la ley como delito él no consiente los atributos de la generosidad y especificidad.

El mal llamado dolo específico no es ni una integración ni una particular postura del dolo, es solamente un extremo (subjetivo), un elemento constitutivo del tipo. "Dichos autores han entendido sin mayores divergencias que el dolo específico se presenta siempre además de la voluntad consciente de producir un resultado antijurídico, y la norma exige la presencia de un fin particular, sin el cual el delito no existe".(52)

El dolo es uno de los elementos subjetivos del tipo que hacen referencia en forma especial a aspectos subjetivos, lo entienden como dirección específica de la voluntad.

Aplicándolo al caso concreto tenemos que en el tipo legal como elementos subjetivos, ésta no se da sino al momento de llevar a cabo la conducta ilícita de comerciar con órganos.

4.4.-CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO, PASIVO, OBJETO MATERIAL.

Concepto

"El sujeto activo puede ser cualquiera y entonces estamos frente a un delito común o "diferente, el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto originándose los llamados delitos propios, especiales, o exclusivos".(53)

(52) cit. pos. Reyes Echandía Alfonso op. cit. p. 100

(53) Porte Petit C. Celestino, op. cit. p. 438

Todos los seres humanos, abstractos destinatarios de la norma penal, son potencialmente sujetos activos del delito; esto significa que ordinariamente cualquier persona es capaz de ejecutar la conducta descrita en el tipo sin embargo, en algunos casos la posibilidad de ser sujeto agente de ilícitos sufre restricciones en cuanto solo puede serlo aquella categoría de individuos que presentan una connotación especial sin la cual o el hecho no es delictuoso o se transforma en un ilícito diverso.

CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO.

La cualificación del sujeto activo es excepcional, cuando el tipo la requiere solo podrá ser agente la persona revestida de aquella condición, característica o cualidad, esa cualificación personal puede ser de índole natural jurídica o profesional.

La cualificación natural.- Entendiéndose por cualificación natural aquel conjunto de caracteres individuales que permiten diferenciar a una persona de otra, independiente de cualquier predicado jurídico o social.

La cualificación natural puede referirse a la edad, al sexo o a una condición biopsíquica.

La cualificación natural se refiere a la edad, cuando el tipo exige que el sujeto activo posea una condición relacionada con su edad, la cualificación natural se predica del sexo cada vez que el tipo legal exige la participación de un sujeto activo perteneciente al sexo masculino o femenino, tal referencia

puede ser expresa como en la muerte del hijo fruto de acceso carnal violento y en el aborto en relación con los cuales el agente debe ser mujer.

Por Cualificación Jurídica.- Entiéndase aquella connotación personal que tiene relevancia en cualquier área del derecho. Esta cualificación del sujeto activo puede ser de derecho público o de derecho privado.

Es de Derecho Público, cuando pertenece a un ordenamiento jurídico de esta especie, son ejemplos de dicha clase aquellos tipos en los que el agente debe ser un "funcionario público como en el peculado".

La Cualificación Jurídica es de Derecho Privado cuando pertenece a un ordenamiento ius privatista tal sucede en las hipótesis en que el sujeto activo debe ser ascendiente o descendiente del sujeto pasivo, como en el incesto.

La Cualificación Profesional se presenta cuando el agente ejerce una determinada profesión u oficio en razón del cual cometió el delito. De esta naturaleza son los tipos que requiere la presencia de un "apoderado" o "consultor", tipo que reclama la acción de "profesional o practicante de medicina, odontología, enfermería, farmacia o de alguna de las profesiones auxiliares de la medicina".

CALIDAD DEL SUJETO PASIVO.

Existen especies de sujetos pasivos en razón de la titularidad del bien jurídico protegido, en cuanto a su número y respecto de su calidad.

En cuanto a la titularidad del bien jurídico. Desde este punto de vista hay tres especies de sujeto pasivo: el individuo, la colectividad y el Estado.

Individuo es sujeto pasivo de todos aquellos tipos penales que pretenden amparar intereses jurídicos de los cuales es titular la persona individualmente considerada, tales como la vida, y la integridad personal.

La colectividad asume la categoría de sujeto pasivo en los tipos que buscan proteger, intereses jurídicos que no pertenecen a un sujeto en particular sino genéricamente al conglomerado social como la salud pública.

El Estado adquiere el carácter de sujeto pasivo en aquellos tipos que amparan intereses jurídicos de los cuales es su titular, como la administración pública o de justicia.

Los sujetos pasivos pueden ser indeterminados o cualificados.

La indeterminación implica que la conducta es típica y, por ende, susceptible de ilicitud cualquiera que sea el titular del bien jurídico afecto. Cuando a tales sujetos se refiere, el legislador suele emplear expresiones como "otra", "otro" "alguno", "otra persona", "una persona".

La cualificación del sujeto pasivo esta referida a una condición natural, jurídica, moral o profesional, de la cual debe estar revestido al menos en el momento del hecho.

La cualificación natural a su vez, depende de la edad, del sexo o de una condición psíquica del sujeto pasivo.

La cualificación natural está supeditada a la edad, siempre que el tipo legal condicione la tipicidad de la conducta así sea implícitamente el número de años del sujeto pasivo de tal manera que sin este requisito, el hecho, o no es delictuoso o se transforma en un ilícito diverso.

La calidad del sujeto no sufre alteraciones en razón del sexo, hay tipos penales en los que se describen conductas que solo pueden lesionar un interés jurídico.

La cualificación biopsíquica se da tanto en el caso de que el sujeto padezca de una anomalía mental cualquiera en el momento de la comisión del ilícito, sea que la anomalía psíquica fuese preexistente al hecho, modalidad, como cuando el sujeto pasivo sufre de una enfermedad física, tal como ocurre en el homicidio eutanásico cuando habla de "lesiones corporales". Otras veces se trata de una simple condición biológica como el estado de gravidez en la mujer, que es presupuesto del delito de aborto.

La cualificación jurídica del sujeto pasivo se refiere tanto a una persona física como a una persona moral, y en cualquiera de los dos casos puede ser de derecho público o de derecho privado.

El sujeto pasivo es una persona física de derecho público en el caso del tipo descrito, en cuanto la conducta del agente consistente en retardar o incumplir la orden de libertad de un preso o detenido.

Otras veces el sujeto pasivo es una persona física de derecho privado, como el marido que patrocina o tolera la prostitución de su cónyuge.

EL OBJETO MATERIAL.

Concepto

Gustavo Gallón Giraldo," asevera que el objeto material es aquella persona o cosa que el legislador ha querido proteger, por concretarse en ella, el objeto jurídico y sobre la cual recae la conducta típica."(54)

El legislador no protege "personas o cosas" sino intereses jurídicos que se concretan no solamente sobre personas o cosas sino también sobre fenómenos jurídicos, naturales o sociales. Sin embargo, no toda persona, cosa o fenómeno que entre en el radio de acción del actor debe tenerse como objeto material así si alguien se vale de un inimputable (menor de edad o enfermo mental) para cumplir un designio criminal o dar muerte a otro, por ejemplo, esto no es el objeto material de la conducta sino el instrumento que el agente emplea para lograr su propósito.

Como el objeto material de la conducta típica puede ser una persona y como también una persona es el sujeto pasivo de la misma, pudiera pensarse que los dos conceptos se identifican sin embargo ello no es así por que a tiempo que la persona como objeto material es el individuo sobre el cual se concreta el interés jurídicamente tutelado y el cual se refiere la conducta del actor, entendida como sujeto pasivo, es el titular de ese mismo interés jurídico u omisión del sujeto activo.

Lo que acontece es que en determinados tipos penales pueden coincidir las dos calidades en una misma persona; justamente en aquellos casos en los que el sujeto sobre el cual se concreta

(54) "Los Delitos Sin Objeto Material." Tesis De Grado. Publicaciones Universidad Externo De Colombia 1974 p.13

el interés jurídico y hacia el cual apunta la conducta del agente, es el mismo titular del bien jurídico que ha sido vulnerado, como ocurre en el homicidio, pues que en esta hipótesis, la acción típica de matar se produjo sobre la integridad biopsíquica, de la misma persona cuyo derecho a la vida fue destruido.

CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO.

Aplicándolo al caso en estudio, la calidad específica del sujeto activo, es el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadora de los sujetos a quienes ha dirigido el deber.

Por lo tanto la calidad que requiere el sujeto activo en el caso no está determinada en la Fracc. II, del art. 462, que nos dice en dicha fracción II.- "AL QUE COMERCIE CON ORGANOS, TEJIDOS INCLUYENDO LA SANGRE, Y SUS COMPONENTES, CADAVERES, FETOS O RESTOS DE SERES HUMANOS".

Por consiguiente puede ser cualquier persona que "Comercie con órganos humanos". Por lo que se refiere al último párrafo, si nos habla de calidad específica ya que nos dice que deben ser médicos o auxiliares de las disciplinas médicas y que a éstos se les suspenderá, además de la sanción que se les aplique.

SUJETO PASIVO

La calidad específica, es el conjunto pasivo, en función de la naturaleza del bien tutelado. Es aquel que reúna esas características.

Al aplicarlo al Art. 462 Fracc. II, tenemos que tampoco nos determina calidad específica pues cualquier persona ya sea viva o muerta (cadáver) tiene órganos, por lo tanto cualquiera de éstos puede ser sujeto pasivo para el articulado mencionado.

OBJETO MATERIAL

Objeto material (objeto de la acción) es el ente corporeo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo.

Aplicándolo al caso en estudio, el objeto material van hacer los órganos, a los cuales se dirigirá la acción de comerciar con órganos como se especifica en la fracc. II, "Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos..."

4.5.- CANTIDAD DEL SUJETO ACTIVO, PASIVO, OBJETO MATERIAL.

Concepto

"En orden al número la doctrina divide los delitos en individuales, monosubjetivos o de sujeto único y delitos plurisubjetivos colectivos, cuando el tipo requiere la intervención de dos o más personas."(55)

CANTIDAD DEL SUJETO ACTIVO.

En cuanto al número, desde este punto de vista, hablese de tipos monosubjetivos y plurisubjetivos.

Son monosubjetivos aquellos tipos en los que es suficiente que una sola persona realice la conducta en ellas descritas:

(55) Jiménez Huerta Mariano. "La Tipicidad" Ed. Porrúa México - 1955 p.62

si son varios los que intervienen, surge la figura jurídica de la coparticipación. La mayor parte de las conductas descritas por el legislador cabe en esta modalidad típica; a manera de ejemplo mencionaremos la falsedad documental, el secuestro, las lesiones o el hurto.

