

323
Cij



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LOS TRASPLANTES DE ORGANOS
HUMANOS ANTE EL DERECHO
PENAL".

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE:
L I C E N C I A D A E N D E R E C H O
P R E S E N T A :
L A U R A H E R N A N D E Z H E R N A N D E Z



MEXICO, D. F.

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL PRESENTE TRABAJO LO DEDICO:

CON MUCHO AMOR Y RESPETO A MIS PADRES EL
SEÑOR MANUEL HERNANDEZ LOPEZ, Y SEÑORA
GLORIA HERNANDEZ DE HERNANDEZ, COMO UNA
PEQUEÑA RECOMPENSA QUE RECIBI, PARA LA
REALIZACION DE ESTE TRABAJO. QUE HOY
PONGO EN SUS MANOS. GRACIAS LE DOY A
DIOS POR TENER UNOS PADRES ASÍ.

CON AMOR Y CARIÑO A MIS HERMANOS
NANCY, GUADALUPE, HUGO, LIDIA E
ITZEL. QUE HA PESAR QUE LA VIDA
NOS PONGA PRUEBAS DURAS, NUESTRA
UNION VA A SER ETERNA.

CON RÉSPETO Y ADMIRACION POR
LA CONFIANZA QUE DEPOSITO EN
MI Y POR HABER SIIDO UN GRAN
MAESTRO EN MI FORMACION
PROFESIONAL.LIC.FLORENTINO RIOS.

A MIS ABUELITOS:
TOMASA Y LIDIO, NUNCA
LOS OLVIDARE YA QUE
YA QUE VIVEN EN MI
CORAZON.

A MIS TIOS, PRIMOS, SOBRINOS Y
DEMÁS FAMILIARES CON INMENSO
APRECIO Y CARÍO.

CON CAARIÑO Y AMOR A MAX. POR LA
CONFIANZA QUE HA TENIDO EN MI.
Y QUE NUESTRAS VIDAS ALCANCEN
LAS METAS DESEADAS.

CON APRECIO A MIS AMIGOS:
ROBERTO, RAMIRO, CLAUDIA,
FERNANDO, MARIA DE LA LUZ.

CON ESPECIAL RECONOCIMIENTO A CADA UNO
DE MIS PROFESORES Y A MI ASESOR
LIC. ARTURO GARCIA JIMENEZ, CON INMENSA
GRATITUD.

LOS TRASPLANTES DE ORGANOS HUMANOS ANTE EL DERECHO PENAL

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES

I. Conceptos Generales	1
a) Conceptos Médicos	1
Injerto	
Organo	
Trasplante	
Tejido	
Sangre	
Cadáver	
Producto	
Inmunológico	
Terapéutica	
Transfusión	
b) Conceptos Legales de acuerdo a la Ley General de Salud	3
Cadáver	
Disponible	
Organo	
Plasma Humano	
Producto	
Receptor	
Sangre	
Células Germinales	
Pre-embrión	
Embrión	
Feto	
Destino Final	
c) Conceptos Médico-Legal	4
Cadáver	
Organo	
Trasplante	
Tejido	
Sangre	
Producto	

II. Referencia Histórica de los Trasplantes de órganos humanos	5
a) En los avances técnicos	6
b) De la necesidad de trasplantes	11
c) Del problema inmunológico	12
d) De la regulación jurídica	15
III. Principales Trasplantes de Organos que se realizan en la actualidad	16
IV. Requisitos Jurídicos Generales para realizar trasplantes de órganos humanos	17

CAPITULO SEGUNDO
ACTOS DE DISPOSICION DEL CUERPO HUMANO

I. Como Derechos de la Personalidad	21
II. Disposición por la Propia Persona	24
a) Partes renovables	27
b) Partes no renovables	31
c) Partes inútiles	33
III. Disposición para Después de la Muerte	34
a) Por testamento	36
b) Por contrato de donación sujeto	37
IV. Disposición por los familiares	39
a) Cónyuge	42
b) Parientes consanguíneos	44
c) Parientes Civiles	45
V. Disposición por la Autoridad Competente	46
a) Ministerio público	47
b) Judicial	49
c) Académica	50

CAPITULO TERCERO
LOS TRASPLANTES DE ORGANOS Y EL DERECHO PENAL

I. Determinación de la Muerte	54
a) Muerte Real	59
b) Muerte aparente	64
c) Muerte Legal	65
II. Controversia del Delito de Robo, en Cuanto a los Trasplantes de Organos Humanos	68
III. Controversia del Delito de Homicidio, en Cuanto a los Trasplantes de Organos Humanos	72

IV. Controversia del Delito de Lesiones, en Cuanto
a los Trasplantes de Organos Humanos

76

CAPITULO CUARTO
ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE TRAFICO DE ORGANOS
Y EL DERECHO PENAL

I. Conducta o Hecho	89
a) Clasificación en Orden a la Conducta	90
b) Clasificación en orden al resultado	92
c) Ausencia de Conducta	92
II. Tipicidad	93
a) Elementos del tipo	94
b) Clasificación en orden al tipo	95
c) Atipicidad	97
III. Antijuridicidad	97
a) Causas de licitud	99
IV. Imputabilidad	101
a) Inimputabilidad	101
V. Culpabilidad	102
a) Formas de culpabilidad	103
b) Inculpabilidad	103
VI. Punibilidad	104
a) Medidas de seguridad	105
b) Excusa absolutoria	105
VII. Tentativa	105
a) Acabada	106
b) Inacabada	107
c) Arrepentimiento	107
d) Desistimiento	107
VIII. CONCURSO DE DELITOS	107
a) Ideal	108
b) Material	109
c) Continuado	109
d) Autoría y participación	110
e) Autor material, mediato e intelectual	111
f) Cómplice	111

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Hace más de cincuenta años, nadie creía posible aventurarse más allá de la transfusión sanguínea o trasplantes de órganos pares que no ponían en especial riesgo la vida del ser humano. Sin embargo en el cada vez más rápido progreso de la medicina quirúrgica, el trasplante de órganos humanos ha venido a despertar el interés humano y científico, que no sólo apasiona al médico, al biólogo, al jurista y al teólogo moralista, sino también es de interés de toda la sociedad.

Desde nuestro punto de vista este tema es de gran importancia debido a la trascendencia que tiene en la sociedad. Ya que los trasplantes de órganos humanos, hoy día son una realidad y no podemos dejar a un lado el derecho que se quede rezagado, creemos conveniente que se regulen a los trasplantes de órganos en el Código Penal, en donde se contemple como delito el tráfico de órganos.

El objetivo primordial de este trabajo de investigación, es el referente a los principales problemas que se presentan en la realización de los trasplantes y en su ordenamiento jurídico que lo regula, que es la Ley General de Salud. Así como también intentar soluciones que aporten una mayor eficacia y dinamismo al derecho. Que se regulen los trasplantes de órganos en nuestra Legislación Penal, con la finalidad de actualizarlos a la realidad social en la que vivimos.

Para el desarrollo de este tema, hemos dividido este trabajo en cuatro capítulos, en el primero, analizamos los conceptos básicos e hicimos una breve síntesis histórica de los trasplantes de órganos humanos, en el segundo estudiamos los actos de disposición del cuerpo humano, en el tercero nos referimos a los trasplantes de órganos humanos y al derecho penal, en el cuarto realizamos el estudio dogmático del delito del tráfico de órganos humanos.

Hemos utilizado principalmente la fuente de investigación documental, consistente en la bibliografía nacional y extranjera, que en torno a nuestro tema se ha escrito. Es importante hacerse notar el escaso material que al respecto existe.

Por último debemos decir que el análisis de este tema no solo tiene importancia teórica, sino además práctica. Puede llegarse a presentar controversias jurídicas que deben ser resueltas conforme a derecho. Por lo que un análisis crítico de la regulación actual y en su caso la correspondiente propuesta, resulte del todo necesaria en nuestra Legislación.

CAPITULO PRIMERO CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES

I. CONCEPTOS GENERALES

Antes de iniciar el análisis de los trasplantes de órganos humanos, consideramos oportuno ofrecer los conceptos básicos más importantes que serán utilizados durante el desarrollo del presente trabajo, para su estudio los clasificamos en conceptos médicos, conceptos legales y conceptos médico-legal.

Hemos realizado esta clasificación atendiendo primeramente, a que los trasplantes de órganos humanos son realizados por Médicos Cirujanos por tal razón es importante, estudiar los diversos conceptos que se han dado acerca del tema, su contenido es una recopilación de definiciones de diversos autores destacados en este campo profesional.

La segunda clasificación corresponde al ámbito legal en donde la Ley General de Salud, establece lo que se va ha entender para cada uno de los conceptos que mas adelante mencionaremos.

Tomando en cuenta las dos anteriores clasificaciones realizamos la tercera, en donde vemos que hay entre ambas una estrecha y necesaria relación.

a) Conceptos Médicos:

Es un elemento importante para el desarrollo del tema, en estos conceptos encontramos la base para tener un visión general.

INJERTO: "Acción y efecto de implantar en la piel o en otro tejido del cuerpo un trozo de tejido para reparar una pérdida de substancia, mejorar las condiciones de una área lesionada con menoscabo anatómico-funcional, o con fines estéticos".¹

¹ Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas. Cardenal. Edit. Salvat. 5ª edición. Barcelona España, 1954. P.347.

ORGANO: "Parte del cuerpo dotada de una o varias funciones".²

TRASPLANTE: "Implantación de un órgano, en un organismo receptor, con establecimiento de conexiones, vasculares, arteriales, y venosas. Aplicación de una parte de tejido tomado de otra parte del mismo cuerpo o de otro. Tipos de trasplante: autotrasplante, heterotrasplante, homotrasplante e isotrasplante".³

TEJIDO: "Agrupación de células, fibras y productos celulares varios que forman un producto estructural".⁴

SANGRE: "Líquido rojo espeso, circulante por el sistema vascular sanguíneo, formado por elementos formes, los corpúsculos celulares figurados (hematíes, leucocitos, y plaquetas) y por sustancia líquida, el plasma hemático el cual contiene una serie de sustancias (proteicas, minerales y elementos gaseosos)".⁵

CADAVER: "Cuerpo generalmente humano, después de la muerte".⁶

PRODUCTO: "Cuerpo, parte, órgano etc., originados por la actividad de otro cuerpo, órgano o tejido de descomposición, sustancia resultante de la división de una molécula, compuesta de dos o más moléculas simples".⁷

INMUNOLOGICO: "Estado fisiológico que hace que el organismo pueda reconocer si sustancia determinada es extraña y neutralizarla, eliminarla o metabolizarla con o sin lesión a sus propios tejidos. Condicionamiento hereditario adquirido (natural o artificial mente) o inducido hacia una gente patógeno específico".⁸

² Idem P. 649.

³ Idem. P. 963.

⁴ Idem. P. 857.

⁵ Idem. P. 725.

⁶ Idem. P. 208.

⁷ Idem. P. 635.

⁸ Idem P. 348.

TERAPEUTICA: "Arte de curar. Parte de la medicina que se ocupa en el tratamiento de las enfermedades; ciencia y arte de curar o aliviar, que comprende el estudio de los medios propios para este fin".⁹

TRANSFUSION: "Operación de hacer pasar un líquido o humor de un vaso a otro, especialmente de sangre, introducción de un líquido como sangre o plasma en el torrente sanguíneo" .¹⁰

b) Conceptos Legales de Acuerdo a la Ley General de Salud.

Estos conceptos los encontramos en Ley General de Salud, en el título decimocuarto relativo a disposición de órganos y tejidos.

En el artículo 314 de la Ley y en el artículo 6 de su reglamento, en donde se establece que se entiende para efectos de este título por:

CADAVER. "El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida".¹¹

DIPONENTE. "Quién autorice, de acuerdo a la Ley y al Reglamento la disposición de órganos tejidos, productos y cadáveres".¹²

ORANO. "Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico".¹³

PLASMA HUMANO. "El componente específico separado de las células de la sangre".¹⁴

PRODUCTO. "Todo tejido o substancia excretada o expedida por el cuerpo humano como resultante del proceso fisiológico normal. Serán consideradas productos para efecto de este título, la placenta y nos anexos de la piel".¹⁵

⁹ Idem. P. 859.

¹⁰ Idem. P. 966

¹¹ Ley General de Salud. Edit. Anaya. México, 1996. P. 413

¹² Idem. P. 413.

¹³ Idem. P. 413.

¹⁴ Idem. P. 413

¹⁵ Idem. P. 413.

RECEPTOR. "La persona a quién se trasplantará o se le haya trasplantado un órgano o tejido, o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimiento terapéutico".¹⁶

SANGRE. "El tejido hemático con todos sus elementos".¹⁷

TEJIDO. "Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad, y que desempeñan una misma función".¹⁸

CELULAS GERMINALES. "Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión".¹⁹

PRE-EMBRION. "El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la decimosegunda semana gestacional".²⁰

FETO. "El producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno".²¹

DESTINO FINAL. "La conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la Ley, de órganos, tejidos y sus derivados productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones y fetos".²²

c) Conceptos Médico- Legal

Tomando en consideración los anteriores conceptos, vemos que hay entre ambos una estrecha necesaria relación porque la medicina tiene por objeto, poner al servicio de la administración de justicia, los conocimientos y las técnicas médico quirúrgicas.

¹⁶ Idem. P. 413.

¹⁷ Idem. P. 413.

¹⁸ Idem. P. 413.

¹⁹ Idem. P. 413.

²⁰ Idem. P. 413.

²¹ Idem. P. 413.

²² Idem. p. 413.

CADAVER. "Cuerpo generalmente humano, en el que se haya comprobado la pérdida de la vida".²³

ORGANO. "Parte diferenciada del organismo dotada de una o más funciones. Desde el punto de vista médico-legal se entiende por órgano el conjunto de tejidos y órganos de menor importancia que actúan en el ejercicio de una función determinada como la función renal o visual"²⁴

TRASPLANTE. "Traslado de un órgano extraído del cuerpo de un donante para substituir el mismo órgano enfermo del receptor. Aunque el término trasplante tiene el mismo significado que injerto, este último se aplica a la implantación de tejidos en el mismo cuerpo o en el de otro individuo, mientras que el primero suele aplicarse al implante de órganos de un individuo a otro".²⁵

TEJIDO. "Entidad morfológica compuesta por una masa de células similares, ordenadas con regularidad que desempeñan una misma función".²⁶

SANGRE. "Líquido rojo espeso, circulante por el sistema vascular sanguíneo y que lleva los componentes nutritivos y residuos de todas las células del organismo".²⁷

PRODUCTO. "Tejido substancia excretada o expedida por el cuerpo humano, resultante de los procesos fisiológicos normales".²⁸

II.REFERENCIA HISTORICA DE LOS TRASPLANTES DE ORGANOS HUMANOS

²³ Cfr. Diccionario de las Ciencias Médicas y Ley General de Salud.. P. 208.

²⁴ Cfr. Diccionario de las Ciencias Médicas y Ley General de Salud. P. 963

²⁵ Idem. P. 963

²⁶ Idem. P. 857.

²⁷ Idem. P. 725.

²⁸ Idem. P. 635.

Si partimos de la base de que los trasplantes de los órganos humanos, hace cincuenta años nadie creía posible aventurarse mas allá de las transfusiones de líquido sanguíneo o de los trasplantes de órganos pares que no ponían en especial riesgo al ser humano.

Mas en el incesante y cada vez más rápido progreso de la medicina quirúrgica el trasplante de órganos a venido a despertar el interés humano y científico, no solo apasiona al médico, al biólogo, al jurista y al teólogo moralista, sino también es de interés de toda la sociedad.

Desde el año de 1969, cuando Christian Barnoid, realizó el primer trasplante de corazón, la aventura medica no se ha detenido y se demuestra día a día, que el hombre busca ávidamente los caminos hacia la inmortalidad. No obstante alargar la vida por este medio sigue siendo por este medio una quimera, el obstáculo mas fuerte para realizar trasplantes, estriba primordialmente en el rechazo a los órganos humanos o artificiales, por compatibilidad inmunológica del organismo.

Aunque las cirugías resulten exitosas "la muerte por rechazo de material es frecuente, por lo que intentar la sobre vida por medio del trasplante suele ser un breve sueño".²⁴

a) En los avances técnicos

Grandes avances a tenido la humanidad desde los barberos médicos o médicos barberos medievales trataron de substituir por primera vez los dientes tomándolos de cadáver para llevarlos a otros sujetos que deseaban reponer sus piezas perdidas .