Los tipos plurisubjetivos, exigen la presencia de por lo menos dos, en forma tal que la conducta ejecutada por un solo individuo no es típica ni, por ende, delictuosa. La plurisubjetividad no es, pues, un concepto rígido que deba ser afirmado siempre que en el tipo se haga referencia a varias personas que conjuntamente pueden intervenir en la realización de un hecho "preciso es para concluir que nos hallamos ante un delito plurisubjetivo, relacionar la dualidad o pluralidad o de personas mencionadas en el tipo necesarias para su integración, con las conductas que conjuntamente han de realizar para la integración del hecho delictivo".(56)

Por lo que respecta al número de sujetos activos necesarios para la realización de la conducta típica, la plurisubjetividad puede ser bilateral o multilateral. Es bilateral cuando el número de agentes exigidos por el respectivo tipo legal de dos, pudiéramos aún hablar de una bilateralidad impropia cuando uno de los dos individuos a que se refiere el tipo es el que ordinariamente responde del hecho, y solo en forma eventual responde el otro, cuando voluntariamente y con conocimiento de las modalidades típicamente previstas realiza el comportamiento allí descrito, así el incesto y la bigamia, pues en ellos el agente responsable es, en el primer caso, quien ejecuta el acto erótico-sexual, con un pariente y en el segundo quién contraiga matrimonio vigente un vínculo anterior válido,

(56) Porte Petit C. Celestino , op. cit. p.441

si son varios los que intervienen, surge la figura jurídica de la coparticipación. La mayor parte de las conductas descritas por el legislador cabe en esta modalidad típica; a manera de ejemplo mencionaremos la falsedad documental, el secuestro, las lesiones o el hurto.

Los tipos plurisubjetivos, exigen la presencia de por lo menos dos, en forma tal que la conducta ejecutada por un solo individuo no es típica ni, por ende, delictuosa. La plurisubjetividad no es, pues, un concepto rígido que deba ser afirmado siempre que en el tipo se haga referencia a varias personas que conjuntamente pueden intervenir en la realización de un hecho "preciso es para concluir que nos hallamos ante un delito plurisubjetivo, relacionar la dualidad o pluralidad o de personas mencionadas en el tipo necesarias para su integración, con las conductas que conjuntamente han de realizar para la integración del hecho delictivo".(56)

Por lo que respecta al número de sujetos activos necesarios para la realización de la conducta típica, la plurisubjetividad puede ser bilateral o multilateral. Es bilateral cuando el número de agentes exigidos por el respectivo tipo legal de dos, pudiéramos aún hablar de una bilateralidad impropia cuando uno de los dos individuos a que se refiere el tipo es el que ordinariamente responde del hecho, y solo en forma eventual responde el otro, cuando voluntariamente y con conocimiento de las modalidades típicamente previstas realiza el comportamiento allí descrito, así el incesto y la bigamia, pues en ellos el agente responsable es, en el primer caso, quien ejecuta el acto erótico-sexual, con un pariente y en el segundo quién contraiga matrimonio vigente un vínculo anterior válido,

(56) Porte Petit C. Celestino , op. cit. p.441

la otra persona lo será igualmente si realiza el acto sexual a sabiendas del vínculo familiar que la une con el primario, en el incesto, si contrae matrimonio sin ignorar el contrato matrimonial que ligo el actor con otra persona, en la bigamia. La bilateralidad es en cambio propia cuando en todo los dos individuos que realizan el hecho son igualmente responsables de él, tal sucede en un duelo. "La plurisubjetividad es multilateral cuando el tipo requiere la presencia de un número más amplio de personas, como ocurre en la piratería, la sedición, etc. en los que la estructuración del ilícito no es posible sin la plurima intervención de sujetos activos, y en la asociación para delinquir en donde expresamente se exigen tres o más personas."(57)

CANTIDAD DEL SUJETO PASIVO.

Concepto

"El tipo puede igualmente exigir determinada cantidad en el sujeto pasivo y de no existir ésta, puede darse la atipicidad, originándose cuando requiere tal calidad, un delito personal, y cuando el sujeto pasivo pueda ser cualquiera".(58)

En cuanto a su número. Por este aspecto el sujeto pasivo puede ser singular o plural.

Hay sujeto pasivo singular cuando basta la presencia de un solo titular del bien jurídico afectado por la conducta del agente. Esto no obstante para que haya dos o más, pero en tales hipótesis habrá tantos delitos, como sujetos pasivos lesionados; Cuando se habla de sujeto pasivo plural se está haciendo referencia aquellos tipos penales que protegen intereses jurídicos cuyo titular es la colectividad.

(57) Reyes Echandía Alfonso, op. cit. p. 37

(58) Porte Petit C. Celestino, op. cit. p. 442

En tales casos la pluralidad es indeterminada, aunque determinable, puesto que solo cuando se realice la conducta típica podrá evaluarse la magnitud del daño o del peligro respecto de los miembros de la colectividad potencial o realmente afectados por ella.

En el envenenamiento o contaminación de aguas o sustancias destinadas a la alimentación por ejemplo, el sujeto pasivo estará conformada por aquellas personas, que forman parte de la colectividad y a la sociedad que representan, que de acuerdo con la destinación de las aguas o sustancias alimenticias, estuvieron en peligro de tomarlas o ingerirlas.

OBJETO MATERIAL.

En todo tipo de pena existe un interés u objeto jurídico, un sujeto pasivo y objeto material, por consiguiente no es posible hablar de tipos penales sin objeto material, se puede afirmar que el objeto material, es aquello material sobre lo cual se concreta el interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo penal, y al cual se refiere la acción y omisión del agente.

Los conceptos de objeto jurídico, sujeto pasivo y objeto material están necesariamente vinculados no deben confundirse el primero y el último, ya que está constituido por el interés de alguien (individuo, sociedad o estado) que tienen sobre un bien jurídico y esto es aquello sobre lo cual dicho interés se concreta.

"El objeto material del tipo puede ser una persona o una cosa. El objeto material personal. Es toda persona, física o moral viva o muerta, consciente, sobre la cual se concreta el interés jurídicamente tutelado y a la cual se refiere la conducta del agente."(59)

Gallón Giraldo Gustavo, asevera que el objeto material "es aquella persona o cosa que el legislador ha querido proteger por concretizarse en ella el objeto jurídico, y sobre la cual recae la conducta típica. Sólo que el legislador no protege "personas" o "cosas" sino intereses jurídicos que se concretan no solamente sobre personas o cosas sino también sobre fenómenos jurídicos naturales o sociales".(60)

CANTIDAD DEL SUJETO ACTIVO.

Estos tipos se concretizan por una sola persona, aunque pueden presentarse varias en algunos casos concretos.

Aplicándolo al caso en estudio. El artículo 462 Fracc. II; No, nos determina la cantidad del sujeto activo pues pudiera ser uno o varios los que comercien, pues solo menciona "Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre, y sus componentes cadáveres, o restos de seres humanos".

Por lo que se refiere a la última parte del artículo que menciona, la intervención de auxiliares de las disciplinas para la salud, tampoco determina la cantidad de sujetos activos de delito que pudieran ayudar, a comerciar dichos órganos humanos.

Por consiguiente tanto en el primer y segundo caso no, nos determina cantidad en el tipo legal, por lo que puede ser

(59) Jiménez De Asua L. "Tratado De Derecho Penal T. III", 2ª ed. Ed. Losada, Buenos Aires 1950. p.100

(60) op. cit. p. 13

uno o varios los que participen en el delito de comerciar con órganos o tejidos o partes de un cuerpo humano.

CANTIDAD DEL SUJETO PASIVO.

Aplicándolo al caso en estudio, tenemos que hay tipos legales que exigen una cierta pluralidad de personas para la integración del sujeto pasivo, en este caso la Fracc. II, del Artículo 462, la cantidad de varios cuerpos no se da pues de un solo cuerpo ya sea vivo o muerto (cadáver) o feto, se pueden comerciar con diversos órganos por consiguiente no es determinable la cantidad del sujeto pasivo.

En consecuencia tampoco nos determina la cantidad en el tipo legal pues de uno o de varios cuerpos humanos de los cuales se pueden comerciar con sus órganos ya sea parcial o total.

CANTIDAD DEL OBJETO MATERIAL.

Al aplicarlo al caso en concreto tampoco hay cantidad de objeto material siendo los órganos. Pues estos pueden ser diversos órganos de los cuales se pueden comerciar de igual manera que si fuesen de uno o varios cuerpos humanos, pues la mayoría de los órganos internos pueden ser susceptibles de trasplante, sí como los externos (piel) son susceptibles para que se comercie con estos. Por consiguiente la cantidad del sujeto material en este caso va a ser indeterminada.

C A P I T U L O I V

ELEMENTOS DEL DELITO.

- 1.- CONCEPTO DE DELITO
 - 2.- CONCEPCION DEL DELITO
 - 3.- ELEMENTOS DEL DELITO
 - 4.- LA CONDUCTA - AUSENCIA DE CONDUCTA
 - 5.- TIPICIDAD - ATIPICIDAD
 - 6.- ANTIJURICIDAD - CAUSAS DE JUSTIFICACION
 - 7.- IMPUTABILIDAD - INIMPUTABILIDAD
 - 8.- CULPABILIDAD - INculpABILIDAD
 - 9.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD - AUSENCIA DE
CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD
 - 10.- PUNIBILIDAD - EXCUSAS ABSOLUTORIAS
- CONCLUSIONES.

1.- CONCEPTO DE DELITO.

ERNESTO BELING, define el delito y nos dice que es "la acción típica antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y llena las condiciones objetivas de penalidad. (dicha definición la da en su DIE LEHRA VON VERBRECHEN."(61)

Resulta de la definición que para que un acto sea delito son necesarios estos requisitos:

- a) acción descrita en la ley, es decir tipicidad;
- b) que sea contraria al derecho;
- c) culpabilidad, o sea que el autor haya obrado con dolo o culpa;
- d) que sea sometida a una adecuada sanción.
- e) que se den las condiciones de punibilidad.

MAX ERNESTO MAYER, define el delito como "acontecimiento típico, antijurídico e imputable."(62)

El concepto de delito conforme a estos elementos son: acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre.

El delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal, en suma, las características del delito serían actividad, adecuación típica; antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y penalidad y en ciertos casos, condiciones objetivas de punibilidad.

El Artículo 7 de nuestro Código Penal establece "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..."(Reformado)

(61) cit. pos. Jiménez De Asúa Luis. "La Ley y El Delito", op. cit. pp. 205, 206

(62) loc. cit. p. 206

Aplicándolo al caso en estudio, el delito podrá realizarlo cualquier persona que lleve a cabo la conducta de "comerciar con órganos, tejidos incluyendo la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos" y a dicha conducta ilícita se le impondrá la sanción que marca el artículo 462 Fracc. II, que dice: "Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de 20 a 150 días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate."

Y en cuanto se refiere a la última parte del artículo; también es responsable de delito de comerciar con órganos.

Aquellas personas que intervengan (Art. 13) como podrían ser médicos o técnicos auxiliares de las disciplinas de la salud; además de la sanción se le suspenderá en el ejercicio profesional cuando estos se dedicarán a las disciplinas para la salud.

2.- CONCEPCION DEL DELITO.

La doctrina para conocer la composición del delito ha recurrido principalmente a dos concepciones:

- a) La totalizadora o unitaria y,
 - b) La analítica o atomizadora llamada por BETTIOL, de la consideración analítica o parcial.
- a) Los unitarios consideran al delito un bloque monolítico y no puede dividirse o separarse en las diversas facetas o aspectos que presentan sino que éstas, deberán estudiarse sin separarlas de ese todo que conforman la unidad jurídica, pues de hacerlo se perdería la naturaleza del mismo.

-b) La analítica o atomizadora. Esta nos dice que si bien es cierto que el delito es una, unidad jurídica esto no quiere decir que no pueda dividirse en sus partes y separarlas para llevar a cabo un estudio profundo de cada uno de sus elementos.

Lo cual se hace indispensable para estudiar el delito en toda su magnitud, desde luego debe hacerse sin perder de vista que cada uno de sus elementos es parte integrante de la unidad jurídica que da como delito. Estas corrientes dan origen a otras tantas que reciben su nombre de acuerdo al número de elementos que estiman conforman al delito y así tenemos la corriente bitómica o dicotómica, tritómica o triédica, tetratómica, pentatómica, exatómica y heptatómica, que consideran como elementos esenciales el número del cual toman su nombre.

Y para abarcar todas estas posturas seguiremos la corriente heptatómica haciendo mención a cada uno de los elementos, la naturaleza jurídica que se le atribuye por las otras corrientes, analizadas y así de acuerdo a esta corriente es de aspecto positivo y son las siguientes:

Concepción-dogmática
del delito en su aspecto
positivo.

- Conducta
- Tipicidad
- Antijuricidad
- Imputabilidad
- Culpabilidad
- Condiciones objetivas de punibilidad.
- Punibilidad

Al aplicarlo al caso en estudio tenemos que los elementos de conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad.

Son los que van a constituir el delito de comerciar con órganos humanos, y aquel que llevará a cabo dicha conducta de comerciar con órganos, integrará según esta corriente todos los elementos de delito por consecuencia se le aplicará la sanción que se menciona en el Artículo 462 Fracc. II.

3.- ELEMENTOS DEL DELITO

Ya sabemos que por elemento en general, debemos entender la parte integrante de algo, lo necesario para que ese algo tenga existencia.

"Los Elementos del delito es todo componente sine qua non, indispensable para la existencia del delito en general o especial.

Los elementos del delito son divididos por la doctrina en esenciales o constitutivos y accidentales.

El Elemento Esencial, es aquel indispensable, necesario para constituir el delito en general o el delito en particular."(63)

Los elementos accidentales no contribuyen a la existencia del delito; su función es la de agravar o atenuar la pena; en suma, es lo que en la doctrina se llaman "circunstancias", y que originan los tipos complementados, circunstanciados o subordinados, cualificados o privilegiados, según aumenten o disminuyan la pena.

(63) Porte Petit C. Celestino, op. cit. p. 271

"Los Elementos esenciales generales se clasifican generalmente:

- Conducta
- Tipicidad
- Antijuridicidad (o Antijuricidad)
- Culpabilidad, mas esta ultima requiere de la imputabilidad presupuesto necesario.

Al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. Mas en un plano estrictamente lógico.

Procede observarse inicialmente si hay Conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: Tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la, Antijuridicidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente; Imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con Culpabilidad."(64)

Aplicandolo al caso en estudio, tenemos que la conducta va hacer la de comerciar con órganos humanos, y que dicha conducta se amolda al precepto legal, Artículo 462 Fracc. II, por consiguiente al no estar permitido el comercio de órganos humanos se presentara la antijuridicidad, y según el grado de capacidad del sujeto activo será imputable, asimismo también se determinara la culpabilidad que tendrá el sujeto activo al desarrollar la conducta descrita en la Ley.

(64) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 132

BREVE INTRODUCCION A LA CONDUCTA.

4.- LA CONDUCTA - AUSENCIA DE CONDUCTA.

Concepto de Conducta

"La conducta es el comportamiento voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito".(65)

Porte Petit C. CELESTINO, manifiesta "al definir la conducta, se deben abarcar las nociones de acción y omisión consiguientemente, la conducta se constituye por una voluntad y un hacer algo o en un no hacer voluntario."(66)

La conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídica penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito.

Elementos de la conducta.

Los cuales son :

El primero de ellos es el hacer o no hacer consistente en que la voluntad se va exteriorizar al mundo físico ya sea a través de movimientos corporales o bien mediante la abstención de éstos, por esto se señala que la conducta, no es otra cosa más que una serie de acciones o de omisiones, formas en que se manifiesta la voluntad.

El segundo es la VOLUNTAD REFERIDA A ESE HACER O NO, HACER, se presenta cuando esos movimientos corporales o la abstención

(65) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 149

(66) op. cit. 295

de ellos son realizados por el sujeto con conciencia, es decir que el activo de la conducta se de cuenta de lo que se esta realizando.

El tercero es el Resultado, es el efecto o consecuencia que se produce en virtud de ese hacer o no hacer el cual puede consistir en una mutación o cambios del mundo exterior o la alteración del orden jurídico.

El cuarto, es el Nexo casual, consistente en poder ligar o unir ese hacer o no hacer con el resultado de tal manera que sea la causa eficiente para producir este.

De acuerdo a los elementos de la conducta y partiendo de ellos puede, está manifestarse de tres formas que son :

- La acción
- La omisión simple, y
- La comisión por omisión.

Por la ACCION, se entiende que el sujeto va a llevar a cabo su conducta, a través de movimientos corporales.

LA OMISION SIMPLE, en esta el sujeto llevará a cabo la conducta, mediante la abstención de movimientos corporales, sólo que en este caso, el resultado que va a producir, es formal o jurídico.

EN LA COMISION POR OMISION, el sujeto lleva a cabo la abstención de movimientos corporales, pero através de esa abstención va a producir un resultado material. Tanto en la

omisión simple como en la comisión por omisión, tenemos que la conducta se va a manifestar mediante la abstención de movimientos corporales, pero que con la omisión simple se va a violar una norma preceptiva, y que se produce un resultado formal, en tanto que la comisión por omisión con la abstención, de movimientos se van a violar dos normas, una preceptiva y otra prohibitiva con la producción de un resultado material.

La conducta es el elemento objetivo del delito y para el caso en estudio, debemos determinar el grado de su hacer o no hacer o tener conocimiento del hecho que se está cometiendo y que posteriormente nos ayudará a determinar la culpabilidad y la sanción penal que pueda tener el sujeto activo al atentar contra la vida o integridad corporal del ser humano o ponerla en peligro, al comerciar con algún órgano o tejido del cuerpo humano.

Independientemente de cuantos sean los elementos del delito, cuando la descripción típica sea de mera conducta o de un hecho estos vienen a ser el primer elemento de delito, dentro de la relación lógica, con los restantes elementos es decir un hacer, o bien, un resultado material.

Se le ha asignado a la conducta un importante y primer lugar dentro de la teoría del delito. Battaglini, afirma que la conducta constituye el nudo de la figura del delito.

Maggiore y Antón Oneca, estiman que el concepto de acción es central. Berner considera que la conducta es como el esqueleto sobre el cual se configura el delito.

Aplicándolo al caso en estudio, la conducta comprenderá la acción, entonces tenemos que dicho comportamiento que realiza el sujeto activo al "Comerciar con órganos o restos de seres humanos ..." abarcará la acción de comerciar con los órganos humanos, sangre o sus componentes etc., por ellos es que el delito en estudio sólo puede presentar la conducta en su forma de acción no admitiendo la omisión simple ni la comisión por omisión, ya que precisamente la conducta de comerciar solo puede llevarse a cabo por movimientos corporales.

AUSENCIA DE CONDUCTA.

Concepto

"La conducta comprende tanto la acción como la omisión la ausencia o falta de ésta, abarca la ausencia de acción o de omisión, el momento contiene la actividad y la inactividad no voluntaria."(67)

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta es la llamada Vis Absoluta, o Fuerza Fisica Exterior Irresistible, a que se refiere la fracción I, del Artículo 15 del Código Penal Para el Distrito Federal.

La Fuerza Fisica Irresistible (Vis Absoluta), vienen a ser un aspecto negativo de la conducta. Esta involucrada una actividad o inactividad voluntaria un movimiento corporal que realiza el sujeto, o una actividad voluntaria. De tal manera que la Fuerza Fisica hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutarse. En consecuencia si hay una Fuerza Irresistible, la actividad o inactividad forzada, no pueden constituir una conducta; por faltar uno de sus elementos: la voluntad.

(67) Porte Petit C. Celestino op. cit. p. 405

Porte Petit C. Celestino, nos habla de hipótesis de ausencia de conducta:

- "a) Fuerzas Físicas, Irresistibles o Vis absoluta.
- b) Vis compulsiva, o mayor.
- c) Movimientos reflejos."(68)

Algunos autores agregan el sueño, el sonambulismo, y el hipnotismo.

- La Vis Absoluta.- Se presenta cuando un sujeto se encuentra impulsado por una fuerza física exterior que no es capaz de resistir y que le obliga o le lleva a causar un resultado típico y que esa fuerza "es proveniente de un ser humano".

- La Vis Mayor.- Se presenta cuando el sujeto se encuentra impulsado por una fuerza física exterior que no es capaz de resistir y que proviene de un elemento de la naturaleza o del reino animal.