En la época Renacentista, los cirujanos empleaban la piel (Comúnmente la del brazo) para realizar injertos en el cuerpo de la misma persona, con el fin de curar las heridas producidas en el campo de batalla, aunque no existe constancia de que se haya realizado injertos de una persona a otra.

²⁴ OSCOS Said, Gisela A. Revista de Investigaciones Jurídicas. No. 15. Vol. 15. Mexico, 1991. P. 449.

Se considera que el primer trasplante exitoso fue el de la transfusión sanguínea.³⁰

Según la noticia publicada el 17 de Abril de 1668 el parlamento francés promulgó un edicto, en el que se prohibía la transfusión sanguínea, como consecuencia de los experimentos realizados por Jean Baptiste Dennis. Tal vez por eso fue hasta 150 años después que James Blundell, un partero Londinense, se interesó nuevamente en la transfusión sanguínea considerándola como el medio

mas adecuado para tratar las hemorragias, agudas. Sin embargo numerosos problemas tales como la carencia de conocimientos sobre la incompatibilidad inmunológica, falta de anticoagulantes, desconocimiento técnico y de práctica para hacer la transfusión, tardaron 100 años mas su desarrollo. Después de 1918 la transfusión fue cordialmente aceptada y utilizada como una medida poco arriesgada.

Durante la Segunda Guerra Mundial, con el establecimiento de los bancos de sangre, la transfusión aseguro un sitio definitivo como procedimiento terapéutico idóneo, no sólo para curar la anemia aguda por hemorragia, sino también para el tratamiento de otros males y enfermedades.

Sin embargo lo anterior, para llegar a éste estado hubo necesidad de evolucionar lentamente desde que se realizaron los primeros experimentos hacia el siglo XVII, un grupo de médicos encabezado por Lower quien en 1667, aplico la sangre de un cordero a un enfermo mental, con la intención de aliviar sus síntomas de insania, esto es en aquella época se hizo aplicación intravenosa de la sangre.

Dennis, filosofo matemático, miembro prominente de la academia de Ciencias de París, médico de Luis XV, fue el único desde 1667, que realizó experimentos de transfusión sanguínea con tal medida y sistema que le valieron mas tarde el reconocimiento de haber sido el primero en realizar una transfusión de anima a animal.

³⁰ Ob. Cit. OSCOS Said, Gisela A. P. 450.

En 1668 llevo a cabo una transfusión de sangre de carólida de una oveja a una de las venas de un joven enfermo, tres pacientes mas fueron tratados por Dennis con transfusión de sangre de animal, no todos con resultados tan felices como el primero de ellos, el cuarto de los pacientes, tratado con un sistema que a la fecha no suscitara mayores objeciones, murió y Dennis fue acusado de asesinato, cargo del cual fue absuelto para terminar con el asunto y la prohibición del parlamento.³¹

Tanto sea conseguido en la actualidad que comienza a vencerse la resistencia ofrecida por algunos profesionistas para el empleo de la sangre de cadáver, lo cual había hecho Yudin desde 1930. No esta lejano el día en que el mayor aprovisionamiento de nuestros bancos de sangre se localicen en los cadáveres facilitando todavía el uso cotidiano de la transfusión de sangre.

Lendsteiner, en 1900, descubrió los tres primeros grupos sanguíneos que se encuentran en la sangre humana con mayor frecuencia. Descallelo descubrió el cuarto y el mas raro. Los grupos sanguíneos se deben de tomar en cuenta al realizar la transfusión de sangre, para que no exista rechazo, sentando de esta manera las bases científicas para que se hiciese un empleo seguro de la transfusión de la sangre.

El iniciador de los trasplantes fue Alexis Carrell, cuyo objetivo era tomar órganos humanos que hubiesen sido extirpados por medio de una operación quirúrgica, o bien tomarlos después de la muerte de un individuo, revivirlo por medio del corazón artificial y prepararlo luego para reimplantarlo en el cuerpo de algún paciente. Realizó grandes avances sobre nuevos métodos para la satura de vasos sanguíneos, permitiendo con ello que los médicos hicieran transfusión de sangre sin riesgo, así como trasplantarán arterias, venas y órganos.

Con los trasplantes, se ha inventado la reparación de algún defecto, en alguna región o parte del cuerpo (tejido, visera, articulación, miembro, etc.), así como la sustitución de la parte afectada, por algún artefacto que supla las funciones encomiadas a dicha estructura o región corporal.

³¹ SANCHEZ Medel, Luis. Revista Criminalia. No. 2. Año XXXV, Febrero 1969. México D.F. P. 77.

Suele ocurrir que el artefacto no tenga el propósito de suplir funciones específicas del tejido u órgano que repara o sustituye, sino que simplemente pretenda recuperar la forma que el defecto o ausencia del órgano ha alterado, que el propósito estético arriba anotado se busque, no por su ausencia o lesión de una parte del cuerpo, sino por el mimetismo a las formas de un determinado modelo que se comprende como prototipo de belleza.

A los artefactos inventados con esta finalidad, de ser contruidos con materiales inertes cuyas posibilidades de activar biológicamente como cuerpos extraños son pocas se les llama prótesis y sean diseñado tantas como las necesidades y el ingenio humano a permitido, por ejemplo las placas de metal para sustituir los huesos del bóveda del cráneo , cabeza de fémur de metal o de plástico, testículos de vitalio, mamas de silicona, las muy diversas variedades de la válvulas cardiacas etc.

Hay estructuras del cuerpo humano, tales como la cornea del ojo y las válvulas aórticas y pulmonares del corazón, pero no se comportan como la mayoría de los tejidos, por carecer de vasos que los nutran. Lo único que requieren para conservar sus características. (La transferencia de la cornea, elasticidad en las válvulas), es el medio que las rodea impide su deterioro por desecación o cualquier otro mecanismo físico. El trasplante de estas estructuras no involucran problema de rechazo.

El éxito de este tipo de trasplante depende básicamente de que se tome del cadáver oportunamente antes de que se presenten los fenómenos de descomposición y que durante el tiempo que permanece afuera, se conserven en medios que impidan o retarden cambios desfavorables. Desde 1924 se hacen trasplantes de cornea con resultados satisfactorios.

Los trasplantes autógenos de tejido como tendón, cartilago, hueso, piel se han hecho desde fines del siglo XVIII, y las comunicaciones sobre resultados obtenidos desde ese entonces a la fecha coinciden en que han sido satisfactorias. Es necesario subrayar el hecho de que los autotrasplantes (injerto Autógeno) o son más que el traslado de tejido de un sitio a otro pero del mismo organismo. La práctica de este tipo de trasplante es común y siempre se ha cuidado la técnica,

son bien tolerados. Los ortopedistas y los cirujanos plásticos los realizan rutinariamente.³²

Si el trasplante de tejido apareció hace más de 400 años, el trasplante de órganos se convirtió en una realidad hace apenas treinta años.

El doctor Joseph E. Murray. En 1954, práctico el trasplante de riñón entre gemelos en Brigham, hospital de Boston, Estados Unidos, por esa misma época el científico Británico Peter Madawar, revela los misterios de la defensa orgánica de los glóbulos blancos de la sangre contra los cuerpos extraños en el organismo humano.

El primer trasplante de órganos realizado con éxito fue el de un riñón que se paso de un gemelo univitalicio a su hermano, cuando se dio la coincidencia de que los riñones del segundo se encontraban irreparablemente dañados y que los dos del primero se encontraba sanos. Desde entonces el trasplante de riñón en gemelos provenientes del mismo huevo ha sido una coincidencia que felizmente se ha presentado en un número nada despreciable de ocasiones.

Sin embargo, la posibilidad de trasplante de órganos entre gemelos monocigóticos está restringido exclusivamente a los órganos pares.

El siguiente paso fue el trasplante de riñones entre gemelos heterosigóticos, entre hermanos, entre padres e hijos y entre familiares.

El trasplante de hígado es uno de los más difíciles tanto por la técnica como por la imposibilidad de su obtención provenientes de donadores vivos, a tal grado que antes de 1967 no se había logrado que los receptores de un trasplante de hígado sobreviviera más de 23 días y la mayoría había muerto de inmediato, tras el procedimiento quirúrgico.

Richard Lillehei, doctor de la Universidad de Minesota, en 1966, trasplanto un páncreas, un riñón y un segmento de intestino delgado a una mujer que padecía diabetes aguda, quien vivió gracias a esa operación casi cinco meses.

³² Ob. Cit.. SANCHEZ Medel, Luis. P. 78.

En la ciudad del Cabo Africa del Sur, Christian Barnald, en el año de 1969 realizó el primer trasplante de corazón proveniente de otro hombre. Operación que se ha repetido en otros países, se ha planteado a la conciencia medica y a los juristas el problema de que si dicha operación es debida. No falta quien objete, pero la historia de la ciencia medica que no debe de limitarse su desarrollo, máxime como en este caso lo que se busca es conservar la vida utilizando un órgano de un ser que ha desaparecido.

b) De la Necesidad de Trasplante

En nuestro país como en todo el mundo, hay largas listas de requerientes que esperan incluso por años a algún donante cuyos órganos resultan finalmente compatibles con su sistema inmunológico. La significativa desproporción entre la demanda y la oferta, en el mercado de órganos y la ingente necesidad de los mismos, han provocado que se coloquen en un plano muy ulterior la valorización de la calidad de la vida humana. Un sin fin de problemas éticos y morales han surgido en torno a los trasplantes, donantes y receptores se han dejado a un lado por los sistemas de salud y legislativos, en la urgencia por cubrir rápidamente sus necesidades. El Estado ahora no solo deberá garantizar las condiciones de vida de los individuos, sino incluso posibilitar la provisión de vida, mediante un sistema por el cual los individuos puedan obtener de otros la materia vital.

"Este sistema puede hacer el voluntarismo alentado, que se ha puesto en práctica en Estados Unidos, Gran Bretaña, Irlanda, Austria, Nueva Zelanda, Canadá y Sudáfrica"³³

Este sistema se basa en una infraestructura de información y publicidad dispuesta por el Estado.

La política del voluntarismo alentado, puede cumplir varios objetivos:

³³ Cfr. OSCOS Said, Gisela A. Revista de Investigaciones Jurídicas No. 15 Vol. 15. México, 1991. P.452

Hacer consciente a la población adulta de la escasez de material donable y de la urgencia por conseguirlo.

Integrar un listado de órganos susceptibles de ser donados, con la ventaja de conocimiento anticipado de las características físicas de cada donante y de sus órganos y tejidos, para prever con mayor precisión y facilidad la compatibilidad inmunológica con los eventuales receptores y no perder tiempo cuando acaezca la muerte del donante.

Despejar las dudas de carácter medico, ético y jurídico que pudiera albergar los donantes potenciales a través de los grandes medios de difusión e información.

Lograr que el grueso de la población manifieste expresamente su decisión respecto al destino de sus partes y se integra a un sistema confiable de voluntarismo alentado.

Reducir los casos de omisión del consentimiento para evitar en lo posible que los disponentes secundarios sustituyan la voluntad de un tercero; se nulifica la posibilidad de que el Estado disponga de los restos de los gobernados, como si fuera su detentador.

Hacer accesible a mayor número de personas la tecnología de trasplante, al abaratare los costos por el aumento de la oferta y la gratitud de los órganos y los tejidos.

Desarrollar el voluntarismo sobre los sentimientos de genuino altruismo y solidaridad, sin caer en los sacrificios de los derechos humanos individuales.

Evitar el enfrentamiento de esferas de protección jurídica.

El establecer dentro de la legislación mexicana, un sistema como el apuntado sería de enormes beneficios

c) Del Problema Inmunológico

Debemos hacer hincapié en la gran trascendencia de este tema referente a la inmunología y al problema del rechazo que a fin de cuentas es lo mismo, pues

ambos conceptos están íntimamente ligados y no se puede hablar de uno sin hacer mención del otro.

Inmune "adj. Libre, exento. No atacable por ciertas enfermedades".

Inmunidad "resistencia natural o adquirida de un organismo vivo a una gente infecciosa o tóxico".

Inmunización "hacer inmune contra alguna enfermedad".

Rechazo "no aceptación de un injerto por un órgano".

Los términos son muy claros y podemos contestar que el rechazo es la consecuencia de la no inmunización, de la falta de inmunidad.

Visto el problema gramatical, es conveniente hacer una breve reseña de lo que es el problema de inmunidad y rechazo.

El aspecto inmunológico es un tema de gran trascendencia, cuya solución esperamos se obtenga en el menor plazo posible. Este factor inmunológico es el causante como ya hemos dicho, de lo que se conoce con el nombre de rechazo, es decir, de la lucha del organismo por desembarazarse de células y tejidos que no son iguales, experimentalmente sea demostrado que si se llenan ciertas condiciones sobre todo nutritivas es posible trasplantar en un mismo individuo fragmentos de piel. Este fenómeno se llama trasplante autólogo y se tolera debido a que la porción trasplantada lleva proteínas propias del individuo, pero si en lugar de fragmentos del propio individuo, se toman de un donador de la misma especie, pasando cierto tiempo de aparente buen estado, el injerto comienza a destruirse hasta llegar a su total desintegración. Este trasplante llamado heterólogo "No pega" porque lleva proteínas extrañas "Reconocibles" por el huésped, que provoca en el reacciones de tipo inmunitario, destructivas para el tejido ajeno.³⁴

Con animales de laboratorio se puede hacer trasplantes de heterólogos que "Peguen" , si se realiza de padres a hijos, como sucede con los ratones híbridos obtenidos después de cruzar animales de sepas distintas o en los descendientes de esos híbridos cruzados entre ellos hasta obtener individuos del mismo material genético y consecuentemente con la misma constitución proteica, es decir con animales isologos.

³⁴ BENITEZ Soto, Luis. Revista Semana Médica. Vol.LXI. No.9. Octubre, 1969. P.269.

Tratándose de trasplantes de córneas, esta "pega", aunque sea heterólogo, porque no lleva vasos sanguíneos, ni se forma lecho de células de "Rechazo". Por lo tanto no hay formación de anticuerpos. Es el único tejido extraño que puede ser trasplantado con buena posibilidad de que continuará su función indefinidamente.

Enfrentándose al problema de rechazo, el Doctor Carlos Biro, ha llevado grandes investigaciones en este campo y nos dice que "Podemos tomar de un animal, inyectarle un compuesto en forma que se desee y hacer que ese animal quede incompetente para producir anticuerpos contra ese material. Es la llamada "Tolerancia Inmunológica".

Según los inmunólogos Mexicanos, en estas tres últimas palabras está la solución que será realidad en un futuro no muy lejano. Y en efecto, ya es posible producir tolerancia inmunológica adquirida específicamente cuando se reconoce el antígeno o cuando se tiene el material limpio y puro que quiere neutralizar.

Desde la iniciación de los trasplantes sea venido utilizando diversos procedimientos para evitar el rechazo, en algunos casos ha sido efectivo durante algún tiempo, por ejemplo sea procurado seleccionar donantes: cuyo tejido de órganos por trasplantar sea homólogos a los del receptor y adoptables en cuanto a tamaño de las cavidades donde vaya a quedar definitivamente. Además se han utilizado medios hospitalarios estériles, de aislamiento, para evitar procesos infecciosos agregados, ya que estos enfermos son muy débiles para las infecciones.

Debido a lo anterior consideramos que de las principales razones de éxito actual de los trasplantes se debe al mejor conocimiento y control de las reacciones inmunológicas, que originan el rechazo. La terapia inmunosupresiva con una combinación de azatiuprina y prednisona, se práctica hoy en forma regular; la primera se utiliza en todos los casos de trasplante renal y la segunda en el 85%. Últimamente se ha incorporado a este arsenal terapéutico una nueva arma contra el rechazo, que es el suero antilinfocítico, mediante esta técnica se procura suprimir el fenómeno biológico de rechazo atacando los linfocitos y cuando dicho suero es inyectado en el receptor los anticuerpos inactivan sus linfocitos.

También otro de los aspectos complejos que existen respecto del trasplante, es lo referente al grado de compatibilidad tisular, los cuales prometen muy buenos resultados.