Como puede observarse en estos dos casos se generan como consecuencia de una fuerza física irresistible y que la diferencia entre una y otra, es la procedencia o el origen de la fuerza, pues, en la Vis Absoluta, la fuerza proviene de un ser humano y en la Vis Mayor sucede de un elemento de la naturaleza o reino animal.

- Los movimientos Reflejos.- Son aquellas reacciones psíquico motoras, que tiene el sujeto como respuesta a estímulos internos o externos, que no pueden contener o son imprevisibles y que a consecuencia de ellos produce un resultado delictivo.

- El sueño.- El sujeto se encuentra, en un estado fisiológico de descanso en el cual su mente se desconecta de la realidad, del mundo exterior y que por lo tanto los movimientos que lleva a cabo son carentes de voluntariedad.

- El sonambulismo El sujeto se halla también bajo el estado fisiológico de descanso, pero que a diferencia del sueño en éste, el sujeto abandona, el lecho de descanso y es entonces cuando llega a la realización, de una conducta delictiva en apariencia, pues por carecer de voluntariedad se está ante un caso de ausencia de conducta.

- El Hipnotismo.- Es la voluntad del sujeto hipnotizado, se encuentra anulado en virtud de la fuerza mental que ejerce en él, el hipnotizante y que la convierte en mero instrumento de éste, por carecer como se dijo de voluntariedad para él.

CASOS DE AUSENCIA DE CONDUCTA.

1.- Puede provenir de un tercero, y en tal caso es el tercero que realiza la acción, (ej. él que es empujado contra una vidriera).

2.- Puede provenir de una fuerza de la naturaleza. (ej. el qué es arrastrado por un viento o por el agua.)

LA INVOLUNTABILIDAD

"1.- Puede ser por inconsciencia (ej. el epiléptico, durante la crisis; el sueño, fisiológico, el hipnotismo).

2.- Puede provenir de la incapacidad para dirigir las acciones, (ej. el que padece una afección neurológica que le impide el control de sus movimientos)."(69)

(69) Zaffarini Eugenio Raúl. "Manual De Derecho Penal Parte General." Ed. Cardenas Editor Y Distribuidor. 1991 p. anexo 1

Quando falta , alguno de los elementos esenciales de delito, éste, no se integrará, en consecuencia si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es pues la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos o impositivos de la formación de la figura delictiva por ser la actuación humana, positiva o negativa la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible.

La distinción de los hechos voluntarios, de los involuntarios, se investigará en aquellos sucesos en que participa un hombre sin voluntad. En dichos casos no hay voluntad al participar un individuo en los siguientes:

- a).- Fuerza física irresistible.
 - b).- Involuntariedad (estado de inconsciencia y parcialmente "incapacidad de dirigir acciones").
- a).- Por su fuerza física irresistible, deben entenderse aquellos supuestos, en que opera el hombre por una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como mera masa mecánica. La fuerza física, e irresistible puede provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero, la ausencia de acto sólo se da en el que sufre la fuerza física irresistible, pero no en el que la ejerce, que opera con voluntad, y en consecuencia, no es autor de una conducta cuya tipicidad, antijuricidad y culpabilidad habrá que investigar para saber si es un delito.

Por otro lado también se habla de la fuerza irresistible interna, proviniendo de la naturaleza caben acontecimientos que se originan en el propio cuerpo del sujeto y que dan lugar a movimientos reflejos, respiratorios, etc.

b).- La involuntabilidad, es la incapacidad psíquica de conducta, es decir, el estado en que se encuentra, el que no es psíquicamente capaz de voluntad. Estos eventos de hechos, en que no participa la voluntad del hombre que los causa, en razón de que carece de capacidad psíquica de voluntad, no deben confundirse con otros casos de incapacidad psíquica, en que esta incapacidad, hace desaparecer otros caracteres del delito.

En relación al caso en estudio tenemos, que solo se presenta la ausencia de conducta en el caso de hipnotismo ya que el sujeto activo no tiene la voluntad de realizar la conducta de comerciar con los órganos humanos y sin embargo en estas condiciones puede llevar a cabo la actividad de comerciar con órganos, sangre o sus componentes etc.

5.- TIPICIDAD - ATIPICIDAD

Concepto

"Consiste en que el comportamiento del acusado se encuentra adecuado al tipo que describe la ley penal."(70)

La tipicidad como segundo elemento esencial del delito se define de diversas maneras como son "el encuadramiento de la conducta al tipo" o "la adecuación de la conducta a la descripción legal" o "como el amoldamiento de la conducta a la descripción típica" etc.

Estas definiciones coinciden, en señalar que la tipicidad no es otra cosa más que buscar, que la conducta realizada por el sujeto se enmarque, o amolde a la descripción legal. Por eso resultan un tanto incorrectas estas definiciones, porque

(70) cit. pos. Porte Petit C. Celestino, op. cit. p.471

se refieren exclusivamente a la conducta o al comportamiento del sujeto activo, pero si recordamos su concepto legal, y de los elementos que lo integran vemos, que no basta que se de la conducta para hablar de la tipicidad si no que deben concurrir todos y cada uno de los elementos exigidos por el tipo, de ahí que definamos a la tipicidad como "la adecuación o concretización de todos y cada uno de los elementos, exigidos por la ley ó por el tipo".

La tipicidad es necesaria para que exista delito. Pues es la adecuación de la norma descrita en el tipo.

En cuanto al caso en estudio tenemos que la tipicidad, se presentara cuando el sujeto activo realice la conducta que se ajusta en la descripción del Artículo 462 Fracc. II, que es la de "Comerciar con órganos, con sangre o sus componentes, etc..." asimismo los que intervengan o ayuden a comerciar con estos. Y a los cuales se les aplicará, la sanción que menciona el mismo articulado en estudio.

En consecuencia, habrá tipicidad desde el momento que el sujeto activo lleve a cabo la conducta, de comerciar con órganos, sangre o sus componentes etc. Por que se estará adecuando a lo descrito en el Artículo en mención.

ATIPICIDAD

Concepto.

"La atipicidad es la ausencia de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa".(71)

(71) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p: 172

- 4) Ausencia de objeto jurídico.
- 5) Ausencia de objeto material.
- 6) Ausencia de las modalidades.
 - a) De referencia temporales.
 - b) De referencia espaciales.
 - c) De referencia a otro hecho punible.
 - d) De referencia de otra índole exigida por el tipo.
- 7) Ausencia del elemento, y
- 8) Ausencia del elemento subjetivo del injusto"(73)

Cuando falta algún elemento que describa el tipo entonces se dará su aspecto negativo que es la atipicidad misma que puede presentarse por faltar la calidad ya sea del sujeto activo o pasivo, o por faltar la cantidad en los sujetos, asimismo por ausencia del bien jurídico o del objeto material o por el resultado. También habrá atipicidad cuando faltan los medios específicos de comisión, las referencias, ya sea temporal, espacial o de ocasión, o bien el elemento subjetivo o el normativo.

Cuando falta alguno de estos elementos se produce la atipicidad que puede ser absoluta o relativa.

La atipicidad absoluta se presenta cuando al faltar alguno de los elementos que describe el tipo penal, esto ocasiona que la conducta no se encuentra en ningún tipo penal y por lo tanto no es delictiva.

(73) Ibidem. p. 478

En cambio hay atipicidad relativa, cuando al faltar algún elemento del tipo ésto ocasiona, la variación de la tipicidad que al no darse el tipo especial si se da el tipo general.

AL hablar de atipicidad se estará afirmando que no hubo delito, pues faltaría algún elemento para encuadrarlo, pero en el caso en estudio. La atipicidad, se dará cuando no haya una adecuación de la norma, o no se integren los elementos del tipo, por consiguiente no habrá delito.

En el caso en estudio tenemos que, para que se configure la atipicidad se necesita que faltase algún elemento del delito, ya mencionados anteriormente, como puede ser el comerciar, es decir si se dona un órgano, la sangre o sus componentes etc., pues en este caso no se está en presencia de la comercialización de esos objetos; otro caso es cuando falta el objeto material, ésto es cuando se comercia con cualquier cosa que no sean órganos, sangre y sus componentes, etc.

6.- ANTIJURICIDAD - CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Concepto de Antijuricidad.

"Será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas de justificantes, que se establecen de un modo expreso"(74)

Es la contradicción de la conducta con el orden jurídico. La conducta penalmente típica es antinormativa, pero no es antijurídica aún, por que puede estar amparada por un precepto permisivo (causas de justificación), puede provenir de cualquier parte del orden jurídico. Cuando la conducta típica no esta

(74) Jiménez De Asua Luis. op. cit. p. 268

amparada por ninguna causa de justificación ya no sólo es antinormativa, sino también antijurídica.

Con respecto a la antijuricidad autores como Mezger y Mayer dicen que la antijuricidad para integrarse requiere de dos elementos que son:

- 1) Antijuricidad formal y,
- 2) Antijuricidad material.

1) La antijuricidad formal; se presenta con la simple circunstancia, de que la conducta se adecúa a la descripción legal, de ahí que cuando se está en presencia de la tipicidad con ello surge la antijuricidad formal.

2) Antijuricidad material; ésta se presenta con la violación del deber jurídico, es decir cuando con el actuar o con la abstención se viola la prohibición o mandato que contiene la norma, de acuerdo con estos autores la antijuricidad como elemento esencial del delito se presenta cuando se reúnen estos dos aspectos la antijuricidad formal y la material. Por consiguiente cuando falta alguna de ellas, se estaría en presencia de las llamadas causas de justificación.

Como tercer elemento del delito, según algunos autores como señala Fernando Castellanos, se está en presencia de un término negativo de un "anti" (antijuricidad) y que de acuerdo con las reglas de la lógica sólo son susceptibles de definición los términos positivos y no los negativos pues estos corresponden en sentido de los positivos.

Por otra parte hay quienes señalan que el término antijuricidad si es susceptible de definirse sobre todo aplicado

al campo del derecho penal ya que se está en presencia, primero de un elemento positivo del delito, y en segundo lugar por que la escritura de las normas penales se hace a la inversa que en las demás ramas del derecho, ya sea que de acuerdo, a la forma de redacción de las normas penales en ellas queda implícito, el deber de actuar o de abstenerse so pena, o bajo pena de imponer sanción, en estas condiciones y también atendiendo el significado, etimológico se entiende por antijuricidad, lo contrario a derecho, lo que va en contra de la norma, lo que está fuera del derecho.