Podemos observar después del esbozo general, que sobre este problema hemos hecho, sea avanzado bastante en el camino de la inmunología, tanto en la búsqueda de la substancia inmuno-supresiva como entre la incompatibilidad entre tejidos del donador y del receptor en condiciones adversas para defenderse de otros padecimientos, como son los infectocontagiosos. En el futuro es posible que se llegue a obtener mejores medicamentos, que obren exclusivamente sobre el mecanismo de rechazo del tejido u órgano injertado, sin modificar el valor inmunológico general del receptor. Cuando esto acontezca, dejarán de ser el grave problema biológico y médico del presente.³⁵

d) De la Regulación Jurídica

Hasta hace algunos años, se hablaba de la necesidad de legislar en materia de trasplantes de órganos y tejidos, se decía que el derecho había quedado completamente rezagado con respecto a los adelantos científicos y había hecho oídos sordos, a dichos adelantos, que por su gran trascendencia social, merecían que se les tomarán en cuenta y que se legislara en esta materia, para evitar los graves problemas que se pudiera tener consigo. Se pensaba que la legislación sobre la materia debería contener principios generales que regularán todos los aspectos que tenían manifestación en la sociedad y dejar que sus reglamentos la adoptarán al desarrollo científico pero siendo indispensable; el señalamiento de normas precisas encaminadas a proteger la vida, la salud, la integridad del individuo y el respeto al cadáver.

La salubridad general de la República, se encuentra regulada y amparada por el Derecho Sanitario, por lo tanto estamos en un régimen de Derecho Público.

Definición: El Derecho Sanitario, es una disciplina autónoma del Derecho Administrativo, encargada del estudio de las normas e instituciones encaminadas a proteger la salud.

³⁵ Revista de Actualidades Médicas. Vol.I. No. 3. México, 1990. P. 25.

Dada la importancia del derecho de salud, ha sido elevada a norma constitucional por lo tanto el párrafo IV del artículo 4 de nuestra Ley Fundamental se establece:

"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación en materia de Salubridad, conforme a lo que dispone la fracción XVI del Artículo 73 de la Constitución".³⁵

A su vez en la fracción XVI del ya referido artículo 73 de la constitución se dan las bases generales sobre salubridad pública al disponer:

"Que el congreso tiene facultad para dictar, leyes sobre salubridad general de la república".

Como consecuencia del mandato constitucional referido, surgió a la luz pública, la Ley General de Salud, reglamentaria del párrafo IV del artículo 4 de la ley fundamental, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984 y entra en vigor a partir del 9 de julio del mismo año.

La Ley General de Salud, estableció en su título decimocuarto, las bases legales sobre las cuales deberá realizar el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, como también se encuentran regulados por su reglamento, publicado en el Diario Oficial del día 20 de febrero de 1985.

III. PRINCIPALES TRASPLANTES DE ORGANOS QUE SE REALIZAN EN LA ACTUALIDAD

Corazón

Cornea

Dudeno

Dedos

Hígado

Huesos y Cartilago

Intestino Delgado

³⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1995. P. 65.

Lóbulo Pulmonar
Medula Osea
Oreja
Páncreas
Ovario
Paratiroides
Piezas Dentales Naturales y Artificiales
Piel
Riñón
Tendones y Músculos
Testículos
Tiroides
Vasos Sanguíneos

IV: REQUISITOS JURIDICOS GENERALES PARA REALIZAR TRASPLANTES DE ORGANOS HUMANOS

De acuerdo con la Ley General de Salud y su Reglamento, nos encontramos que en su artículo 324 de la Ley y en el 16 del Reglamento, se determina que "para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario. Libre de coacción física o moral; otorgada ante notario público o ante documento expedido ante dos testigos idóneos. En caso de la sangre no será necesario el consentimiento que sea manifestado por escrito.

El disponente originario podrá revocar el consentimiento en cualquier momento.³⁷

El consentimiento debe de ser manifestado, entonces, con plena capacidad, libre de todo tipo de coacción, ya sea violenta, subliminal e incluso afectiva característica que no siempre reúne en caso de incapaces y menores de edad. Si los requisitos anteriores cumplen con la expectativa de lo que se entendería como consentimiento lícito en la donación, la norma debe facilitar y

³⁷ Ley General de Salud. Edit. Porrúa, 1995. P. 64.

hacer obligatoria la norma de difundir suficientemente y dar publicidad a los documentos por medio de los cuales se otorga el consentimiento.

En el artículo 325 de la Ley General de Salud, nos menciona que debe de hacerse en el caso de que el disponente originario no haya otorgado su consentimiento, y a la letra dice:

* "Cuando el disponente no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y los componentes de sus cadáver, se requiere el consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de esta Ley; excepto cuando la autoridad competente ordene la necropsia".

Los disponentes a que se hace mención son en primer lugar el cónyuge, concubinario, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado, a falta de estos parientes, la autoridad sanitaria, el Ministerio Público, la Autoridad Judicial, las Instituciones Educativas y las demás a quienes las disposiciones generales les confieren tal carácter.

No será válido el consentimiento otorgado por:

I. Menores de edad

II. Incapaces

III. Personas que por cualquier circunstancia no expresaron libremente.

Sin embargo, el reglamento establece una salvedad refiriéndose a los menores,

Artículo 16 tratándose de los trasplantes entre vivos el disponente originario del que se toma órganos y tejidos deberá:

I. Tener más de 18 años y menos de 60 años.

II. Contar con un dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psíquico.

Tratándose de trasplantes de médula ósea, la secretaria de salud, podrá, en su caso, eximir al disponente originario del requisito al que se refiere la fracción I de este artículo, al efecto deberán presentarse ante la Secretaría los estudios y diagnósticos terapéuticos que ésta determine, y cuando procedan, el consentimiento de los representantes del disponente.

En el artículo 16 del Reglamento, se encuentran los requisitos que deberán de tomarse en cuenta para la realización del trasplante entre vivos, el disponente originario del que se toman los órganos y tejidos deberá:

III. Tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas.

IV. Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral otorgada ante dos testigos idóneos o ante notario público.

El donante debe de estar plenamente consciente del tipo de acto que va a realizar, para ello, debe de suministrarse todo tipo de información, ya sea técnico-médica o a modo que se evalúen los diversos riesgos que el acto representa tanto para el, como para el receptor, ya en el momento de la cirugía de trasplante, como con posterioridad a la misma, como jurídica debe estar enterado del alcance de su consentimiento.

El documento en el cual, el disponente originario expresa su voluntad para donar sus órganos y tejidos deberá contener:

- I. Nombre completo del disponente
- II. Domicilio
- III. Edad
- IV. Sexo
- V. Estado Civil
- VI. Ocupación
- VII. Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario si lo tuviera.
- VIII. Si fuese soltero nombre y domicilio de los padres y a falta de estos a alguno de sus familiares.
- IX. Señalamiento de que por propia voluntad y título gratuito consiente la disposición de órganos, expresando si esta disposición se entenderá hecha entre vivos o para después de la muerte.
- X. Señalamiento de haber recibido información
- XI. Nombre, firma y domicilio de los testigos
- XII. Lugar y fecha en que se emite
- XIII. Firma o huella digital del disponente

El receptor de un órgano o tejido deberá reunir los siguientes requisitos:

Tener un padecimiento que pueda tratarse de manera eficaz por medio del trasplante.

No presentar otras enfermedades que predeciblemente interfieran en el éxito del trasplante.

Tener estado de salud físico y mental capaz de tolerar el trasplante y su evolución.

Haber expresado su voluntad por escrito, un vez enterado del objeto de la intervención, de sus riesgos y posibilidades de éxito.

Ser compatible con el donante.

El escrito donde el receptor ha expresado su voluntad deberá contener:

Nombre completo del receptor

Edad

Sexo

Estado Civil

Ocupación

Nombre y domicilio del cónyuge si tuviera, si fuera soltero nombre de los padres y su domicilio

Señalamiento de que por ser su propia voluntad consiente del objeto y clase de intervención, como de las posibilidades del éxito.

Firma y huella del receptor

Lugar y fecha del lugar en que se emite

Nombre, firma y domicilio de testigos.

CAPITULO SEGUNDO

ACTOS DE DISPOSICION DEL CUERPO HUMANO

I. COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD

Los derechos de la personalidad, eran solamente estudiados en el ámbito del derecho natural o de la filosofía, muy diferentes, sin embargo, es lo que ocurre hoy, a partir del celebre artículo que en 1909 publicó E. H. Perrau, sobre los derechos de la personalidad, diversas monografías han aparecido sobre el tema y todos los tratados de derecho civil francés, concedían a esta cuestión un espacio.

Y no obstante lo anterior, un autor como Castán Tobeñas, en 1952 se quejaba de que:

"Triste es confesar que los juristas españoles hemos dedicado, en nuestra época poca atención a la teoría de los derechos esenciales de la persona tal vez por la complejidad que ofrece la cuestión relativa a los mismos que hunde sus raíces en la filosofía del derecho y extiende sus ramas por los campos del derecho civil, del penal, del político y del administrativo. Pocas materias hay que precisen tan variadas aportaciones de las diversas disciplinas jurídicas.

Oportuno sería, que se practicasen enseñanzas, estudios, trabajos de seminario en los que recogiendo los puntos de vista, del derecho privado y público, se enfocase, en los problemas de los llamados derechos del hombre, contemplados casi siempre a la luz de concepciones muy convencionales y exóticas para nosotros, sino la cuestión del sentido que han de tener y la ordenación que deben recibir en todos sus aspectos"³⁸

El Derecho Romano desconoció esta clase de derecho y la protección de la personalidad funcionaba a través de la llamada "actio iniuriarum", y fue hasta el Renacimiento, cuando se experimentó la necesidad de afirmar estos, derechos de

³⁸ CASTAN Tobeñas, José. Los Derechos de la Personalidad. Edit. Reus. S/N. de Madrid, 1952. P.63.

la persona, lo cual hizo aparecer construcciones jurídicas que habrían de ser la base de las modernas teorías sobre la materia.

Apareció así la figura de "protestas in se ipsum" o "ius in corpus" o sea "potestad sobre sí mismo" o "derecho sobre el cuerpo", que sea estimado como un antecedente de los Derechos de la Personalidad.

"Este sistema de "ius in se ipsum", no obstante, goza de poco favor, y la doctrina moderna lo descarta, porque la complejidad interna de la persona, con distingo de alma-cuerpo, no justificaba evocar en ese desdoblamiento inadmisibile del hombre".³⁹

Otro antecedente de esta tesis de los derechos de la personalidad, se localiza en la Escuela de Derecho Natural del siglo XVIII, que sólo buscaba el reconocimiento, de los llamados por esta "Derechos Naturales o Innatos" y los considerados como aquellos que son connaturales al hombre, nacen con él, Corresponde a su naturaleza, van indisolublemente unidos al ser mismo y además en suma son preexistentes a su reconocimiento por el Estado, esto es, que antes de que el Estado los reconozca, todos los derechos corresponden al ser humano.

Durante el siglo XIX, se debatió mucho sobre esta materia, y se discutía entre los autores si a los derechos de personalidad se les debía o no considerar como verdaderos derechos subjetivos, si se les debía dar o no cabida autónoma en ordenamientos civiles, si era o no suficiente con su protección en las leyes que se ocupaban del derecho penal, administrativo o constitucional, y en fin se abrió en formas sería del debate sobre estas ideas.

Es preciso a la doctrina italiana, a la que correspondió el mérito de estudiarlos a fondo, y reivindicar la categoría que tiene, de enaltecer su enorme trascendencia y de lograr que se afirme la tesis que sostiene la existencia de los verdaderos derechos subjetivos.

Los Derechos de la Personalidad tienen objeto "El goce de bienes fundamentales a la persona, con la vida y la integridad física, este goce resulta interesantísimo no sólo para los particulares o interesados personalmente, sino

³⁹ DIEZ Díaz, Joaquín. *Derechos de la Personalidad o Bienes de la Persona*. Edit. Reus. S/N de edición. Madrid, 1953. P. 17.

también para la sociedad y para el Estado. De ahí que su adecuado disfrute sea objeto de una doble consideración, tanto desde el sector jurídico público (Leyes Penales, Administrativas), como desde un ángulo de derecho privado especialmente a perfilar su contenido".⁴⁰

Nos resulta difícil, definir los Derechos de la Personalidad. No obstante hemos tomado de base múltiples definiciones formuladas por prestigiosos tratadistas

Para Ferrara, define a los Derechos de la Personalidad como "los que garantizan el goce de nosotros mismos aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales".

Otro autor Degni. Los define como aquéllos derechos subjetivos particulares que se encuentra también su fundamento en la personalidad, que se dirige a garantizar a la persona el goce de sus facultades del cuerpo y del espíritu, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad..

Al respecto Mario Rotondi. "Considera a los Derechos de la Personalidad como derechos subjetivos eminentemente absolutos que miran a tutelar la integridad de los asociados la obligación negativa de una abstención que se traduce en el respeto de todas las legítimas manifestaciones de la personalidad ajena"⁴¹

Según Joaquín Díez Díaz, los define como cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones psíquicas o físicas de la persona misma.⁴²

Gutiérrez y González a los Derechos de la Personalidad los define como los bienes constituidos por determinadas personas. Físicas o psíquicas del ser humano relativas a su integridad física y mental, que les atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y, que son individualizados para el ordenamiento jurídico.⁴³

Las definiciones anteriores han sido criticadas por diversos autores:

Las definiciones de Ferrara, estiman Castán Tobeñas y Díez Díaz que al referirse "al goce de nosotros mismos", responde a la antigua tesis del "Ius se ipsum" sistema caduco que se presenta entre sujeto y objeto.

⁴⁰ Ob. Cit. CASTAN Tobeñas, José. P. 11 y 12.

⁴¹ Idem. P. 13.

⁴² Ob. Cit. DIEZ Díaz, Joaquín. P. 23.

⁴³ GUTIERREZ Y González, Ernesto. El Patrimonio. Edit. Porrúa. 4ª edición. México, 1993. P.839.

La definición de Degni, también es criticable pues "hasta que se encuentra también su fundamento en la personalidad además dice que estos derechos se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, facultades que califica de atributos esenciales de la misma naturaleza humana y condiciones fundamentales de su existencia y su actividad y esto es escapar del campo jurídico de la definición, para irse al campo de la filosofía o de la política".⁴⁴

Tampoco es aceptada la definición que ofrece Mario Rotondi; pues emplea vocablos que en los jurídicos son muy ambigüos como lo es el de "universalidad de los asociados", no se puede pretender que estos derechos se impongan a todos los habitantes del globo terráqueo.

Gutiérrez y González, considera la definición de Díez Díaz, gramaticalmente tan corta, que por lo mismo es jurídicamente demasiado amplia.

Las definiciones de Castán Tobeñas y Gutiérrez y González, son las más aceptadas en la doctrina.

Gutiérrez y González, inspirado en las ideas de De Cupis y de Nerson fundamentalmente, considera que los derechos de la personalidad comprenden tres amplios campos y así se tiene el siguiente cuadro sinóptico que corresponde al sistema jurídico mexicano.⁴⁵

II. DISPOSICION POR LA PROPIA PERSONA

El derecho debe ajustarse a la realidad de los hechos humanos, que les sirven de fundamento y a cuya regulación tiende, realidad que nos demuestra que el hombre dispone a diario de su cuerpo. No sólo dispone de sus fuerzas espirituales y creadoras en la constante búsqueda de su desarrollo integral, sino que también tiene la facultad de libre determinación sobre una serie de actos que convengan hacia su esfera corpórea. La disposición del cuerpo humano tiene en nuestros días un campo muy amplio, la problemática ha sido pasando del puro ámbito

⁴⁴ Idem. P. 839.

⁴⁵ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. P. 822.

especulativo a una concreción de la norma jurídica. En el marco de estas actividades dispositivas encontramos actos que revisten distintos matices de gravedad, desde la comercialización de cabellos. La dación de sangre para transfusión, los trasplantes de órganos y la experimentación científica en seres humanos, está disponibilidad adquiere día a día mayor trascendencia.

La naturaleza de estas facultades que tiene la persona de disponer de su cuerpo ha sido una cuestión muy debatida en el campo de derecho privado.

Para Degni el llamado derecho sobre la propia persona fue admitido por Windscheid, quién entendía que así el orden jurídico al conceder un derecho real, declara que la voluntad de su titular decisiva para la casa, así la misma voluntad es decisiva con relación a la propia persona..

A Ihering, se ha atribuido el reconocimiento sobre el propio cuerpo a partir de la distinción que realiza entre "pertenencia" y "propiedad". Con este razonamiento se pretende afirmar que ciertas cosas pertenecen a la persona, sin someterse a los principios que rige la propiedad, el cabello pertenece a la persona, más luego que el mismo ha sido cortado puede ser objeto de comercio y propiedad. Este concepto genérico de pertenencia tuvo muchos opositores, como las han tenido todas las posturas que vinculan la disponibilidad corporal con el derecho de propiedad.

Castán Tobeñas, hace ver sobre este punto que mucho sea discutido y sigue discutiéndose todavía el problema de los derechos sobre la propia persona y, consiguientemente el de si existe un derecho subjetivo sobre el propio cuerpos que puede ser concebido como un derecho de propiedad o simplemente, como un derecho personal de disposición dentro de los límites impuestos por la Ley.

Autores como Borrel Macías, que por su parte estima "que no puede quedar fuera de todo reconocimiento jurídico aquello que no puede sujetarse a los moldes tradicionales, pues el derecho al aplicarse a nuestras actividades humanas debe saltar por encima de los moldes con que circundaron los antiguos juristas, en

forma tal que en la universalidad de sus conceptos estén comprendidos todos los casos particulares que puedan presentarse".⁴⁶

En este caso esta precisamente el cuerpo humano, porque si razonamos con criterio moderno, si pensamos que el derecho no es algo estático, sino que cada día evoluciona, y que, cosas que nunca se soñaron deben ser objeto de regulación jurídica, entonces podemos llegar a la conclusión de que hay necesidad de ampliar las nociones jurídicas, ampliar los ámbitos de derecho este es el caso relativo al cuerpo humano.

UBICACION EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

El derecho a la vida es un presupuesto necesario de la existencia de los restantes derechos humanos. Este primer derecho natural y esencial de la persona encuentra tutela y protección no sólo en el ámbito privado, sino también en las diferentes ramas que conforman el derecho público.

Es el propio derecho a la vida, si bien existe un derecho a la vida, se da también el deber correlativo de conservarlo.

La vida derecho de la personalidad reconocido a todo hombre por el hecho de serlo, no es en sí sólo un valor biológico, individuo y vida son valores que no podemos concebir en el plano de la relación sujeto y objeto de derecho. La vida es una potencia que quiere conservarse y ha de ser conservada. El individuo no puede quitarse la vida.

Este derecho de "disposición corporal" debe de reconocer como un auténtico e indispensable derecho de la personalidad, tiene un contenido positivo, dado a que la facultad que le permite al hombre de disponer de su cuerpo con las limitantes impuestas por las leyes, la moral o las buenas costumbres.

El individuo puede donar partes de su organismo vivo, pero no la totalidad de él. Puede donar partes de su cuerpo hasta la medida que no implique su

⁴⁶ BORRELL Macías, Antonio. *La Persona Humana*. Edit. Bosh. S/N edición. Barcelona España, 1954. P.56.

destrucción o completa ineptitud para el desarrollo de sus funciones normales; en otras palabras puede donar parte de su organismo hasta en tanto no le cause la muerte, ni se vea reducido a ser un inválido.

Podrá donar en vida sus órganos plurales que no sean esenciales para que viva y sus tejidos regenerados. Podrá donar para después de su muerte cualquiera de sus órganos, cualquiera de sus tejidos y la totalidad de su cuerpo.

a) Partes Renovables

El derecho a disponer del propio cuerpo no podrá nunca referirse a la totalidad de la persona, sino que necesariamente deberá recaer sobre aspectos o partes de la misma. Las posibilidades de su ejercicio abarcan un sin número de situaciones y variantes que se ensanchan día a día con los continuos avances y descubrimientos de nuestro tiempo.

Escapa a nuestro análisis el tratamiento de todas las posibilidades del ejercicio de este derecho.

Estudiaremos aquéllos supuestos, en los que el objeto de disposición es una parte del cuerpo humano. Las partes del cuerpo que pueden ser objeto de dichos actos, exige una previa distinción: la que se realiza a partir de la posibilidad de que los diferentes "materiales, tejidos o elementos anatómicos" pueden o no ser reconstituidos naturalmente o espontáneamente por el organismo humano.

Llamaremos partes renovables aquéllas que pueden reconstruirse espontáneamente, y partes no renovables aquéllas otras que no pueden regenerarse naturalmente.

Disposición de partes renovables. El organismo humano puede reconstituirse naturalmente en una serie de elementos o materiales anatómicos tales como los cabellos, leche de la madre, piel, sangre, semen, etc.

Las partes del cuerpo humano, en cuanto permanecen unidas a él, integran ese substrato físico de la persona y participan de su naturaleza. Sin embargo la persona, en ejercicio del derecho personalísimo de disponer de su propio cuerpo puede resolver que alguna de sus partes sea extraída del mismo. Una vez separada

del cuerpo se trasforma en "cosa" en sentido jurídico. "En virtud de la separación, esas partes del cuerpo, dejan de formar parte del mismo y se convierten en cosas en sentido jurídico que pueden ser objeto de propiedad y trafico". Pero cabe aquí

recordar que estas afirmaciones no pueden ser absolutas, como lo señala Fadda y Bensa,⁴⁷ La propiedad y la comercialidad de las partes separadas sólo tienen lugar en tanto que la ley y las buenas costumbres no se opongan.

Las partes separadas del cuerpo son calificadas como cosas y al respecto encontramos distintas posturas que:

"Al separarse se convierten en res nullus susceptible de ser apropiado, pero la persona de quién había formado parte tiene una preferencia en la apropiación"⁴⁸

Esta posición desvincula a las partes de la idea del derecho del cuerpo, desde el momento de la separación, la cosa adquiere existencia jurídica propia y cede al primer ocupante, naciendo un derecho originario que exige un acto de apropiación posterior, pese a la prioridad reconocida a la persona de quién proviene.

Las partes del cuerpo humano, una vez extraídas de él, pertenece a la persona de cuyo cuerpo se separa. Con la separación material se adquiere la propiedad porque, habría una transformación del derecho preexistente al cuerpo, por lo cual se pasaría de un derecho personalísimo al cuerpo, a otro de dominio.

Esta confusión parte de la separación que surge del derecho a la res, que se adquiere inmediatamente como consecuencia del hecho productor.⁴⁹

Una tercera corriente recabada al dominio de las partes separadas, para la persona de quién procede como un modo de adquisición "originario", relativamente análogo a la adquisición del invento o producción intelectual, que son propiedad de su autor.

⁴⁷ Cfr. FADDA Carlo, y Bensa Paolo Emilio. "Nota de los traductores al libro segundo (diritto DII Pandette de Bernardo Winedschid, V. IV. Torino. P. 433.

⁴⁸ CIFUENTES Santos. Los Derechos Personalísimos. Edit. Lener. S/N de edición. Buenos Aires Argentina, 1974. P.89.

⁴⁹ Ob Cit. GANGI, Citado por Díez Díaz, Joaquín. P. 266.

Las partes separadas no son consideradas renulius: se le adjudica el carácter de las cosas, pero no se admite la existencia de un derecho preexistente al cuerpo.

Como podemos ver, aunque exista disparidad de criterios para fundamentar la titularidad de dominio de estas partes renovables, hay conformidad de que tienen una naturaleza "cosas" y el carácter de un Derecho Real que se ejerce sobre ellos. Por esto es necesario resaltar que el derecho a disponer del propio cuerpo es personalísimo no lo es en el que nace de la separación, ya que las "cosas" quedan fuerza a la íntima tutela personal, como afirma De Cupis.⁵⁰ Las cosas siempre han de reputarse tales, a pesar de que poseen cierto origen, sello o huella personal.

Ahora es preciso que analicemos dos supuestos según el acto que se celebre: Cuando la parte ya ha sido voluntariamente "separada", o, por el contrario, verse sobre una parte "a separar" o aún "no separada".

1. PARTES YA SERPARADAS. Los requisitos esenciales de los actos jurídicos, con relación a los sujetos deberán observar en primer término. En las personas será necesario tener en cuenta la voluntad, es decir la capacidad. Con respecto al objeto, las partes ya separadas reunirán los requisitos que establece la Ley General de Salud.

El negocio podrá efectuarse a título gratuito u oneroso, por ejemplo en el convenio realizado por una persona que vende su cabello ya cortado a una fábrica de pelucas. Cabe mencionar sin embargo que en algunos casos la onerosidad puede estar expresamente prohibida por la Ley, o atentar contra la moral o las buenas costumbres.

En los supuestos el objeto conservará su naturaleza de "cosa", mas la "finalidad" perseguida por las partes determinará la invalidez del acto.

2) PARTES A SEPARAR O AUN NO SEPARADAS. La posibilidad de celebrar actos jurídicos sobre partes del cuerpo no renovables o aún no separadas, ha sido muy discutida y veremos algunas opiniones aportadas por algunos autores.

Se ha afirmado que cuando las partes del cuerpo permanecen unidas a él, integran la unidad psicofísica que es la persona, y por lo tanto participan de su naturaleza. Este concepto no es sin embargo incompatible ni contrario a sostener la

⁵⁰ Idem. Citado por Díez Díaz, Joaquín., P.267.

realización de negocios jurídicos válidos sobre partes no separadas renovables, que son precisamente un medio adecuado para ejercer el derecho de disponer del propio cuerpo.

Orgaz, niega la posibilidad de celebrar un acto jurídico válido que tenga por objeto una parte, aún no separada del cuerpo.⁵¹

En este supuesto afirma no hay "cosa ni bien" objeto del derecho y por tanto no podría exigirse el cumplimiento del contrato ni la indemnización substitutiva, pues el acto adolecería de nulidad absoluta.⁵²

La impugnación al objeto de un acto jurídico puede estar individualizado o estar simplemente determinado al existir suficientes datos que permitan, en el momento del cumplimiento establecer sin lugar a confusión, el objeto que debe entregarse, en estos casos, la determinación del objeto se produce por la desintegración de las partes del cuerpo de que se trate (por ejemplo, en el caso del cabello deberá manifestarse, la cantidad, el largo o el peso, según como se haya pactado)

Se desconoce también la validez de estos actos jurídicos, afirmando que admitir su eficacia implicaría caer en un derecho deber de sometimiento al corte.

La validez de este tipo de contratos como el de nodriza, la dación de leche, no se vería afectada aunque no sea posible la ejecución forzada. Se trata en estos casos de obligaciones en las cuales el corte o extracción no puede lograrse coactivamente puesto que la ejecución por vía coactiva implicaría atentar contra la libertad individual. El acreedor está facultado para solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios.

La problemática corporal no puede resolverse en abstracto, ni referirse exclusivamente al objeto, sino que es necesario el análisis de cada caso en concreto de conformidad con los principios generales que rigen en materia de actos jurídicos, por lo que deberán responder a una causa lícita y adecuada a la moral y las buenas costumbres

⁵¹ ORGAZ, Alfredo. Derecho Civil, Personas Individuales. Edit. Delpa. 2ª edición. Buenos Aires Argentina 1946. P.743.

⁵² Idem. P.259.

b) Partes no Renovables

El tema de los trasplantes de órganos sugiere una serie de inquietudes entre dos ciencias aparentemente dispares, derecho y medicina. Sin embargo, son múltiples las facetas médicas que encontramos en los casos jurídicos y viceversa. Y ello es así porque hay una relación de dos profesiones sobre el ser humano, indirectamente una veces y otras directamente, ya que la persona necesita protección y cuidado ante una misma contingencia, tanto por parte del derecho, como de la medicina. Esto se debe a que las dos disciplinas persiguen, en último término, idéntico objetivo, que es la atención, defensa y protección de la existencia misma de la persona humana, de fundamentales derechos y prerrogativas.⁵³

La disposición del propio cuerpo excluye la posibilidad de disponer totalmente del mismo o "la disposición del elemento íntegro". Y si bien en este punto encontramos que existe una coincidencia total en la doctrina, no ocurre lo mismo cuando se trata de la dación de partes no renovables del cuerpo, aunque se realice en beneficio de otras personas y con fines altamente humanitarios.

La realidad ha determinado el replanteo de estas ideas, pues las reiteradas prácticas de trasplantes y sus éxitos duraderos en lugar de afectar los sentimientos de dignidad humana y la reprobación de la conciencia social, se ha dado el amor al prójimo.

La disponibilidad de las partes no renovables con fines de trasplante deben adecuarse al marco general de la disponibilidad corporal. En términos generales creemos que los actos de disposición del propio cuerpo son válidos siempre que no sean susceptibles de ocasionar un daño grave a la salud y no sena contrarios alas leyes, buenas costumbres o al orden público.

Podemos entonces considerar los límites al ejercicio del derecho a la disposición del propio cuerpo en las circunstancias particulares de la trasferencia de

⁵³ Cfr. ROYO Villanueva Morales, Ricardo. Médicos y JURISTAS. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. No. 145, Año XXXIV. Julio-Septiembre 1968. P. 89.

órganos entre personas vivas; sólo puede disponerse de una parte no renovable del cuerpo cuando el trasplante no es susceptible de ocasionar daño grave a la salud del dado. De ello podemos deducir, que el punto de partida será la prohibición que priva de un bien necesario para la vida o entrañe un peligro de muerte.

Ante la extracción de uno de los órganos pares no se veía afectada la "integridad funcional fisiológica" puesto que la función que competía a la parte extraída sería suplida por la subsistente. De esta forma podría sostenerse que no existe peligro para la salud del dador cuando se presenta dicha integridad funcional.⁵⁴

Reyes Montreal "expresa que podríamos tener por válida en principio al menos, la cesión de cualquier órgano humano cuya extracción no afecte sensiblemente el funcionamiento normal y plenamente correcto del organismo (en otras palabras, y cuando no afecte sensiblemente la salud. Si bien se refiere a aquellos órganos en que por existir dos puede garantizarse científicamente que la función de la pareja puede suplirse eficientemente por el órgano no extirpado"⁵⁵

De lo expuesto podemos considerar que al referirnos al concepto salud, no sólo estamos hablando del estado normal de las funciones orgánicas, sino también de las intelectuales. Por ello es necesario analizar la dación que no constituye un peligro serio para la misma persona de acuerdo con el tipo o estado general de salud del paciente. En consecuencia no se puede justificar un trasplante orgánico, en el que no existe juicio prudente de que la persona que sacrifica un órgano por otra, tiene el equilibrio mental para asumir la privación que resulte, que no le impida, sino mas bien le fomente su desarrollo personal.

La Ley General de Salud previniendo estas circunstancias particulares, exige tanto al dador como receptor el llamado "consentimiento informado para alentar a ambas partes especialmente al dador, sobre las circunstancias, secuelas y riesgos previsibles en estas intervenciones quirúrgicas".

El artículo 16 de la Ley General de Salud que a la letra dice:

⁵⁴ Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas. Cardenal. Edit. Salvat. 5ª Edición. Barcelona, España 1954. P.820.

⁵⁵ REYES Montreal, José María. Problemática Jurídica de los Trasplantes de Organos. Separata. "Revista de Legislación y Jurisprudencia". Año CXVII, No. 3. Marzo 1969. Madrid, España

"Tratándose de trasplantes entre vivo, el disponente originario del que se tomen los órganos y tejidos deberán:

Fracción IV haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación y todas las consecuencias de la extirpación del órgano, en su caso, así como las posibilidades de éxito para el receptor".

El artículo 23 del Reglamento a la Ley General de Salud "establece que el trasplante de órganos único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, sólo podrá, haberse obtenido de un cadáver, para efectos de este título los ojos serán considerados como órgano único".

c) Partes Inútiles

El ser humano tiene derecho de disponer de partes no esenciales de su cuerpo o ya inútiles como los dientes, el pelo, y de igual manera puede disponer de partes que a él le resulten inútiles, pero que no lo sean para otra persona, por ejemplo "los ojos son esenciales al ser humano, pero una persona que nace ciega, sus ojos para ella, ya no son "esenciales", esto es se convierten en inútiles para ella".⁵⁶

También aquí para hacer una reglamentación jurídica adecuada, deberá tomarse en cuenta situaciones de índole moral, y también ciertas limitaciones de orden científico, como en los casos de trasplante de "cornea" puede ser:

"Condición para estos caso que la separación de lo inservible no suponga peligro o riesgo de él, para la aptitud orgánica o funcional del resto del organismo, ni la operación en que precisa a tal efecto pueda suponerlo para la vida del cedente".⁵⁷

⁵⁶ Ob. Cit. GUTIERREZ Y González. P. 823.