Autores como Porte Petit, Castellanos Tena, define la antijuricidad como "Toda conducta típica, es antijurídica, salvo que se halle amparada por alguna causa de justificación o de licitud", también se dice que se presenta la antijuricidad cuando la conducta al ser típica consecuentemente es antijurídica ya que con la tipicidad de esa conducta se viola al deber jurídico implícito en la norma.

Aplicándolo al caso en concreto, la antijuricidad se presenta cuando la conducta que ejecute el sujeto activo, sea la de "Comerciar con órganos humanos etc." art. 462 Fracc. II. Por lo que se refiere a la conducta de los profesionales, (médicos) o auxiliares de las ciencias de la salud, es contraria a derecho ya que intervendrían quirúrgicamente a los sujetos, con la finalidad de comerciar con órganos o partes del mismo cuerpo.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Concepto.

Para Bettiol, "Por eso a estas eximentes se les llama también circunstancia de justificación, en cuanto (justifican) la lesión de un interés penalmente protegido, que de otra manera debiera considerarse ilícita".(75)

Se piensa que "existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante. Es aquella especial situación"(76)

Entendiéndose como ausencia de interés, cuando hay consentimiento del ofendido o consentimiento presunto del ofendido.

ELEMENTOS.

En estas condiciones la doctrina señala como causas de justificación las siguientes:

- "a) La Legítima Defensa
- b) El Estado De Necesidad
- c) El Ejercicio De Un derecho o Cumplimiento De Un Deber
- d) El Impedimento Legítimo

Y para algunos autores:

- e) La Obediencia Jerárquica"(77)

(75) cit. pos. Forte Petit C. Celestino, op. cit. p. 493

(76) Ibidem. p. 493

(77) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 187

a) La Legítima Defensa, consiste en repeler una agresión actual sin derecho y de peligro inminente, para proteger bienes jurídicos propios a ajenos. De acuerdo con esta definición, que es compartida en términos generales por los tratadistas tenemos, que la legítima defensa se integra con dos elementos:

1.- Una agresión que se caracteriza por ser actual, violenta sin derecho y de peligro inminente.

2.- La repulsa que debe ser actual y proporcional a la agresión; deber ser violenta, en cuanto que debe implicar una fuerza física y un impedimento, el cual va a encontrarse a través de la repulsa.

b) El Estado De Necesidad, se presenta cuando el sujeto se encuentra ante una situación real, de peligro inminente y que afecta o pretenda afectar bienes jurídicos propios o ajenos, y para salvarlos se hace necesario sacrificar otros bienes, ajenos a la situación de peligro, también se dice que el estado de necesidad consiste, en la necesidad de salvar un bien de mayor jerarquía o igual, de una situación, de peligro sacrificando al de menor jerarquía.

c) El Ejercicio De Un Derecho o Cumplimiento De Un Deber, están regulados en la Fracc. V, del Artículo 15 del Código Penal. Estas se presentan cuando el sujeto, teniendo el derecho de actuar o la obligación de hacerlo se ve en la necesidad de lesionar un bien jurídico.

d) El Impedimento Legítimo, se presenta cuando se deja de hacer algo ordenado por una ley en acatamiento de la prohibición de hacerlo derivado de otra norma es decir que justifique esta

excluyente. El impedimento legítimo debe entenderse como la imposibilidad física y real que debe tener el sujeto para realizar la conducta ordenada por la norma.

e) La Obediencia Jerárquica, se presenta cuando, el agente al realizar una conducta que produce un resultado típico, ésta es llevada a cabo por un inferior, acatando la orden que le ha sido dada desde luego, por un superior en el orden jerárquico o; legítimo como lo establece la ley en virtud del deber de obediencia, que tienen y de la escasa o nula facultad de inspección o de discusión de la orden que le ha sido dada, es por lo que se justifica esa conducta, la obediencia jerárquica. En el Instituto Armado, el Estado, la propia sociedad esperan incondicional obediencia jerárquica de los miembros del mismo. Si en estos casos el inferior, actúa cumpliendo una obligación legal, se integra una causa de justificación y no hay delito por estar ausente la antijuricidad. (La justificación por obediencia jerárquica se equipará a la de cumplimiento de un deber).

La razón o fundamento de su existencia. Si bien es cierto, que el derecho tiende a proteger una serie de bienes jurídicos para la conservación del orden social lo es que, en ocasiones esos intereses entran en conflicto y por lo tanto, el orden jurídico se encuentra en la imposibilidad de proteger todos ellos, es decir que se faculta, en determinar circunstancias al particular para que afecte esos intereses, pero para ello se basa en el interés preponderante, es decir que se deban salvaguardar aquellos de mayor jerarquía.

Como circunstancias excluyentes en cuanto justifican, la lesión de un interés penalmente protegido, que de otra manera debieran considerarse ilícita.

Es necesario además para la procedencia de una causa de justificación, que el sujeto activo, al actuar, no tenga otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

Aplicándolo al caso en estudio, la única causa de justificación para el sujeto activo, que realiza la conducta de "comerciar con órganos " Artículo 462 Fracc. II, es el estado de necesidad, cuando la situación de peligro implique la pérdida de la vida u otro bien de mayor jerarquía, que el tutelado por este artículo en su fracción II.

Asimismo tendrán esta causa de justificación, los profesionales o auxiliares de las ciencias de la salud, que sabiendo que se va a comerciar con dichos órganos, los extraigan de un cuerpo humano, ante el peligro inminente como sería la de perder la vida, un ejemplo si le dicen a un médico o técnico de la salud , si no me vendes el órgano o sangre o sus componentes, te mato o mato a tu familia, como puede observarse ante el peligro de perder la vida, se opta por sacrificar a un bien de menos jerarquía, como es el tutelado por la fracc. II, del Artículo 462 del Código de la Ley General de la Salud.

7.- IMPUTABILIDAD - INIMPUTABILIDAD.

Concepto

Será imputable, dice Carrancá y Trujillo, "Todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad humana".(78)

Se define como mínimos de capacidad, física y legal que debe reunir el sujeto activo del delito al momento de realizar su conducta o bien como los mínimos de capacidad para poder ser sujeto de derecho penal o sujeto de la relación jurídica punitiva. De estos conceptos se desprende que la imputabilidad se encuentra integrada por dos elementos que son:

- La capacidad física.
- La capacidad legal.

Estos mínimos de capacidad son los que van a determinar si en un momento determinado el sujeto puede ser objeto del juicio de reproche; así tenemos que la capacidad física analiza los mínimos de desarrollo físico mental, que debe tener el sujeto y que son, encontrarse con su pleno desarrollo mental, y también ausente o carente de efectos físicos que le perturban en su capacidad de entender y de querer, es decir que dicha capacidad física se, tienen cuando, el sujeto no padece enfermedades mentales o problemas físicos que afecte la mente del sujeto. La capacidad legal se adquiere cuando el sujeto tiene la edad

(78) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p.218

requerida por la ley para ser sujeto de derecho penal y que es la de ser mayor de 18 años así pues un sujeto es imputable cuando es mayor de edad, y tiene correcto uso de sus facultades por lo tanto cuando falta algunos de estos elementos estaremos en presencia de la inimputabilidad.

Por imputabilidad, se entiende, la capacidad física legal, que debe reunir el sujeto activo del delito al momento de realizar su conducta.

En relación con el caso en estudio por consiguiente, tenemos tanto el sujeto activo de delito y los que les ayuden por los que se refiere a la última parte del articulado en mención, como son los médicos o auxiliares de las ciencias de la salud, serán imputables desde el momento que tienen la capacidad física, psíquica y legal.

Tendrán la capacidad de querer al realizar la conducta descrita en el tipo como es la de "Comerciar con órganos humanos, sabiendo que dicha conducta es contraria a la ley, y sin embargo la ejecuta y se harán acreedores a la sanción prevista en el Art. 462 Fracc. II.

INIMPUTABILIDAD

Concepto

La inimputabilidad "constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, todas aquellas capaces de anular o neutralizar ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad".(79)

(79) Ibidem p. 223

Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y la salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturben en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es aquella causa en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetran.

CAUSAS DE LA INIMPUTABILIDAD.

Como causa de inimputabilidad, la teoría señala las siguientes:

- La Minoría de edad
- La Sordomudez
- Los Trastornos Mentales Transitorios o Permanentes
- Los Trastornos Mentales transitorios ocasionados por ingestión accidental o involuntaria de sustancias tóxicas coinfecciosas o tóxico embriagantes.
- Miedo Grave

"*La Minoría de Edad, se presenta cuando el sujeto activo al realizar una conducta jurídica y no ha cumplido los 18 años de edad por lo que, si el sujeto comete alguna infracción de las señaladas en el Código Penal no se les aplicará el mismo, sino se les aplicará, el que la Ley ha creado para El Consejo

Tutelar Para El Menor, y conforme a esto se determina el tratamiento a seguir para su readaptación.

*En consecuencia en lo que respecta a los Sordomudos, el Código Penal establece. Artículo 69 Bis "Si la Capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la Fracción VII del Artículo 15 (Reformado) de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el Artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la inimputabilidad del autor"

*Por lo que hace a quienes sufren Trastornos Mentales Transitorios. Es causa de inimputabilidad: Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado toxicoinfeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio, Art. 15 Fracc. II. (Reformado).

*Transtorno Mental Ocasionado por Ingestión accidental o involuntaria de Sustancias Tóxico coinfecciosas o Tóxico embriagantes. En torno a la imputabilidad se maneja la Teoría de la acción libre en su causa que consiste en considerar, como imputable a quién de hecho se coloca voluntariamente en un estado de inimputabilidad esto se presenta en el caso de la ingestión de sustancias tóxicas, embriagantes o infecciosas.

*El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad, el temor fundado puede originar una inculpabilidad. El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales. El miedo se engendra en la imaginación, con el miedo puede producirse la inconsciencia con verdadero automatismo y por lo que constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica. También en estos casos, los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valor para el juzgador!(80)

En los casos planteados, por los preceptos citados, sólo se refiere a ciertas conductas para excluir la responsabilidad de quienes en tales condiciones ejecutan hechos delictivos, fuera de estos cualquier sujeto será imputable y sólo en el miedo grave se podría decir que el sujeto activo por temor a que se le haga algún daño a su persona o algún familiar desarrollaría la conducta delictiva ya sea esta de realizarla o de omitirla.

Aplicándolo al caso en estudio tenemos que la inimputabilidad se puede presentar en los menores de edad ya que estos pueden vender algún órgano de su cuerpo o sangre, o componentes de ésta, etc. pero no se les podría aplicar, la misma sanción que a una persona adulta precisamente por ser menor de edad.

En cuanto aquellos sujetos que vendan algún órgano de su propio cuerpo pero que esté, bajo un trastorno mental transitorio no se le puede sancionar en ese momento, pues carece de sus facultades mentales para discernir sobre lo que esta haciendo.

Por lo que se refiere a las personas que les ayuden a comerciar con sus órganos, como serían los médicos, enfermeras o auxiliares de las ciencias de la salud, estos no son inimputables pues desde el momento que tengan conocimiento del destino de los órganos de un cuerpo humano los cuales serán puestos en venta, por consecuencia serán responsables en el delito de "Comercio de órganos", Art. 462 Fracc. II.

8.- CULPABILIDAD - INculpABILIDAD.

Concepto

La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.

Se considera culpable, la conducta según Cuello Calón, "Cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada".(81)

"En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".(82)

La culpa en su sentido más clásico y general no es más que la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto y que por faltar de prevención en el agente, produce un efecto dañoso. Para la doctrina la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible como tal su estudio supone el análisis de la psique del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado obviamente delictuoso.

(81) cit. pos. Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 231

(82) Jiménez De Asua Luis, op. cit. p.444

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos, uno volitivo o emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres: de la conducta y del resultado; y el segundo el intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

Para la corriente normativa la culpabilidad se integra con dos elementos que son los siguientes:

1.- Situación real dolosa o culposa con lo que se indica que debe estar en presencia de una conducta que es realizada por parte del sujeto activo con dolo o con culpa.

2.- El juicio de reproche, que consiste en poder exigir al sujeto una conducta ajustada a derecho por lo tanto si se está en posibilidad de exigirle, una conducta diversa a la que se llevó se estará en presencia del juicio de reproche.

FORMAS DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo) o por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). También se habla de la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la

culpabilidad si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

En el dolo, el sujeto, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. En la culpa consciente o con prevención, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado previsible. En resumen el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Diversas especies de dolo.

- 1.- El dolo directo
- 2.- El dolo indirecto
- 3.- Dolo eventual
- 4.- Dolo indeterminado
- 5.- Dolo de consecuencia necesaria"(83)
- 6.- Culpa con representación
- 7.- Culpa sin representación

*El dolo directo se presenta cuando el sujeto activo quiere una conducta, quiere un resultado y lo obtiene al realizar el dolo.

*El dolo indirecto se presenta cuando el sujeto quiere una conducta, un resultado y sabe que para obtener este, necesariamente debe producir otros resultados, que acepta y produce con tal de obtener aquel, y es en razón de estos resultados que aparece el dolo indirecto.

(83) Castellanos Tena Fernando, op. cit. pp. 240-242

*El dolo eventual se presenta, cuando el sujeto quiere una conducta un resultado y prevé la posibilidad de que se produzca otro resultado, los cuales no quiere decir, pero acepta con tal de obtener aquel.

*El dolo indeterminado, llamado también delito de resultado indeterminado, son aquellos donde el sujeto tiene la idea de delinquir y de cometer un ilícito, sin importar el resultado ni el sujeto pasivo del mismo.

*El dolo de consecuencia necesaria, es el resultado penalmente tipificado, no querido directamente por el agente, pero que sabe ocurrirá (que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito)

Por su parte la culpa se clasifica en culpa con representación, y culpa sin representación.

*La culpa con representación, se da cuando el sujeto activo del delito realiza una conducta negligente, de producir el resultado típico el cual no desea, pero acepta por llevar a cabo su conducta.

*La culpa sin representación, se presenta cuando el sujeto realiza una conducta lícita, no prevé resultado típico el cual es evitable.

En cuanto al caso en estudio, tenemos que la culpabilidad se puede manifestar en la forma de dolo directo, ya que la conducta de "Comerciar con órganos humanos" requiere de la

voluntad encaminada a ese fin, pues no es posible comerciar si no se tiene.

Por lo tanto, para que el sujeto activo, se haga acreedor a un reproche, o sanción penal como se menciona en la primera parte del Artículo 462 Fracc. II, es necesario que lleve a cabo la conducta de "Comerciar con los órganos, tejidos o partes de un cuerpo humano".

Por lo que se refiere a las personas que les ayudan a los médicos, enfermeras o auxiliares de las ciencias de la salud, a comerciar con los órganos humanos, también serán acreedores a la sanción que determina, la Ley General de La Salud, pues estos cooperarán en dicho delito, al saber a que los órganos son vendidos y omitan impedirlo, Art. 7 del Código Penal para el Distrito Federal. (Reformado).

Ya que en la última parte del artículo en mención, hace referencia a los médicos o técnicos en las disciplinas para la salud, (como serían también enfermeras, o pasantes de medicina)

INCUPLABILIDAD.

Concepto

"La inculpabilidad opera al ausentarse los elementos esenciales de la culpabilidad: Conocimiento y voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse, a estos dos elementos intelectuales y volitivo. Toda causa eliminatória de algunos de ambos, debe ser considerada como causa de imputabilidad".(84)

(84) Castellanos Tena Fernando, op. cit. p. 2542

CAUSAS DE INculpABILIDAD.

Como causas de inculpabilidad se señalan:

- 1.- El error de hecho esencial o invencible
- 2.- Las eximentes putativas, la no exigibilidad de otra conducta.
- 3.- El caso fortuito grave y el temor fundado.

Explicandolo cada uno de ellos tenemos que el error de hecho esencial invencible, es la falsa apreciación que tiene el sujeto de la realidad sobre circunstancias, esenciales del hecho que lo obligaron a realizar la conducta y que por virtud de esta se produce en resultado típico.

En la eximentes putativas, el sujeto también tiene una falsa apreciación de la realidad, y que la misma le lleva a actuar creyendo que encuentra su conducta amparada por alguna causa de justificación, de ahí que se hable de la defensa putativa, estado de necesidad putativo, del ejercicio de un derecho o cumplimiento de deber putativo, del impedimento legal putativo.

El caso fortuito, se presenta cuando el sujeto realiza una conducta lícita y produce un resultado típico el cual no es previsible ni evitable.

Por lo que respecta a la obediencia jerárquica se señala y se encuentra reglamentada en la Fracc. VII; del Artículo 15 (Reformado) del Código Penal, y se considera como causa de inculpabilidad en cuanto que el inferior jerárquico se encuentra

en un error de hecho, pues como dispone la ley, que al no tener la facultad de inspección el inferior jerárquico por eso se considera como causa de inculpabilidad.

El mismo miedo grave, es un estado físico en que se encuentra el sujeto, por una causa exterior y que le obstruye, dificulta; su facultad de razonar por lo tanto, el sujeto no puede decir libremente sobre su actua pues se encuentra obligado por ese trastorno psicológico o si quiere o no realizar la conducta, por eso se dice que el miedo grave es de adentro hacia fuera o que este se produce en la mente.

La inculpabilidad aparece cuando hay error. El error sólo puede recaer en la violación del deber jurídico penal, en el caso en estudio, tenemos que el error sobre el deber jurídico puede presentarse, como causa de inculpabilidad en este delito como sería el siguiente caso, a un cirujano se le llevan diversos, órganos y se le dice que son de animales cuando estos son en realidad de humanos y éste procede a venderlos. Como puede observarse aquí el sujeto activo de la conducta de comerciar se encuentra bajo un error de hecho con el cual e invencible por lo tanto no es culpable.

Aplicándolo al caso en estudio, la inculpabilidad, solo aparece cuando no hay conocimiento ni voluntad de afectar a alguien.

En el delito en estudio tenemos que si hubo conocimiento y voluntad del sujeto activo al "Comerciar con órganos" obtenidos ilícitamente, por consiguiente también sabe que hay sanción para este ilícito Artículo 462 Fracc. II, Primer Párrafo.

Por lo que se refiere a la última parte del articulado en estudio encontramos que los médicos o enfermeras o auxiliares de las ciencias de la salud, (Artículo 462 Fracc. II, Última parte) que ayuden a comerciar con los órganos obtenidos, también tienen conocimiento y voluntad de lo que van hacer ya que al retirar algún órgano, tejido o parte de un cuerpo humano se está afectando al cuerpo cuando se encuentra vivo el sujeto y cuando está muerto, se está atentando contra la integridad corporal pues es necesario que se haga bajo lo establecido en La Ley General de Salud.

En consecuencia en ambos casos, no hay inculpabilidad, pues saben que al comerciar con órganos humanos, se está en contravención a lo que marca la misma Ley General de Salud, en su articulado.

9.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD - AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Concepto

ERNESTO BELING, las define como "Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad." (85)

Son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, así como condiciones para la imposición de la pena; es no poder faltar en un solo de los individuos de la especie sin que este deje de pertenecer a ella.

Todos los caracteres del delito son condiciones de punibilidad.

(85) cit. pos. Jiménez de Asua Luis. "La Ley Y EL Delito" ed. 5ª -- Ed. Sudamericana, Buenos Aires. 1967 p.417.

Los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad, y al realizar el delito se darán todos sus elementos constitutivos.

Se dice por la mayoría de los autores, que no es un elemento esencial, dado que no en todos los delitos se encuentran como sucede en los demás elementos, que sólo excepcionalmente, los encontramos en ciertos delitos; para algunos autores las condiciones objetivas, son elementos previos a la sanción del delito y que por lo tanto, más que un elemento del mismo vienen a ser un requisito de procedibilidad como la querrela de parte en los llamados delitos privados.

Entonces cuando se dan todos los elementos del delito en el sujeto activo se tendrán los elementos valorativos para que se configure el delito.

Aplicándolo al caso en estudio tenemos que las condiciones objetivas de punibilidad, no se presentan por lo que no se hace referencias alguna a estas.

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Concepto

"En caso de ausencia de condiciones objetivas funcionarán como formas atípicas que destruyen la tipicidad."(86)

Cuando, en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; pero así como la falta de acto, la atípica, la justificación, la

(86) Jiménez De Asua Luis, op. cit. p. 423

inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias, hacen para siempre imposible perseguir el hecho.

Se presenta cuando falta ese elemento normativo de satisfacerse y por lo tanto no se está en posibilidad de aplicar la sanción al último elemento del delito.

Aplicándolo al caso en estudio. El delito previsto en la Fracc. II, del Artículo 462 del Código de La Ley General De Salud;(No esta tipificado, como El Delito Tráfico de Organos), ni contiene condiciones objetivas de punibilidad, consecuentemente no se puede presentar su aspecto negativo.