⁵⁷ Ob. Cit. REYES Montreal, José María. P. 59.

III. DISPOSICION PARA DESPUES DE LA MUERTE

Todos los pueblos han mirado con respeto y consideración al cadáver, la religión y el culto a los muertos impuso en las civilizaciones primitivas una especial veneración de los cuerpos sin vida. La sepultura fue algo que siempre exigió la conciencia pública, y através de los siglos todos los pueblos y sus leyes custodiaron a sus muertos mediante la seguridad de las tumbas y reprimiendo su profanación. Terrible castigo era quedar insepultado

Sin embargo, la realidad del mundo en que vivimos y los adelantos científicos han replanteado la interrogante ¿Cuál será el destino final de nuestro cadáver?. Si bien la respuesta correcta será la del descanso postero del sepulcro al cadáver representa hoy nuevas oportunidades a la ciencia, la que, en beneficio de los vivos ha erigido toda una "terapia póstuma" gracias a la utilización del cuerpo humano post mortem. "En consecuencia de esta evolución que el cadáver haya pasado de una "era aristocrática a una era social".⁵⁸ En esta nueva etapa debe desecharse todo aquello que aparezca como prejuicio supersticioso, rescatar el respeto a la dignidad de la persona que fue y a los caros sentimientos de los que quedan para recordarla. Esto no es, de ningún modo, incompatible con la resolución de dar al cadáver un destino distinto al de inhumación, ya que dar al cadáver un destino distinto, como es el de utilidad social, no degrada ni desprestigia la dignidad humana, ni con ello se ofende a la conciencia colectiva.

Es importante resolver la interrogante. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del cadáver?

Lozano Romen, Opina "Al operarse la desintegración de la unidad compleja que representa el hombre, el cuerpo humano se convierte en algo nuevo, diferente, esencialmente distinto a la referida unidad no obstante que conserva cuando menos temporalmente, la apariencia más fiel a ella."

Si tal realidad ha dejado de ser persona y como realidad existe, sólo admite otra denominación: cosa, con ello no prejuzga sobre su naturaleza misma: el

⁵⁸ Ob. Cit. DIEZ, Díaz, Joaquín. P. 325

hombre se transforma en cosa cuando le falta el elemento energético que lo anima".⁵⁹

Por su parte Diez Díaz, nos dice que "el cadáver no es parte integrante del hombre, sencillamente debido a que el hombre respectivo hubo de morir.

El correspondiente sujeto jurídico ya no existe, y su cuerpo muerto, en rigurosidad, no es más que el recuerdo, los restos, de aquella extinguida personalidad. El cadáver ha devenido en ente distinto, sea convertido en un objeto material, aunque quizás no merezca la simple calificación de cosa".⁶⁰

Para Enneccerus, menciona que "Así, pues, el cuerpo del hombre vivo no es cosa, ni tampoco un objeto. A él pertenecen también aquello, que en las concepciones del tráfico es considerado como miembro o parte de la personalidad humana (por ejemplo el pelo, dientes. Pero la muerte, el cuerpo (cadáver) se convierte en cosa aunque no pertenezca en propiedad al heredero (como lo revela también el deber de enterrar) ni sea susceptible de apropiación. Así mismo algunas partes del cuerpo se convierten en cosas al ser separadas del cuerpo vivo. Las momias, los esqueletos, las preparaciones anatómicas son cosas, habiéndose de reconocer la propiedad sobre ellos".⁶¹

Consideramos que el cadáver sea definitivamente una cosa que merece un trato especial, destinado a su entierro, cremación o aprovechamiento, y no se encuentra dentro del comercio.

La resolución relativa al destino final de los restos pueden adoptarse ante mortem, por la propia persona, o adaptarse post mortem, por terceras personas, disponiendo del cadáver ajeno.

A nadie mejor que al propio sujeto incumbe proveer en orden al último destino de su cuerpo. La voluntad expresa o tácita de la persona debe ser respetada, salvo que se contradigan intereses superiores del orden público, moral o buenas costumbres.

⁵⁹ BERTOLDI de Faurcade, María Virginia, *Trasplante de Organos de Cadáveres*. Edit. Hamurabi. S/N de edición. Buenos Aires Argentina, 1972. P.227.

⁶⁰ Ob. Cit. P. 228.

⁶¹ Ob. Cit. Citado por Bertoldi de Faurcade, María Virginia. P.229.

El derecho a disponer del propio cadáver configura un auténtico derecho de la personalidad gracias al cuál la persona ejercita, la facultad de resolver la naturaleza de sus funerales, y la forma en que se dispondrá de sus restos mortales.

La razón que autoriza tal conducta, esta basada como lo dice el Dr. Gutiérrez y González "en el testamento que de ser hecho por persona capaz, pero esa capacidad no es la común, que se adquiere a los 18 años, sino que la ley anticipa a los 16 años. La anticipa, pues aunque el menor de 18 años haga su testamento, cualquier disposición ahí determinada, no le afectará en su vida, sino surtirá sólo para después de su muerte". Y aquí es lo mismo; en nada perjudica a una persona, como ser humano.⁴²

a) Testamento

DEFINICION:

Artículo 1295 del Código Civil por el Distrito Federal.

Testamento. Es un acto personalísimo revocable y libre por el cual una persona, capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.

Es un negocio *mortis causa*. Es el acto jurídico que resulta del ejercicio de un derecho subjetivo, surte sus efectos para después de la muerte, no puede ser antes de la muerte.

Es un acto jurídico unilateral. Que el legislador le llama personalísimo y libre. Debe estar exento de vicios, no requiere aceptación, por sí mismo tiene sus alcances.

El acto jurídico es formal. Porque la solemnidad es esencial, la solemnidad no puede modificarse.

⁴² Ob. Cit. GUTIERREZ y González. P. 825.

Es revocable. Porque se dice que la voluntad humana es cambiante hasta la finalidad de la vida. Se necesita garantizar la revocabilidad sino ya no habría voluntad testamentaria.

La capacidad para testar es de 16 años y no podrán testar los que no tienen el alcance de sus actos.

Cuando se trata de un acto unilateral de disposición para después de la muerte, no presenta problema especial alguno, se hará la disposición de ese derecho por medio del testamento.

El acto por el cual una persona puede disponer de su cuerpo para después de la muerte configura un acto jurídico "unilateral". Basta para formularlo la voluntad de una sola persona, conforme a lo que dispone el artículo 1295 del Código Civil, que pone como ejemplo el testamento. Esta es la única disposición de última voluntad tal disposición, por oposición a los actos entre vivos, solo produce efectos desde el día del fallecimiento.

El derecho que la persona tiene para disponer de su cuerpo para después de la muerte es un derecho personalísimo, cuyo ejercicio, mediante el acto dispositivo, debe de configurar la afirmación de la voluntad unilateral, tal como se expresa en materia testamentaria. Con relación al testamento se ha dicho "El testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte", definición que hace Modestino.

Es preciso reconocer que en la disposición cadavérica con fines científicos o terapéuticos se canaliza por medio de actos unilaterales, que constituyen verdaderas disposiciones de última voluntad. Ello se ve configurado por el carácter esencialmente revocable de tales decisiones.

b) Por Contrato Sujeto a Condición Suspensiva

Ya estudiamos la disposición cadavérica por medio de actos unilaterales; pero también existe la posibilidad, de que este tipo de disposiciones se realicen por medio de actos jurídicos bilaterales, admitiendo en consecuencia las formas contractuales.

El problema al que se han enfrentado muchos juristas, es el relativo a la denominación que debe darse al acto por medio del cual una persona dispone de partes de su cuerpo o de éste, cuando lo realiza de común acuerdo con otras personas.

Se ha buscado dar un nombre específico al acto en el que intervienen otras personas más, frente al titular del derecho, esto es, si se celebra un convenio, entonces sí, hay necesidad de precisar si se puede y debe atribuir un nombre específico, o bien si se seguirá considerando como hasta ahora un contrato sin denominación especial, como un contrato innominado situación que desde luego no es la más adecuada.

Díaz Díaz, sobre este punto menciona "la calificación jurídica de una serie de compromisos que se venían verificando en torno a la aplicación del cuerpo humano se hace ineludible. La simple resolución de considerarlo como una manifestación más corresponden al grupo de los contratos innominados, constituiría una autentica evasiva, en contraste con un mínimo rigor científico. Por otra parte decir que nos encontramos frente a un convenio de naturaleza especial o con carácter sui generis representaría zanjar el expediente con excesiva comodidad, sin haber definido nada"⁶³

Este jurista hace ver que no se puede partir de la idea de identificarlo con las ya clásicas y conocidas denominaciones de "compra-venta", si fuere gratuito, pues bien tales actos están fundados desde sus inicios en "un relativo o proporcionado equilibrio entre las prestaciones reciprocas sencillamente debido a que el cuerpo humano no es susceptible de ponderancia alguna. El recurso de la analogía deviene insuficiente".

Díaz Díaz, denomina al contrato que se celebra como "un contrato somático" O "contrato corporal". Pues considera una auténtica compensación somática, asistimos a un mecanismo jurídico innovador, que hace jugar de un lado la transmisión de un órgano humano y, de otro presenta la doble alternativa de una contrapartida cualquiera (cosa, dinero, servicio). Abarca en síntesis, toda la cesión, corpórea, tanto a título oneroso como a título gratuito.

⁶³ Ob. Cit. DIEZ Díaz, Joaquín, P. 304.

Respecto a este tipo de contratos, consideramos que ya quedan autorizados en nuestra Legislación. Ahora bien que anticonstitucional o no es, debe aplicarse mientras no se decreta su anticonstitucionalidad por el Estado a través de un juez federal.

El artículo 324 de la Ley General de Salud, se autoriza la celebración de actos para disponer de órganos y tejidos por actos entre vivos y en el artículo 325 determina también esa posibilidad para después de la muerte, con lo cual se dan las bases para solucionar el problema. Estos actos no pueden ser a título oneroso, siendo a título gratuito no hay obstáculo alguno.

Por nuestra parte somos creemos que la validez de estos contratos en donde una persona celebre para el aprovechamiento de lo que será su cadáver y que ese contrato a título gratuito. Más es cierto que se debe realizar un estudio cuidadoso y detenido de las normas que habrá de regir ese tipo de acto, pues bien en principio a la luz del Derecho Mexicano no existe problema alguno. En el artículo 1858 del Código Civil señala:

"Los contratos que no estén específicamente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fuerón omisos, por las disposiciones del contrato que tenga más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento".

Ya mencionamos, la problemática de la denominación del contrato. Por nuestra parte consideramos que es un contrato sujeto a condición suspensiva.

IV. DISPOSICION POR LOS FAMILIARES.

Hemos dicho que cuando la persona decida el destino final de sus restos, ejercita el derecho personalísimo que tiene sobre su propio cuerpo; vital voluntad va ha operar después de su fallecimiento .

El respeto póstumo a la voluntad del disponente originario significa atribuirle "una fuerza irresistible". Esta va a quedar sometida a los límites que el ordenamiento jurídico impone en general, a la autonomía de la voluntad. En tal sentido un deseo contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres carecería de eficacia jurídica.

La voluntad de cada uno sobre sus propios restos determina que los deseos del difunto prevalezcan sobre los demás sobrevivientes, estos se convierten entonces en sus ejecutores. Por consiguiente el principio que debe regir en esta materia es el de la primacía de la voluntad del disponente.

Pero en la cotidiana realidad nos damos cuenta de que las personas no ejercen el derecho que se les asiste para resolver ante mortem su poster destino, y son los sobrevivientes los llamados a decidir en tales contingencias, a disponer en tal caso del cadáver ajeno.

En primer lugar advertimos entonces que tales facultades dispositivas surgen cuando se cumple un requisito negativo, es decir, la ausencia de expresión de voluntad del causante. Por consiguiente la posibilidad de disponer del cadáver ajeno, reviste el carácter de "subsidiaria". En segundo lugar cabe determinar a quién se le atribuye tal facultad dispositiva, cuando no existe total acuerdo entre los sobrevivientes.

La facultad que corresponde a los sobrevivientes para resolver el destino del cuerpo sin vida, de sus familiares se funda en el nexo que los unía.

Respecto a la naturaleza jurídica se ha dicho que se trata de un "Derecho Familiar" originado en el sentimiento de piedad de los familiares que los faculta para determinar modo y forma del normal destino del cadáver.

Se trata de un verdadero derecho "derecho-deber" de cuidado y custodia, que recae sobre los familiares moralmente gravados con la carga de la sepultura a fin de ser el entierro adecuado. Estimamos que se trata de un derecho subjetivo, es decir, "La prerrogativa reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de interese humanos".

En este caso el poder jurídico atribuido reconoce límites bastante estrechos. Consiste en atender al reposo de los restos y a la perpetuación de su memoria en la forma que se crea más conveniente y siempre que el difunto no haya dispuesto alguna en especial.

Esto no significa atribuir a los familiares un derecho de propiedad sobre el cadáver, en estos supuestos el cadáver es una cosa fuera del comercio, de

inenajenabilidad absoluta y, obviamente, no puede incluirse en el patrimonio hereditario.

El derecho que se reconoce a los familiares para adoptar relativas al descanso de los restos, es a título gratuito y con total conocimiento de la transmisión sucesoria. Los herederos son quienes en la mayoría de los casos proveen destinación natural, es porque son precisamente quienes están generalmente en mejores condiciones para reconocer los deseos del difunto.

Los familiares del difunto pueden consentir la utilización de todo o parte del cadáver con fines humanitarios o científicos. El consentimiento deberá demandarse de los familiares o parientes, sean estos o no herederos. Hay que destacar a los herederos testamentarios del causante no ligados a este por vínculos de parentesco pues si bien pueden tener ciertas obligaciones o cargas para el de cuius, lo cierto es que no van a adquirir ningún derecho de propiedad sobre el cadáver.

En seguida analizaremos quién de estos familiares pueden disponer de él cadáver no sólo para fines de trasplante sino de estudio o investigación.

Los familiares que, en ausencia de voluntad expresa del fallecido, pueden disponer del cadáver con fines de trasplante, estudio o investigación se enumeran en los siete incisos del artículo 13 del Reglamento a la Ley General de Salud, cuyo texto a la letra dice:

Artículo 13. "Serán disponentes secundarios, de acuerdo al siguiente orden de preferencia, los siguientes:

- I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario.
- II. Autoridad Sanitaria competente
- III. El Ministerio Público en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentran bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones
- IV. La autoridad judicial

- V. Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a los disponentes de cadáveres.
- VI. Las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que le sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza el plazo de la reclamación sin que esta se haya afectado y.
- VII. Las demás a quien los disponentes generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que señalen las mismas.

a) Cónyuge

Cuando el sujeto fallece sin haber hecho expresión de su voluntad, respecto al destino de sus órganos. La norma jurídica capacita a determinadas personas para autorizar la remoción de órganos de cadáver, ante la omisión del fallecido.

En estos casos entendemos, que la disposición no es contraria a la Ley, al orden público y a las buenas costumbres.

Nuestra Ley reconoce en los deudos la facultad de consentir la disposición de órganos a falta de expresión del disponente originario.

El artículo 316 de la Ley General de Salud expresa quienes son los disponentes secundarios, y a la letra dice:

Serán disponentes originarios,

- 1. el cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario.

Es importante señalar que la preferencia entre los disponentes secundarios a que se refiere el artículo anterior se definirá conforme a las reglas del parentesco que establece el Código Civil. (Artículo 15 del Reglamento).

El Código Civil en el artículo 292 establece "la ley no conoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y civil".

El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor artículo 293 del Código Civil.

El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón. (artículo 294 del Código Civil).

El parentesco civil es el que nace de la adopción sólo existe entre el adoptante y la adoptada (artículo 295 del Código Civil).

Nuestra Ley reconoce que cuando una persona fallece y no expreso su voluntad en vida (sus deudos podrán hacerlo de acuerdo a lo que establece la Ley).

Los parientes mas próximos excluyen a los más remotos.

El cónyuge supersistente se asimila a los parientes más cercanos.