10.- PUNIBILIDAD - EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Concepto

"La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de ciertas conductas."(87)

Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena.

La punibilidad, para otros autores no es un elemento esencial del delito, sino una consecuencia del mismo, la punibilidad se define como la amenaza que existe por parte de la ley penal de aplicar una sanción dentro de un mínimo y un máximo a quién viole el deber jurídico contenido en la misma.

Aplicándolo al caso en concreto la punibilidad, es la sanción que se aplicará al sujeto activo de delito sólo cuando este, comercie con los órganos humanos y que además se describe

(87) Castellanos Tena Fernando. op. cit. p. 267

dicha conducta el Artículo 462 Fracc. II, que a la letra dice:
"Se impondrá de dos a seis años de prisión y multa por el
equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo
general vigente en la zona económica de que se trate.

Fracc. II.- Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo
la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres
humanos.

Si intervinieran profesionales técnicos o auxiliares de
las disciplinas para la salud, se les aplicará además suspensión
de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o
auxiliares hasta cinco años mas, en caso de reincidencia.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Concepto

"Son circunstancias en que a pesar de subsistir la
antijuricidad y culpabilidad, queda excluida desde el primer
momento la imposibilidad de imponer al autor una pena."(88)

ALGUNAS ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS

"a) Excusas en razón de la conservación del núcleo familiar
como sería el robo entre ascendientes y descendientes no produce
responsabilidad penal.

b) Excusas en razón de mínima temibilidad. La razón de
esta debe buscarse en que la restitución espontánea es una
muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad
del agente.

(88) Ibidem. op. cit. p. 433

c) Excusas en razón de la maternidad consciente. Para el aborto, cuando el embarazo es resultado de una violación, impone a la mujer una maternidad odiosa.

d) Otras excusas por inexigibilidad."(89)

Son aquellas causa que dejando subsistentes el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito, permanecen inalterables, sólo se excluye la posibilidad de punición que consiste en el perdón legal expreso para aplicar la sanción dejando subsistente el carácter de delito de la conducta.

Aplicandolo al caso en estudio. La conducta ilícita del sujeto activo del delito descrito en el Artículo 462 Fracc. II, no tendrá excusas absolutorias pues carecen de éstas, ya que la ley no preve ningún caso de perdon legal o de comerciar, expreso de la sanción.

Por lo tanto, sólo serán aplicables las excusas absolutivas, para aquellas personas enfermas o familiares de estos, que por necesidad necesitan algún órgano humano y recurran a comprarlo ilícitamente, pues por la necesidad y la carencia de dichos órganos, los hacen recurrir a personas que se dedican a vender órganos humanos.

En cuanto al sujeto activo, no tendrá excusas absolutorias, pues estos se aprovechan de la necesidad de los familiares o de los mismos enfermos, que necesitan los órganos humanos, los cuales son vendidos por los sujetos activos en comento.

(89) Ibidem pp. 271, 272 y 273.

Por lo tanto sólo serán aplicables las excusas absolutivas, para aquellas personas enfermas o familiares de estos, que por necesidad necesitan algún órgano humano recurren a comprarlo ilícitamente, pues por la necesidad y la carencia de dichos órganos, los hacen recurrir a personas que se dedican a vender órganos humanos.

En cuanto al sujeto activo, no tendrá excusas absolutorias, pues estos se aprovechan de la necesidad de los familiares o de los mismos enfermos, que necesitan los órganos humanos, los cuales son vendidos por los sujetos activos en comento.

CONCLUSIONES

En virtud de haber estudiado y analizado, los elementos del delito y del tipo, se concluye:

- Sobre "EL DELITO DE TRAFICO DE ORGANOS", el término está mal empleado, ya que sobre esto no menciona nada la Ley General de Salud, pero configura dicho delito en "EL COMERCIO DE ORGANOS", para lo cual se requiere que se den todos y cada uno de los elementos del delito, principalmente la conducta del sujeto activo que es la que va a desarrollar. Al comerciar con órganos humanos, provengan estos de sujetos vivos o muertos.

El comportamiento que se ejecuta está previsto y sancionado en el Artículo 462 Fracc. II, de la Ley General de la Salud.

La penalidad que se impone es poca para dicho delito la cual debería, ser mayor que la que se menciona en su Artículo.

Para que no alcanzará el sujeto de delito, libertad bajo caución, pues dicha penalidad al hacer la suma aritmética la penalidad de esta es menor, por consiguiente alcanza caución asimismo su libertad para evadir su sanción. Y la cual solo se agrava cuando los sujetos de delito, son médicos o auxiliares de las disciplinas de la salud. En ambos casos deberían ser igual la sanción en cuanto a los años de penalidad para todas aquellas personas que intervengan en dicho delito.

Tomándose en cuenta que al obtener y vender algún órgano, tejido, sangre o sus componentes etc. de un humano, ya sea éste vivo o muerto, se está atentando contra la vida, salud o la misma integridad del cuerpo humano según sea el caso.

Para este delito solamente serán inimputables aquellos que estén, en los casos siguientes: De Minoría de edad,

Trastornos Mentales Ocasionales, y Estado de Necesidad, en estos se presentarán, las causas de justificación.

En la minoría de edad, será cuando estos vendan o traten de vender algún órgano, pues carecen de la capacidad de conocimiento para saber que están afectando su propia vida, pues disminuirán su capacidad física o incluso llevarlos a la muerte. Además que están cometiendo un delito, por atentar contra su salud.

En los sujetos que estén, bajo un Trastorno mental ocasional, estarán bajo una disminución para discernir sobre lo que están haciendo, pues estos no sabrían que al vender un órgano de ellos estarán cometiendo un delito además que disminuirá su capacidad física o asimismo poner en peligro su vida, pero mientras realicen esta conducta bajo este trastorno mental ocasional, no se les puede dar una sanción por no tener conocimiento pleno sobre sus actos.

Y por lo que se refiere a las Causas de Justificación se presentara en aquellas personas, que comprarán algún órgano, tejido sangre o sus componentes etc. por la necesidad y carencia de los mismos. Pero solo se aplicará en algunos casos pues se estaría fomentando de alguna manera dicha conducta ilícita al comprar un órgano, tejido o partes de un cuerpo humano, sin saber la procedencia del mismo.

Pues además estaría atentando contra su propia vida, según el caso si lo comprará para él o para otro, ya que se requiere de ciertos estudios médicos, para ver si ese órgano es compatible con el que se va a retirar o de lo contrario provocaría la muerte del sujeto receptor y entonces se presentará el delito de homicidio.

El médico que lleve a cabo dicho trasplante, sin saber la procedencia de este órgano, o si el propio médico facilita el órgano vendiendoselo aquella persona que lo necesitará, sin saber si este es compatible con el sujeto receptor de no ser así se corre el riesgo de que muera el sujeto al que se le fuera a trasplantar. Por consiguiente el médico participara en el delito de comercio de órganos.

Por lo que se propone reformar el artículo en mención de la Ley General de Salud, que es uno de los que regulan la penalidad del comercio de órganos, para que esta sea aumentada para aquellas personas que intervengan en la venta de órganos humanos, sin importar que éstos sean profesionales o de las disciplinas de la salud, asimismo los que ayuden a los sujetos que se dedican a la venta de órganos, con la finalidad que al aumentar la sanción sea con el propósito de que todos aquellos que participen de diferente manera tengan la misma penalidad, y no puedan evadirse fácilmente a la sanción descrita en la Ley.

B I B L I O G R A F I A

- BETTIOL GIUSSEPE "DERECHO PENAL PARTE GENERAL" Ed. TEMIS
Bogotá 1965
- BORREL MACIA, ANTONIO. "La Persona Humana" Ed. Bosch, Casa
Barcelona 1954
- CARNELUTTI, FRANCESCO "Teoría General Del Delito" Traducción
del Italiano por Victor Conde. Ed.
Revista de Derecho Privado Madrid 1952
- CASTAN TOPEÑAS, JOSE "Los Derechos De La Personalidad"
Revista General de Legislación y
Jurisprudencia, Ed. Reus S.A. Madrid
Julio-Agosto 1952.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO "Lineamientos Elementales De
Derecho Penal (Parte General) ed. 19º
Ed. Porrúa S.A. México 1984
- CUELLO CALON EUGENIO "Derecho Penal T. I" Ed. Bosch Casa.
Barcelona 1960.
- DIEZ DIAZ, JOAQUIN "El Derecho A La Disposición Del Cuerpo"
Revista General de Legislación y
Jurisprudencia. Ed. Reus S.A. Madrid
1967.
- ----- "Los Derechos Fisicos De La Personalidad
Derechos Somáticos" Ed. Reus S.A.
Santillana, Madrid 1963.
- DE PINA RAFAEL PINA, DE PINA VARA, RAFAEL "Diccionario
de Derecho" ed. 15ª. Ed. Porrúa S.A.
México 1986.
- FUENZALIDA-PUELMA H. L. "Transplantes de Organos. La
Respuesta Legislativa De America Latina"
En Boletín de Oficina Panamericana
de la Salud OPS/OMS. Vol. 108 N° 5-6.
1990.

- GALLON GIRALDO, GUSTAVO "Los Delito Sin Objeto Material Tesis de Grado Colombia Pùblicasiones Universidad Externo De Colombia 1974.
- GOMEZ PRADA AGUSTIN "Derecho Penal Colombiano" Ed. Imprenta Del Departamento. Bucaramenga Colombia 1952.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, E. "El Patrimonio" Ed. Cajica S.A. Puebla, México 1982.
- HERVADA, JAVIER "Los Transplantes De Organos y El Derecho A Disponer Del Propio Cuerpo En Persona y Derecho" Vol. III. Ed. Pamplona 1975.
- J. CANSINO, ANTONIO "El Delito De Auto Justicia" Ed. Temis Bogotá Colombia. 1982
- JIMENEZ HUERTA MARIANO "La Tipicidad" Ed. Porrúa S.A. México 1955.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS "La Ley y El Delito (Principios De Derecho Penal)" ed. 5º. Ed. Sudamericana Buenos Aires 1967.
- KUNMEROW, G. "Perfiles Jiridicos De los Transplantes De Organos En Seres Humanos". Colección Justitia et Jus. Seccion Investigaciones N° 4 Universidad De Los Andes Merida, Venezuela 1969.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO "Teoría General Del Delito" ed. 2º Ed. Tirant lo bach Valencia 1989
- NAJARIAN JOHN, HOWARD RICHARD. "Organ Transplantation Medical Perpespective". Enciclopedya of Bioethics, New York: The Free Press 1978.
- PACHECO ESCOBEDO, ALBERTO "La Persona En El Derecho Civil Mexicano" Ed. Panorama, México 1985.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO "Nociones de Derecho Penal Mexicano Parte General" Ed. Instituto De Ciencias Autonomo. Zacatecas 1964.