Entre esposo y esposa no hay parentesco, y esto es muy lógico, si se parte del supuesto que entre ello lo que los une es la celebración de un contrato de matrimonio, son co-contratantes pero no son parientes.

No obstante precisamente con base en el contrato surgen los grados de parentesco, la Ley correctamente asimila al cónyuge a un pariente de los más próximos.

Se ubica en primer lugar al cónyuge, en este sentido ha dicho López o Olacigueri que la Ley humana sigue a la divina "por cuya causa dejará el hombre a su padre y a su madre y estará unido a su mujer y los dos formarán una sola carne".⁶⁴

Sin embargo esta comunión de cuerpo y alma de mandato bíblico se quiebra en numerosas ocasiones, y al desaparecer esta también lo hace el fundamento de tal atribución preferencial.

Los parientes entre más cercanos cuentan con mayor derecho a disponer y con derecho a excluir a los parientes más lejanos.

Una vez que hemos estudiado al cónyuge, es importante señalar quién tiene preferencia con respecto a los parientes secundarios.

El cónyuge según lo marca la Ley General de Salud establece que tiene preferencia sobre los demás parientes para disponer del cadáver, y se extiende a la concubina y al concubinario. "Que tiene derecho a disponer recíprocamente,

⁶⁴ Cfr. LOPEZ Olacigueri, José María. Y a la Hora de Nuestra muerte. J. A. 1969. IV. 353.

aplicándose las disposiciones relativas al cónyuge, siempre, que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o que hayan tenido hijos en común, siempre que hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato.

Cuando hayan existido varias concubinas o concubinarios, en las condiciones señaladas por el artículo 1635 del Código Civil ninguno de ellos podrá disponer.

Este derecho de disponer del cadáver no solamente se le otorga al cónyuge, sino que se va a extender a la concubina y concubinario siempre que reúnan los requisitos del artículo 1655 del Código Civil.

b) Parientes Consanguíneos

Cuando a la muerte del sujeto no exista disposición sobre la cesión de su cadáver, conforme a la Ley podrán disponer del cadáver terceras personas.

La ley General de Salud en su artículo 316, nos dice, que serán disponentes secundarios los ascendientes y descendientes y parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario. Y el reglamento siguiendo a la Ley establece lo mismo, añadiendo solamente un orden preferencial y lo expresa de la siguiente manera, artículo 13 del Reglamento.

Ascendientes

Descendientes

Parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario.

El código Civil por su parte en el artículo 293 expresa:

"El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor".

En el parentesco por consanguinidad, existen grados y líneas de parentesco.

Grado. Es cada generación que separa a un paciente de otro.

Línea. Es la serie de grados.

La línea recta y la colateral. La recta es a su vez ascendente y descendente. La colateral es igual y desigual, la línea es también tanto la recta como la colateral paterna y materna, en razón de que el ascendiente sea la madre o el padre.

Determina el artículo 15 del Reglamento.

"Que la preferencia entre los disponentes secundarios a que se refiere la Fracción I del artículo 13 se definirá conforme a las reglas del parentesco que establece el Código Civil".

El Código Civil nos establece el parentesco entre personas que descienden unas de otras o personas sin descender unas de otras, procede de un progenitor o tronco común. Y nos da la base para determinar que pariente consanguíneo tiene en primer lugar derecho a decidir sobre el destino del cadáver así como que familiares excluyen a los demás.

Damos a continuación un cuadro con el orden de preferencia.

Padres legítimos

Hijos legítimos mayores de edad

Hermanos legítimos mayores de edad

Abuelos y Nietos

Parientes consanguíneos en línea colateral hasta el segundo grado (primos y tíos).

Los parientes secundarios a que se refiere el artículo 13 del reglamento, podrán otorgar su consentimiento para la disposición de cadáver, de órganos y tejidos, así como de productos del disponente originario en los términos de la Ley y del Reglamento (artículo 14).

Señalando como requisito indispensable para realizar la disposición de cadáver, sólo podrá hacerse previa certificación de pérdida de vida.

c) Parientes Civiles.

El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.

Es el que se establece en razón de la adopción. El Código Civil para el Distrito Federal sólo establece relación entre el o los adoptantes y la persona adoptada. El adoptado no entra a la familia de quién lo adopta. Cierto es que en el caso de que el adoptado tenga una familia de origen seguirá teniendo a ésta como su familia pero cuando se trata de menores abandonados, la adopción no beneficia grandemente al adoptado, en el sentido de incorporarlo a un grupo familiar. De ahí la gran necesidad de crear en nuestro país la adopción plena en nuestra legislación, es una inexplicable laguna necesaria de llenar.

En la Ley General de Salud y en su Reglamento no encontramos, que pueden ser disponentes secundarios los hijos adoptivos; y consideramos que la Ley no hace mención, a los hijos adoptivos porque en nuestra legislación, no existe la adopción plena, por tal razón, la ley no les da el derecho de disponer del cadáver, podemos decir, que el parentesco civil no da derecho a disponer del cadáver, para fines de trasplantes, salvo que lo haya dispuesto en vida el sujeto que fallece, en nuestro país no puede disponer de el adoptado y a la inversa una vez que haya fallecido y no manifestará su voluntad, no se les tomara en cuenta su voluntad, puesto que no existe una adopción plena como sucede en otros países, en donde entre el adóptate y el adoptado existe un pleno derecho.

V. DISPOSICION POR LA AUTORIDAD COMPETENTE

Nuestra Ley autoriza algunas autoridades como son el Ministerio Público, la Autoridad Judicial, para disponer de cadáveres desconocidos, es decir que no han sido reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores a su fallecimiento, y que se ignora su identidad. Pero no sólo de cadáveres desconocidos, sino también de cadáveres conocidos en los cuales la autoridad competente haya ordenado la práctica de la necropsia.

La autoridad competente ha que hemos hecho referencia es el:

Ministerio Público

Autoridad Judicial

Para la realización de cualquier acto de disposición de cadáveres deberá contar previamente con el certificado de defunción que se expedirá una vez se haya comprobado el fallecimiento y determinadas sus causas por profesionales de la medicina o personas autorizadas por la autoridad sanitaria.

El Ministerio Público y la Autoridad Judicial podrán disponer de cadáveres, para fines de investigación y docencia, como también para trasplantes de órganos como lo veremos en el inciso que más adelante estudiaremos.

a) Ministerio Público

Cuando el disponente originario no haya otorgado consentimiento en vida para la utilización de órganos y tejidos y sus componentes de cadáveres se requiere el consentimiento o autorización de los disponentes secundarios.

Ahora nos corresponde analizar la figura del Ministerio Público como disponente secundario que es.

El artículo 13 del Reglamento a la Ley General de Salud señala que "serán disponentes de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentran bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones".

Atendiendo al precepto en la Ley y el reglamento es obvio, que el Ministerio Público sólo podrá disponer de órganos, cuando el disponente originario no haya manifestado voluntad alguna. Si expreso su rechazo a la donación de sus órgano, la autoridad no puede contrariar su voluntad.

Confirma la interpretación anterior el artículo 19 del Reglamento.

El Ministerio Público podrá autorizar, la disposición de órganos, tejidos y productos de cadáveres de personas desconocidas o que no hayan sido reclamadas y que se encuentren a su disposición, de conformidad con las normas técnicas que al efecto emita la Secretaria y siempre que no haya disposición en contrario a título testamentario del disponente originario y que se encuentre con la avenencia de los disponentes, a que se refiere la fracción I y V del artículo 316 de la Ley General de Salud.

El Ministerio Público también puede ordenar la práctica de la necropsia.

Como lo marca el artículo 70 del Reglamento.

Para la práctica de la necropsia se requiere

I. Orden del Ministerio Público, de la Autoridad Judicial o Sanitaria.

II. Autorización del disponente originario.

III. Autorización de los disponentes secundarios.

Cuando sea necesario realizar la necropsia, esta deviene en condición que la autoridad correspondiente pueda "lomar" el material orgánico, sin consentimiento de los disponentes.

Con ello se da a entender que la práctica de la necropsia depende del consentimiento de los disponentes.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, plantea otra cuestión diferente que en seguida analizaremos.

El artículo 104 "Cuando la muerte no se deba a un delito y esto se comprobará en las primeras diligencias, no se practicará la autopsia y se entregará el cadáver a la persona que lo reclama. En todos los demás casos será indispensable este requisito, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente".

El artículo 105 "Cuando se trata de homicidios, además de la descripción que hará el que practique las diligencias, lo hará también los peritos que practiquen la autopsia del cadáver, expresando con minuciosidad el estado que guarde y las causas que motivaron la muerte. Sólo podrá dejarse de hacer la autopsia cuando el juez lo acuerde. Previo dictamen de los peritos".

Es evidente que la practica de la autopsia no depende de los disponentes, pues esta se realiza para determinar si la muerte ha sido provocada por acciones delictuosas.⁶⁵

⁶⁵ Ninguno de los Códigos de Procedimientos Penales, define lo que se entiende por Necropsia, ni la diferencian de la Autopsia. Doctrinariamente se entiende por Necropsia "Autopsia o examen de los cadáveres que se realiza para averiguar las causas de la muerte de una persona cuando se tenga duda de que el fallecimiento fue por causa natural". "Autopsia" Es el análisis anatómico y fisiológico que se práctica a un cadáver, su finalidad es la de investigar cuáles fuerón sus causas que originaron la muerte del occiso, para deducir la responsabilidad penal de quienes motivarán en caso de delito. Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho.

Según nuestro Derecho Procesal Penal, la autopsia es ordenada por el Ministerio Público o el Juez, para el esclarecimiento del nexo casual delictivo en relación con la muerte del sujeto; en tal caso, no puede dejarse a los disponentes la decisión sobre la práctica de la autopsia, ni hay norma en la legislación penal que lo autorice.

La legislación sobre disposición de órganos y tejidos implica a los disponentes (originarios y secundarios) en la decisión de practicar o no la autopsia.

La contradicción puede resolverse en el sentido de que en toda circunstancia en que se precise la autopsia según lo señalado en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no se requiere el consentimiento de ninguno de los disponentes secundarios, si el disponente en tanto, en los casos que no haya delito alguno que perseguir, pero por otro lado se recomienda la autopsia, que esta sea

autorizada por los disponentes secundarios, si el disponente originario no determino en contrario por vía última voluntad o fuese omiso al respecto. Una interpretación inversa llevaría a obstaculizar la función investigadora en materia penal.

b) Autoridad Judicial

El artículo 13 del Reglamento a la Ley General de Salud , establece "Serán disponentes secundarios, de acuerdo al siguiente orden de preferencia.

Fracción IV. La Autoridad Judicial .

La autoridad Judicial puede obtener la práctica de la necropsia estrictamente para los casos de determinación de las causas de la muerte y el establecimiento de una relación causal delictiva. "Cuando la Autoridad Judicial ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos; tejidos y sus componentes no requieran la autorización o consentimiento alguno". (Artículo 325 de la Ley General de Salud, Párrafo II).

Resulta sumamente atractivo para permitir la disposición tan necesaria de órganos, evadiendo la vía del consentimiento de los disponentes secundarios. Según esta estructura la legislación sanitaria en materia de disposición de órganos,

tejidos y cadáveres, las autoridades competentes (y no sólo el Ministerio Público o las Autoridades Judiciales), podrán requerir la realización de la necropsia, en instituciones médicas que cuenten con la autorización de la Secretaría. Así como la docencia e investigación en materia de trasplantes con cadáveres se realizara en escuelas y facultades de medicina o en instituciones médicas donde se imparte la enseñanza en esta materia.

c) Académica

Cuando alguna institución académica de las ya antes mencionadas tengan necesidad de adquirir cadáveres para investigación y docencia, deben de manifestarlo a la Secretaría, así como también el número de cadáveres que tenga, para que a su vez la Secretaría determine la forma en que se distribuirán.

Cuando dicha institución obtenga cadáveres para investigación o docencia requiere permiso del disponente originario otorgado ante la fé de notario público o en documento privado, expedido ante dos testigos idóneos. (artículo 79 del Reglamento).

El disponente originario debió hacer disposición antes de morir, ante notario público, o en su defecto es documento privado, ante dos testigos y esta disposición una vez que el sujeto fallece, los familiares no podrán revocar su decisión debe de ser respetada y cumplir con su última voluntad, para que así la institución educativa pueda utilizar el cadáver para investigación, docencia o trasplante.

El documento en el cual el disponente originario manifiesta su voluntad para que su cadáver sea utilizado para investigación o docencia, deberá contener, los siguientes datos:

- Nombre completo del disponente
- Domicilio
- Edad
- Sexo
- Estado Civil
- Ocupación

Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario si lo tuviera.

Nombre y domicilio de los padres y en caso de haber fallecido la mención de este hecho.

En caso de no tener cónyuge, concubina, concubinario o .padres, el señalamiento del nombre y domicilio de alguno de los parientes más cercanos.

Señalamiento de que por su propia voluntad y a título gratuito, dispone que su cadáver, sea empleado para su investigación y docencia.

El nombre de la institución educativa beneficiaria del cadáver.

El señalamiento de haber recibido información a su satisfacción sobre su destino final.

El nombre domicilio y firma de testigo cuando se trate de documento privado.

Fecha, lugar y firma del disponente originario.

Es importante señalar que el documento en el que se manifiesta la voluntad del disponente originario es indispensable para que el cadáver pueda ser utilizado para fines de investigación y docencia, si no constare en documento escrito, ninguna institución podrá disponer de un cadáver.

También como ya hemos mencionado una institución puede obtener cadáveres por parte de los disponentes secundarios que son los siguientes: el cónyuge, el concubinario, los ascendientes, los descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado.

Podrá consentirse que un cadáver sea utilizado para fines de investigación o docencia cuando el disponente originario no lo hubiera hecho en vida y siempre que no exista disposición testamentaria en contrario. Para tal efecto deberá de otorgar su autorización por escrito, ante la fé de notario público o ante dos testigos idóneos.

Dicho documento deberá contener:

Nombre, domicilio, edad, sexo, estado civil, ocupación.

Señalamiento de disponer a título gratuito del cadáver, y que sea utilizado para investigación o docencia.

Señalamiento de haber recibido información sobre el empleo que se dará al cadáver y en su caso su destino final.

Nombre, firma y domicilio de los testigos, cuando se trate de documento privado.

Fecha, lugar y firma del disponente secundario.

Las instituciones educativas podrán recibir cadáveres por parte del Ministerio Público, observando lo siguiente:

I. Sólo podrán recibir cadáveres de personas desconocidas.

II. Al recoger el cadáver deberán extender recibo.

III. Deberán obtenerse los siguientes documentos.

a) La autorización del depósito, en favor de la institución asignada por el agente del Ministerio Público con el que se entienda la diligencia.

b) Certificado de defunción.

c) Copia del escrito, en el que el agente del Ministerio Público informe de la depositaria en la institución al Juez encargado del registro civil que deba levantar el acta de defunción.

Estos requisitos los establece la Ley General de Salud en su artículo 82. Estos requisitos son indispensables para que la institución educativa pueda obtener cadáveres por investigación, docencia o trasplante, una vez satisfechos.

Las instituciones educativas están obligadas a entregar los cadáveres que hubieran recibido, una vez que haya concluido el plazo del depósito, o lo solicitara la autoridad competente o si existiera reclamación de alguno de los disponentes secundarios. Siempre que no haya dado destino final al cadáver.

En caso de reclamación de algún cadáver que se encuentre en poder de alguna institución educativa para investigación o docencia. El reclamante debe de presentar ante la institución educativa solicitud escrita.

Las instituciones educativas que reciban cadáveres para investigación o docencia, deberán de realizar los tramites necesarios ante las autoridades del registro civil y demás competentes (Ministerio Público y Autoridad Judicial).

Las instituciones educativas serán responsables del uso adecuado y ético de los cadáveres. Sólo recibirán determinado número de cadáveres, el que la

Secretaría haya autorizado y cuando no le sean suficientes deberá solicitar a la Secretaría un número mayor de cadáveres en los que exprese los motivos que los justifiquen.

CAPITULO TERCERO LA MUERTE Y EL DERECHO PENAL

I. DETERMINACION DE LA MUERTE

El tema de los trasplantes de órganos provenientes de personas fallecidas, plantea un problema muy delicado, la determinación del momento de la muerte. Esta cuestión, es fundamental, porque si bien todos los órganos y tejidos humanos pueden tolerar, por cierto tiempo, la falta de irrigación sanguínea. En consecuencia el momento de la muerte debe ser precisado, para que el trasplante de órganos comience lo antes posible. Esta exigencia de la técnica jurídica actual obliga a revisar el concepto actual de muerte, porque es posible mantener artificialmente la respiración y la circulación sanguínea.

Sin embargo el límite que existe entre la vida y la muerte resulta tan difícil de precisar conceptualmente como establecer, en forma exacta, cuando comienza el día y termina la noche. Aunque la muerte es un hecho común e inevitable, continúa siendo un enigma para el hombre, y por tal motivo su mención provoca sentimientos de rechazo y angustia.

Se ha dicho que hablar de la muerte puede considerarse psicológicamente, como una forma de aproximarse indirectamente a ella. Su mención aparece mucha de las veces como una "evocación" por lo que culturalmente es un tema tabú.⁶⁶

¿Que es la Muerte?

Cada individuo en la búsqueda de su respuesta, se vera influenciado por sus propios valores y creencias y prejuicios sin poder dejar de lado los condicionamientos sociales. El tema esta cargado de connotaciones filosóficas, religiosas y emocionales. Lejos esta de las pretensiones de este trabajo y de nuestra capacidad para contestar tales inquietudes. En consecuencia tan sólo

⁶⁶ MOODY Jr, Raymond. La Vida Después de la Vida. Edit. Edif. S/N de edición. Madrid, España. 1978. P. 14.

procuraremos acercarnos a la superficie de una respuesta satisfactoria a los interrogantes jurídicos que el hecho de muerte plantea a nuestro estudio.

El hombre común no necesita de definiciones precisas ante la realidad de los hechos, mientras que el médico y al jurista, les resulta, en numerosas ocasiones, imprescindible establecer el como, cuando y porque a ocurrido la muerte. Sobre la base de las respuestas halladas a tales preguntas sea cimentado gran parte del progreso de las ciencias médicas. El jurista que desencadena una variada gama de consecuencias dentro del ordenamiento jurídico.

Desde nuestro punto de vista la cuestión debe ser tratada puesto que, cualquiera que sea el criterio utilizado para establecer el fin de la vida, sólo cuando esta a cesado será posible cumplir con el destino final que se haya designado para los restos mortales.

Este destino será en la mayoría de los casos, la inhumación, en otros sin embargo, puede excluirse esta transitoriamente, o en forma definitiva, cuando se haya dispuesto una finalidad terapéutica o científica. Así como para la investigación en las escuelas de medicina las cuales necesitan cada día con urgencia, que el cuerpo de quienes abandonaron esta vida concorra en auxilio de quienes aún la conservan, pero que podrían perderla sin su ayuda.

El concepto de muerte a cambiado con el tiempo, y existe la posibilidad que en el futuro este se modifique.

El concepto mas antiguo de la muerte, es el de la putrefacción del cadáver. El diagnostico de la muerte del individuo se establecía solo hasta que se presentaban signos de muerte celular, evidencias de putrefacción cadavérica.

Desde antiguas épocas hasta un pasado reciente. Estaba claro que cuando la respiración y el corazón se detienen, el cerebro morirá en pocos segundos, así el criterio de la falta de latido cardíaco, como sinónimo de la muerte que se decía que era suficientemente exacto.⁶⁷ La necesidad de replantear esta cuestión surge a partir de los progresos científicos de los últimos cincuenta años.

⁶⁷ BERTOLDI DE Faureada, María Virginia. *Trasplantes con Organos de Cadáveres*. Edit. Hamurabi. S/N de edición. Buenos Aires, Argentina 1972. P. 226.

fundamentalmente el desarrollo de las técnicas de reanimación. En tal sentido la declaración de Sydney expresa "Que dos modernos avances de la medicina han hecho necesario un estudio mas detenido de la cuestión relativa al momento de la muerte". La habilidad para mantener por medios artificiales la circulación de la sangre oxigenada através de los tejidos del cuerpo pueden haber sido irreversiblemente dañados, y 2) El uso de órganos de un cadáver tales como el corazón y los riñones para trasplantar.

Por ello el cese de los latidos cardiacos, que llevará necesariamente a la interrupción de la respiración y a la muerte del cerebro, ha dejado de ser en muchos casos "irreversible". En consecuencia, el concepto de muerte se funda en la detención de las funciones circulatorias y respiratorias, "no es valido cuando las modernas técnicas de resucitación y de apoyo se usan".

Después en la paralización del corazón e interrupción de la respiración, el organismo entra en un periodo de actividad mínima en la cual el sujeto aún no puede considerarse muerto. Cabe la posibilidad de revitalizarlo, usando las modernas técnicas de reanimación, debe aplicarse en la fase critica entre la vida y la muerte, de su éxito o fracaso depende volver a la vida. Se advierte, que si se produce un paro cardiaco o respiratorio pero sí se logra la reanimación antes que se produzca la necrosis de las células cerebrales, se habrá producido la "resucitación" del sujeto, pero si por el contrario no se puede reanimarlo, se produce la muerte del individuo.

A raíz de estas prácticas se ha debido recurrir a otros criterios, distintos de la cesación del latido cardiaco, para diagnostico de la muerte en determinados casos. En este orden de ideas y ante la exigencia de las nuevas técnicas de trasplante, se ha adoptado el criterio de muerte cerebral, que mas adelante estudiaremos.

La determinación del momento de la muerte, es problema médico de gran interés para el jurista, pues de la determinación medica que se haga en el momento de que un ser humano ha fallecido, depende como es natural del tránsito jurídico de "persona" a "cosa", depende de ese instante, la desaparición del ser humano y del aspecto legal de la substitución de él por sus herederos.

El criterio actual más generalizado sobre el momento en que se debe de estimar que una persona falleció y se convirtió en cadáver atiende a estos tres criterios :

- a) Cuando a cesado la función respiratoria.
- b) Cuando a cesado todo movimiento en el músculo cardíaco, determinado por ello por un "Electro-cardiograma", y
- c) Cuando un "Electroencefalograma" muestra una raya horizontal recta o plana, denotando así absoluta falta de generalización de impulsos eléctricos por el cerebro, se habla de "muerte cortical".

Se considera que sólo en ese instante se puede declarar que una persona falleció y se convierte en cadáver, estos son los tres puntos básicos que se acordaron en Filadelfia en una convención médica celebrada hace algunos años.

Pero este criterio no es compartido en todos los países y así en Africa del Sur:

"Se considera que un paciente a muerto cuando su corazón deja de latir y detiene su respiración. En otras palabras cuando no existe absolutamente ningún signo de vida en algunos lugares del mundo se considera muerto al paciente, cuando el electroencefalograma, mejor dicho el aparato que registra las ondas cerebrales, deja de percibirlos. Se podrá discutir mucho acerca de este particular, pero nosotros consideramos muerto al paciente (en cuanto á muerto legalmente), cuando su corazón ha dejado de latir, ya no se registran complejos en el electrocardiograma y los pulmones han dejado de funcionar). En lo que a nosotros se refiere un paciente con estas características esta muerto".⁶⁵

En Francia una junta designada a efecto de precisar en que momento debe considerarse muerta a una persona, tuvo en consideración que con las nuevas técnicas para reanimar a una persona, la antigua noción de extinción aparente de la vida, basada en la ausencia de latidos del corazón y la falta de respiración era ya insuficiente.

"Decidieron que podría extenderse el certificado de defunción siempre que existiese una pérdida definitiva e irrevocable de las funciones de un órgano indispensable para la vida en el curso de una operación quirúrgica del mismo".

⁶⁵ Ob. Cit. GUTIERREZ Y González, Ernesto. El Patrimonio. P. 1058.

Acordaron también que existe un signo que puede ser irrevocable de muerte: el cese de las funciones del cerebro.

En España en una orden del 30 de abril de 1951 dispuso que:

La comprobación de la muerte deberá ajustarse a un severo tonadiagnóstico, que serán consignados en documentos, sin dejar de especificar el hecho de que sí se presenció o no el período agónico del fallecido.

Paralización de los centros vitales

Paralización de respiración

Detención de funciones respiratorias

Y así como estas medidas, se han propuesto muchas según los criterios y moral médica en cada país, pero la verdad es que no hay en definitiva un criterio universal para decidir cuando se debe estimar a una persona muerta y convertida en cadáver.

Los conflictos morales, religiosos, médicos y jurídicos relativos a la vida y a la muerte se agudizan frente a los seres que, privados de la conciencia, subsisten exclusivamente a merced de la existencia de los medios técnicos artificiales.

A partir de los principios enunciados por Pío XII los moralistas cristianos realizaron una importante distinción entre los medios "ordinarios" y "extraordinarios" que pueden ser utilizados para la conservación de la vida. Los medios ordinarios son las medicinas, tratamientos y operaciones quirúrgicas de las que se espera racionalmente un beneficio para el paciente, y que pueden ser obtenidos sin grandes gastos, dolores u otros inconvenientes. Se consideran medios extraordinarios; las medicinas, tratamientos y operaciones que no pueden ser conseguidos sin grandes dolores o incomodidades, ya sea por parte del enfermo o también por medio de medios que no ofrecen esperanza de provecho para el enfermo. Podemos dejar sentado como principio "que el hombre esta obligado a poner de su parte todos los medios ordinarios para conservar la vida". Por el contrario no habría obligación moral de recurrir a medios extraordinarios.

Sin embargo los avances de la ciencia y la tecnología generalizaron la utilización de medios considerados originariamente como extraordinarios. Se ha vuelto a plantear el problema moral con relación a las técnicas de reanimación, a

raíz de las prácticas quirúrgicas de trasplantes. Se ha dicho que la moral y el derecho prohíben suprimir la vida, pero sin embargo no existe la obligación de alargarla "artificialmente" en todos los casos y hasta el extremo de todos los límites posibles. "...es extender a la vida vegetativa y celular el respeto que sólo es debido a la vida propiamente humana".

En la sociedad actual, en la que no raramente son cuestionados los mismos valores fundamentales de la vida humana, la modificación de la cultura influye en el modo de considerar el sufrimiento y la muerte; la medicina a aumentado su capacidad para curar y prologar la vida en determinadas condiciones. Es muy importante proteger hoy día, el momento de la muerte, la dignidad humana y cristiana. Por lo tanto cuando se haya resuelto que la muerte se ponga al servicio del derecho a la vida de sus semejantes y se haya cumplido esta misión de solidaridad social, dejemos que los muertos descansen en paz.

a) Muerte Real

La noción de muerte según los clásicos de la medicina legal, se logra estableciendo "...el momento preciso de la muerte del cerebro, del corazón y del pulmón, para afirmar la muerte general del individuo".⁶⁹ Este concepto tradicional que hace referencia a la detención funcional de los llamados "Tres pilares de la vida", corresponde en nuestros días a la noción de "muerte real", o muerte absoluta, también llamada muerte total.

En la actualidad, el diagnóstico de "coma excedido". Es médicamente al menos, sinónimo de muerte y esta afirmación esta avalada por prestigiasas instituciones científicas de todo el mundo. En el estado actual de la medicina un daño al encéfalo que determine la abolición "total y permanente" de las funciones cerebrales es irreversible. El sujeto podrá en ciertos casos, sin embargo ser mantenido en estado de sobrevida artificial en virtud de la asistencia de mecanismos externos que su plan, sus funciones vitales.

⁶⁹ Idem. P. 1058.

La conferencia de Reales Colegios Médicos de la Gran Bretaña, elaboró un informe titulado "Diagnóstico de la muerte" que procura dar respuesta a esta cuestión tan debatida. El referido documento expresa que las técnicas de la resucitación para los casos de ataque cardíaco desactualizado el concepto, aceptado durante siglos, de que el momento de la muerte era aquél en el que el corazón deja de latir. Se afirma que la mayoría de los casos, los órganos dejan de funcionar sucesivamente y luego se produce la muerte del cerebro, pero que, en una proporción menor y cuando hay lesiones cerebrales, la muerte será en seguida por el cese de funcionamiento de los otros órganos. En algunos de estos casos pueden lograrse que estos últimos continúen funcionando por medios artificiales.

En definitiva tal declaración expresa que cualquiera que se su causa, la muerte del cerebro representa la etapa en la que verdaderamente muera el paciente y no se considera difícil ni ilógico equiparar esto con el concepto religioso de que el alma abandona al cuerpo. En sus conclusiones nos dice que la determinación de la muerte cerebral significa que un paciente está muerto, aunque a veces la función de ciertos órganos, tal como el latido cardíaco, sea aún mantenido por medios artificiales.

Dar un concepto de muerte cerebral es un problema muy difícil que debe encararse al tratar los trasplantes de órganos con cadáveres al respecto coincidimos con la postura que considera inadecuada que los juristas elaboren una definición de muerte cerebral.⁷⁰ Esta es una cuestión que también se plantea en la medicina, por ello es que, tal como lo hemos dicho, no existe una definición de muerte cerebral, sino se nos brinda criterios objetivos para procurar, determinar, con la mayor precisión posible cuando ello a ocurrido.

Sin pretender invadir un ámbito que no es el nuestro estimamos que es necesario reafirmar algunos conceptos de los muchos que sean elaborados.

Dr. Hilario Veiga de Carvalho.

Muerte definición. "Es la desintegración irreversible de la personalidad en sus aspectos fundamentales morfo-fisicopsicológicos, del tal manera que cesa la

⁷⁰ Ob. Cit. BERTOLDI DE Faurcade, María Virginia. P. 299.

unidad bio-psicológica como un todo funcional y orgánico, definidor de aquella personalidad que así se extinguió"⁷¹

Dr. Jorge Meneses de Hoyos

La muerte "Es un paro absoluto de los latidos cardíacos y de los movimientos respiratorios, en forma definitiva e irreversible, con la cesación de las manifestaciones electrocardiográficas".⁷²

"Para no abundar en consideraciones técnico médicas, ni repetir la enunciación de los exámenes neurológicos y complementarios que mencionaremos en el punto siguiente, nos limitaremos a destacar algunas cuestiones que estimamos clarificar la cuestión y disipar algunos temores generalizados respecto a la muerte encefálica.

Neurólogos Estadounidenses, aclararon que para que exista muerte cerebral, el daño al encéfalo debe ser irreversible, y tan grave que este no puede mantener por mas tiempo la homeostasis interna, es decir la función cardiorespiratoria.

El cese de las funciones cerebrales involucra lo del automatismo respiratorio.

Por consiguiente, es dable advertir que la absoluta dependencia de los medios de asistencia respiratoria mecánica, determina que el estado de la muerte cerebral sólo puede presentarse en servicio de terapia intensiva. Esto es así, pues estos medios artificiales evitan el desenlace inmediato y "el mantenimiento artificial de ciertas funciones vitales, permite la preservación de otras y prolonga, en apariencia al menos, la vida mas haya de si misma"

si los conceptos tradicionales requieren la detención de los "tres pilares de la vida" (cerebro, corazón y pulmón) la muerte encefálica, así descrita, esta bastante próxima a ella configura en realidad, una muerte tenida artificialmente en suspenso. Estos estados deben de diferenciarse de los "comas prolongados" descritos desde ya hace muchos años, y de los casos de descripción recientes originados en los procesos terapéuticos, que se han denominado "comas con suspensión durable de las funciones vegetativas". En el "coma irreversible" el sujeto, privado de conciencia y aptitud para reaccionar a los estímulos del medio, puede

⁷¹ QUIROZ, Cuaron, Alfonso. Medicina Forense. Edit. Porrúa, 6a edición. México 1990. P. 839.

⁷² Idem. P. 829.

sin embargo mantener por sí la respiración, circulación y latido cardíaco. Se dan casos en los cuales la persona a mantenido por períodos considerados a un nivel vegetativo debido al daño cerebral considerado, pero que aún mantenía las funciones básicas y esto ha sido considerado sinónimo de la muerte.

Sin embargo es cierto que está en presencia de un "coma sobre pasado", que excluye toda posibilidad de una vuelta a la vida consciente y a las funciones vitales espontáneas no obstante mantenerse éstas artificialmente, puede legítimamente considerarse que el ser humano ha dejado de vivir, interrumpirse el círculo externo y disponer de los órganos para mantener o mejorar la salud de los enfermos.