HOJA 3

- PORTE PETIT C. CELESTINO "Apuntamientos De La Parte General De Derecho Penal I" ed.8º. Ed. Porrúa S.A. México 1983.
- POLITOFF SERGIO "Los Elementos Subjetivos del Tipo Legal" Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1965
- RAUL ZAFFARONI, EUGENIO "Teoria Del Delito" Ed. Ediar Buenos Aires 1973.
- ----- "Manual De Derecho Penal (Parte General) Ed. Cardenas Editor y Distribuidor México 1991.
- REYES ECHANDIA, ALFONSO "Tipicidad" ed. 6ª. Ed. Temis Bogotá Colombia 1989.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL "Compendio De Derecho Civil" Tomo I, ed. 21ª, Ed. Porrúa S.A. México 1986.
- ROMEO CASANOBA, CARLOS "Los Transplantes De Organos" Ed. Bosch Casa. España 1979.
- TAYABAS REYES, JORGE "Reflexiones Jurídicas Sobre Los Transplantes De Organos y Tejidos Humanos (Los Derechos Somáticos" Revista Suprema Ley. S/ed. México 1972.
- VICENTE ARENAS ANTONIO "Derecho Penal Colombiano" Ed. Universidad Nacional De Colombia Bogotá 1964.
- VIDAL MARCIANO "Moral de Actitudes". Tomo II, Ed. Etica de la Persona Madrid 1977.
- VON BELING ERNEST "El Rector de Los Tipos Del Delito" Traducción de Poreto Castro y J. Aguirre Cardenas Ed. Reus Madrid 1936
- VONZ LISZT, FRANZ "Tratado de Derecho Penal T. II Ed. Reus Madrid 1936.

LEGISLACION CONSULTADA.

- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
ed. 89ª, Ed. Porrúa S.A. México 1991
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL ed. 46ª Ed. Porrúa
S.A. México 1990.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL ed. 59ª Ed. Porrúa
S.A. México 1991.
- LEY GENERAL DE SALUD. ed. 7ª. Ed. Porrúa S.A. México 1991
- REFORMAS PUBLICADAS LOS DIAS 6 Y 10 DE ENERO, Y 25 DE MARZO
DE 1994 EN EL DIARIO OFICIAL DE LA
FEDERACION.

OTRAS FUENTES

- BIOETICA "BOLETIN DE LA OFICINA SANITARIA Panamericana"
OPS/oms Vol.108, N° 5 y 6 Mayo y Junio
de 1990.
- COMPILACION "Los Transplantes De Organos" Biblioteca
Criminalia Revista mensual año XXXV
Noviembre-Febrero. Bogotá 1969
- COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS "Derechos Humanos
Y Transplantes De Organos". Ed. Comisión
De Derechos Humanos. México 1992.
- GACETA UNAM N° 2,559, México mayo 6/91.

**DONACIÓN VOLUNTARIA
DE ÓRGANOS**

Yo _____

Nombre del donador

Dono mis órganos con fines de trasplante al momento de mi muerte, con la esperanza de ayudar a salvar una vida. Dato:

al cualquier órgano del
o si solo los siguientes órganos

(Especifique los órganos)

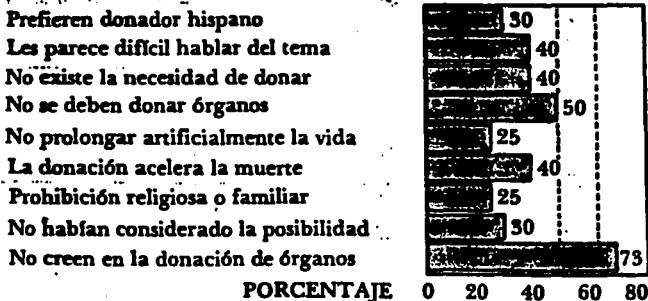
Llévela siempre consigo

| | |
|----------------------|-------------------------------|
| Firma del donador | |
| Edad _____ | Sexo <input type="checkbox"/> |
| Nombre y firma _____ | Nombre y firma _____ |
| Legar y fecha _____ | |

Fundación Mexicana para la Salud
Comité de Diálisis y Trasplante

FALLA DE ORIGEN

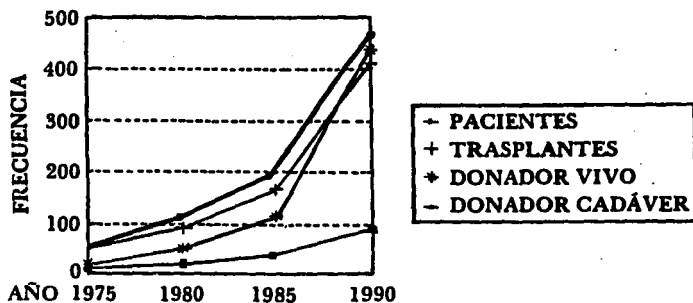
Gráfica No. 1
ACTITUD DE LOS HISPANOS RESPECTO
A LA DONACIÓN DE ÓRGANOS



Fuente: Gallup Survey 1987.

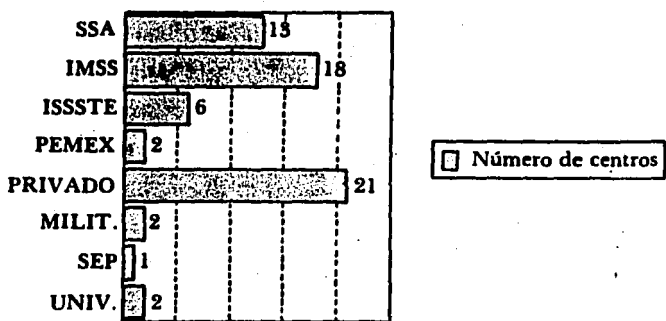
Kuri, nos permiten asomarnos a la situación actual y a sus perspectivas a corto y mediano plazo (gráficas 4, 5, 6 y 7).

Gráfica No. 2
TRASPLANTES REALIZADOS EN MÉXICO DE 1975 A 1990



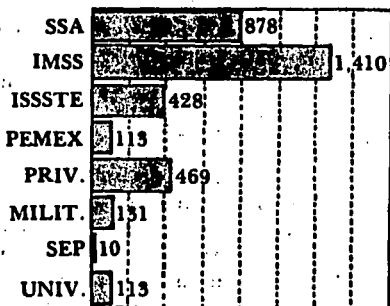
Fuente: Dib-Kuri *et al.* Secretaría de Salud, 1991.

Gráfica No. 3
NÚMERO DE CENTROS DE TRASPLANTE POR INSTITUCIÓN



Fuente: Dib-Kuri *et al.* Secretaría de Salud 1991.

Gráfica No. 4
NÚMERO DE TRASPLANTES POR INSTITUCIÓN
HASTA DICIEMBRE DE 1991



■ Número de trasplantes

Fuente: Dib-Kuri *Secretaría de Salud, 1991.*

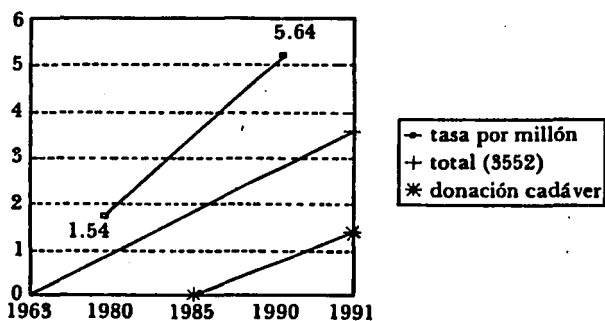
Gráfica No. 5
NÚMERO DE CENTROS POR ENTIDAD EN LA
REPÚBLICA MEXICANA, A DICIEMBRE DE 1991

| | |
|-----------------------|----|
| CIUDAD DE MÉXICO | 29 |
| AGUASCALIENTES | 1 |
| BAJA CALIFORNIA NORTE | 2 |
| CHIHUAHUA | 3 |
| COAHUILA | 3 |
| EDO. DE MÉXICO | 1 |
| GUANAJUATO | 2 |
| JALISCO | 5 |
| MICHOACÁN | 1 |
| NUEVO LEÓN | 7 |
| PUEBLA | 5 |
| QUERÉTARO | 1 |
| SAN LUIS POTOSÍ | 2 |
| SINALOA | 3 |
| SONORA | 4 |
| TAMAULIPAS | 2 |
| VERACRUZ | 1 |
| YUCATÁN | 3 |

Número de centros

Fuente: Dib-Kuri *et al.* Secretaría de Salud, 1991.

Gráfica No. 6
TRASPLANTES DE RIÑÓN REALIZADOS EN MÉXICO
DE 1963 A 1991



Fuente: Dib-Kuri *et al.* Secretaría de Salud, 1991.

* La donación de cadáveres aumentó a 11.2%.

Gráfica No. 7

TRASPLANTES RENALES POR ESTADO DE LA REPÚBLICA MEXICANA, A DICIEMBRE DE 1991

| | | | | | |
|-----------------------|-------|-----|--|--|-------|
| CIUDAD DE MÉXICO | 2,496 | | | | 2,496 |
| AGUASCALIENTES | 4 | | | | |
| BAJA CALIFORNIA NORTE | 4 | | | | |
| CHIHUAHUA | 22 | | | | |
| COAHUILA | 63 | | | | |
| EDO. DE MÉXICO | 12 | | | | |
| GUANAJUATO | 41 | | | | |
| JALISCO | 27 | 250 | | | |
| MICHOACÁN | 1 | | | | |
| NUEVO LEÓN | 22 | 366 | | | |
| PUEBLA | 39 | | | | |
| QUERÉTARO | 7 | | | | |
| SAN LUIS POTOSÍ | 31 | | | | |
| SINALOA | 31 | | | | |
| SONORA | 1 | 112 | | | |
| TAMAULIPAS | 3 | | | | |
| VERÁCRUZ | 15 | | | | |
| YUCATÁN | 27 | | | | |

5 Número de trasplantes

Fuente: Dib-Kuri *et al.* Secretaría de Salud.