Hemos intentado señalar, de la manera mas simple posible, el concepto de muerte cerebral que se encuentra en nuestra Ley, al requerir la comprobación del "cese total e irreversible" de las funciones cerebrales. Un mayor conocimiento, a nivel popular, de la entidad de la muerte encefálica, debe servir para crear una mayor conciencia de solidaridad colectiva. De este modo la muerte se convierte en una dadora de vida.

Aunque los conceptos brindados aparezcan mas o menos claros y logren expresar lo que se entiende por muerte cerebral lo fundamental esta en la cuestión del diagnóstico. Este debe basarse en los métodos seguros que evitan toda duda y que logren alcanzar el máximo nivel de certeza.

En cuanto a las pautas que deben de seguirse para diagnosticar la muerte cerebral con certeza, no hay unanimidad plena, aunque sí grandes coincidencias. Este problema ha sido materia de múltiples estudios y criterios, tales investigaciones han permitido que, en la actualidad exista un número mas o menos variado de exámenes y pruebas que permiten elaborar el diagnóstico de muerte cerebral con seguridad.⁷³

El primer medio utilizado para realizar este tipo de comprobación fue el

⁷³ Ob. Cit.. BERTOLDI DE Faurcede, María Virginia. Trasplantes de Organos de Cadáveres. P. 306.

electroencefalográfico.⁷⁴ Las objeciones que se hicieron, por atribuir a sus resultados un valor absoluto, han sido hoy superadas al no adjudicarsele trascendencia exclusiva, ni ser única prueba decisiva. Sin perjuicio de ello continua siendo un método de gran utilidad, ya que al silencio cerebral se suman otros signos, cuya determinación y número puede ser variable según los distintos autores o instituciones.

La trascendencia de esta decisión, determinada por la necesidad de llegar a un diagnóstico seguro, llevó a los organismos médicos del mundo a pronunciarse sobre la materia enumerando una serie de medios de diagnóstico.⁷⁵ Sobre la base de un profundo examen neurológico podrá concluirse en que la muerte cerebral ha ocurrido.

Las posibles repercusiones éticas, religiosas y legales que esta situación puede producir, aconseja el empleo rutinario de un conjunto de pruebas confirmatorias. El legislador ha procurado extremar las medidas de seguridad para la determinación del momento de la muerte cerebral, siguiendo las pruebas generales aceptadas por las ciencias médicas.

En el presente se estima que el total deterioro del cerebro es irrecuperable y queda fuera del alcance actual de la medicina reconstituir las células nerviosas. No obstante llegará el día en que los avances de las ciencias obliguen a recurrir a otros criterios para el diagnóstico de la muerte, por ser ya reversibles las anteriores. Este panorama requerirá entonces una revisión de la Ley, o tal vez su derogación, por haber pasado los trasplantes de órganos a la historia de la

⁷⁴ El síndrome de coma sobre pasado, se halla, concretado en el electroencefalogramamente por la abolición completa de actividad cortical, por un trozo lineal absoluto. Han sido empleadas otras denominaciones para designar este fenómeno tales como el silencio isoelectrico, inactividad compleja, ausencia completa de actividad bioeléctrica, trazado nulo.

⁷⁵ Puede mencionarse el Coloquio de Neurofisiología y el Electroencefalografía de Marsella 1966. El Congreso Nacional de Anestesia y Reanimación de Versalles 1966. El Coloquio Sobre Estados Fronterizos. Entre la Vida y la Muerte. De Marsella 1966. Conferencia de los Reales Colegios Médicos y sus Facultades del Reino Unido, 1976.

medicina.⁷⁶

b) Muerte Aparente.

La muerte aparente es aquella en la que se han cesado las funciones vitales, por ejemplo la acción cardíaca, a la situación anterior se agrega la falta de actividad eléctrica cerebral, por lo menos durante tres minutos.

Se entiende por muerte aparente: Aquel estado en que las manifestaciones vitales llegan a su mínima expresión, de suerte, cuando la vida se recobra sólo como en algunos casos de accidentes, con la electricidad, o mediante las útiles recursos de reanimación.

De tal manera podemos decir que la muerte aparente sólo es una fase en donde, se presentan los signos que manifiestan que una persona ha dejado de vivir. Pero através de los métodos que hoy día se utilizan, para la reanimación nos encontramos que gracias a dichos artefactos el paciente no murió y puede recuperarse. Anteriormente se podía considerar muerto a un paciente que no había fallecido, por no contarse con los adelantos científicos que hoy tenemos. No dudamos que los métodos hoy utilizados, sean desplazados en un futuro por otros mejores y de mayor precisión.

⁷⁶ RICO Lara, Manuel. Trasplantes de Organos en el Cuerpo Humano. Revista de Derecho Judicial. Año XII, No. 41. Madrid, España 1970. P. 55. En este sentido ha expresado que cabe tener en cuenta que si como los respiratorios y circulatorios han sido sustituidos por los cerebrales, estos se daran su puesto a los criterios bioquímicos. Afirma que la determinacion de la muerte se complicará aún más en el futuro, no muy lejano como consecuencia de la aparición de la triobiología que se ocupa del comportamiento de la materia a muy bajas temperaturas.

Los signos clásicos de muerte circulatorios y respiratorios continúan siendo el principal imperativo del principio del proceso de reanimación: la fragilidad del sistema nervioso o no es compatible con métodos de diagnóstico lento, ni perfecto; los signos de muerte súbita o paro-cardíaco respiratorio, son suficientes, para mantener la vida por medios artificiales, si es que fuera posible, la muerte cerebral, debe ser indicación de la cesación de los métodos de reanimación.⁷⁷

c) Muerte Legal

Al hablar de la muerte legal, nos estamos refiriendo a lo que nuestros legisladores han establecido en la Ley tomando en consideración, las cuestiones médicas sobre este punto.

Encontramos en la Ley General de Salud la determinación del momento de muerte de un ser humano. Así, el artículo 317 de la Ley dice:

"Para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte.

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

Y eso es sólo para una determinación de que una persona murió, pero para el caso de que se quiera utilizar ese cadáver para realizar un trasplante. Entonces el artículo 318 dispone que:

"La disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, podrá realizarse de cadáver en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del

⁷⁷ Idem. P. 58.

artículo 317 o de aquella 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 circunstancias siguientes.

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

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

Si antes de este término se presentará un paro cardiaco irreversible, se determinará de inmediato la pérdida de la vida y se expedirá el certificado correspondiente.

La certificación de la muerte respectiva, será expedida por dos profesionales distintos de los que integran el cuerpo técnico que intervendrá en el trasplante.

Con estos requisitos que son muchísimos y el tiempo que se fija, resulta sin duda como dice Dr. Gutiérrez y González "El aprovechamiento del cadáver, pero para alimento de los gusanos que ya estarán consumiéndolo. Así es como los legisladores mexicanos ayudan al desarrollo de la ciencia, de la medicina y la cirugía".⁷⁸

Estamos de acuerdo con lo que dice el Dr. Gutiérrez y González, porque es necesario que nuestra Ley General de Salud sea revisada y que se actualice el concepto de muerte real de acuerdo a los grandes avances técnicos de la medicina, tomando en consideración el empleo del electrocardiograma y del electroencefalograma, como medios más rápidos y eficaces de determinar el momento exacto de la muerte. Sin excluir desde luego los demás signos de la misma, como son la ausencia de reflejos, respiración espontánea, pupilas fijas y dilatadas. Además para el caso de los trasplantes no se puede alegar que haya imposibilidad técnica para determinar una muerte de acuerdo con éste nuevo concepto, debido a que se va a realizar una operación tan delicada como lo es el trasplante, es porque se cuenta con el equipo técnico y el elemento humano adecuado para llevarla a cabo; de tal modo que la certificación de la muerte

⁷⁸ Ob. Cit. GUTIERREZ Y González, Ernesto. P. 1060.

usando el electrocardiograma y el electroencefalograma, resulta hoy día de lo más usual.

Y no nos asombraría que en un futuro no muy lejano se emplearán métodos y técnicas más avanzadas para la determinación de la misma prueba.

Aunque sabemos muy bien que en materia legislativa sobre la disposición de órganos y tejidos estamos atrasados, y vamos como cincuenta años atrás de las prácticas utilizadas en otros países. Andamos en la época de las cavernas.

En nuestro país no contamos ni siquiera con una legislación sobre los derechos de la personalidad que es la que incluye el derecho a la disposición del cuerpo y el cadáver.

La disposición legal en nuestro país, para realizar un trasplante debe de integrarse por un comité de vigilancia, la autorización del Ministerio Público para el caso de traumatizados y la certificación del médico forense de la Procuraduría, pero cuando se contemplan todos estos requisitos el cadáver y esta pútrido. Nuestra legislación esta hecha con el ánimo de que no se realicen trasplantes, coarta la capacidad de decisión que tiene el médico, porque saben que si no se aprovechan los órganos en el momento oportuno, después ya no pueden ser utilizados. Es necesario que nuestra Ley se actualice.

Por ejemplo en otras legislaciones como lo es Rusia la sangre que se utiliza para transfusión proviene de cadáveres, mientras que en la Cruz Roja todavía anda mendigando la sangre de donantes vivos y seguimos enterrando a nuestros muertos con sangre y sus órganos completitos. Debemos de dejar atrás el tabú del cadáver y empezar a invadir la paz del sepulcro.

Debemos de empezar por considerar al cadáver como una función social.

También consideramos sin vida a una persona con muerte cerebral. "Esto no es inhumano. Hay que ser realistas. Mas inhumano es mantener en estado vegetal, causando lástima, gastando enormes recursos para mantener a un bullo, al que porque le late el corazón, se le considera con vida".

En materia de elaboración de leyes existe el principio de reducción del cualitativo por el cuantitativo. Esto es, se legisla para la mayoría de los casos

sacrificando a la minoría. Si de cien casos de muerte cerebral hay cinco pacientes que volverían a recuperar su función cerebral, pues sacrifiquemos a esas cinco excepciones. No se pueden perder los órganos de noventa y cinco cadáveres nada más porque cinco podrían verse reanimado.

Nuestra legislación debe de regular la mayoría de los casos y no a los de excepción.

II. CONTROVERSIAS DEL DELITO DE ROBO, EN CUANTO A LOS TRASPLANTES DE ORGANOS HUMANOS

En verdad nos resulta interesante el poder determinar si se puede configurar el delito de robo, cuando se sustrae un órgano del cuerpo humano sin consentimiento de quién pudiera otorgarlo. Exponemos a continuación la siguiente hipótesis: Se puede dar el caso, de que una persona fallezca de muerte violenta o repentina, por lo cual será llevado al hospital para que se le practique la autopsia, tal como lo señala la Ley, pero resulta que en el transcurso de la misma se averigua que tiene el corazón sano y otro órgano completamente sano y apto para ser trasplantado, se decide sustraerlo, sin consentimiento de quien legalmente puede disponer del cadáver, ya sea por no haberlo obtenido en un intento anterior dicho consentimiento, o por temor a que no fuera otorgado dados los motivos morales, religiosos o simplemente la idiosincrasia de los familiares o por no haber localizado a estos a tiempo para obtener dicho consentimiento, y existe la necesidad de sustraer el órgano para conservarlo antes que sea imposible su utilización. Posteriormente hacer entrega del cadáver, pero ya sin el órgano sustraído. Si por cualquier motivo los familiares se enteran. ¿Podrán acusar de robo al médico o a los médicos que sustrajeron el órgano u órganos?

Es necesario para llegar a una conclusión, realizar el estudio del delito de robo. Dado que el artículo 367 del Código Penal para el Distrito Federal, Nos dice a la letra.

"Que comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pudiera disponer de ella con arreglo a la Ley".

Tenemos entonces que los elementos del delito de robo son los siguientes:

1. Una acción de apoderamiento
2. Una cosa ajena
3. Cosa mueble
4. Sin derecho y sin consentimiento de quién legalmente pueda disponer de

ella.

1. Apoderarse significa "poner la cosa bajo nuestro poder". Hacerla entrar bajo nuestra esfera de actividad. Señalamos que en términos de nuestra legislación civil, es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho. Posee un derecho el que goza de él. El apoderamiento es la acción principal del delito de robo, en nuestro derecho debe entenderse cuando el sujeto pueda realizar actos dominicales.⁷⁹

2. Que la cosa sea ajena. La locución "cosa ajena" empleada por la ley para tipificar el robo, sólo puede tener una interpretación racional. Que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo. Para que se dé como comprobado ese elemento, basta que se compruebe por cualquiera de los sistemas probatorios procesales, que el objeto, materia de la infracción no pertenece al autor.

3. La cosa mueble. De acuerdo con el artículo 367 del Código Penal, las cosas muebles son los únicos objetos materiales en que puede recaer la acción delictiva de robo. Y de acuerdo con nuestra hipótesis, ¿Puede considerarse un órgano del cuerpo humano como una cosa mueble?

Al oír esto nos repugna moralmente el pensar que un órgano o una parte integrante del cuerpo humano sea considerada como una cosa, con la cual se pudiera negociar o traficar. Pero vemos el punto de vista jurídico, y examinemos la palabra mueble. Nos dice el maestro González de la Vega "que de acuerdo con la naturaleza física e intrínseca de las cosas, es decir, atendiendo exclusivamente a su

⁷⁹ Cfr. CARDENAS F., Raúl. Derecho Penal del Robo Edit. Porrúa, 2ª edición. México, 1982.P.104.

naturaleza material se llaman muebles a las cosas que tienen la aptitud de ser transportadas de un lugar a otro, sin que se altere su substancia; en otras palabras, las cosas muebles no tienen fijeza, y son susceptibles de moverse de un espacio a otro por sí mismas, como en el caso de los semimovientes, o por cualquier aplicación de fuerza extraña⁸⁰

De acuerdo con el artículo 753 del Código Civil para el Distrito Federal, son bienes muebles. Atendiendo a la definición.

Son bienes muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efectos de una fuerza extraña.

Son bienes muebles por su objeto las obligaciones y derechos o acciones que tiene por objeto cosas muebles. Exigibles en virtud de la acción personal. Debiendo exceptuarse aquellos muebles por naturaleza, que por ficción de la Ley se reputan muebles.

Esto nos demuestra que de acuerdo con la naturaleza intrínseca de las cosas, los órganos y partes del cuerpo humano son cosas muebles, por lo tanto deben reputarse como tales, y siendo esta nuestra apreciación, la sustracción de un órgano sin consentimiento de quién o quiénes legalmente pueden hacerlo, configura el delito de robo.

La palabra robo deriva del verbo latino "causa" y en sentido vulgar significa "todo objeto que existe en el mundo exterior y se encuentra fuera de nosotros".⁸¹

La anterior idea ya nos ayuda a entender la noción de la palabra "cosa aunque es muy amplia.

Para el maestro Gutiérrez y González. Cosa "es toda realidad corpórea interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto materia de la misma, que sea útil, tenga individualidad propia y sea sometida a un titular".⁸²

⁸⁰ GONZALEZ de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa, 27ª edición, México, 1995, P.172

⁸¹ Diccionario de Derecho Privado. Edit. Labor. Reimpresión 1954. Tomo I. P. 1253.

⁸² Ob. Cit. GUTIERREZ y González, Ernesto. P. 52 y 53.

En esta definición nos dice Gutiérrez y González la cosa puede ser interior o exterior al ser humano, estima como cosas a los órganos internos humanos una vez desprendidos del cuerpo humano o cuando se han sustraído de un cadáver, puesto que el cadáver ya no es un ser humano sino precisamente una cosa.

El cuerpo humano como dice Gutiérrez y González, no es una "cosa" y en tal sentido también se inclina Ennecerus, cuando dice que "...el cuerpo del hombre vivo no es una cosa, ni tampoco un objeto. A el pertenece también aquello que en la concepción del tráfico es considerada como miembro o parte de la personalidad humana, por ejemplo, (el pelo, las uñas, la leche materna, los dientes orificados)."⁸³

Pero esto puede dar lugar a dudas, porque algunas personas pudieran pensar que dichas órganos no son cosas muebles, por su naturaleza la de pertenecer a un todo, denominado "cuerpo humano" y además por no ser la costumbre de que las partes del cuerpo se les denomine cosas. Tal situación podría traer consigo que se dijera que se aplica el delito de robo a estos casos por simple analogía, tan solo por la similitud de las características de las cosas muebles con las de un órgano y siendo la aplicación analógica, no se podría acusar de robo en el caso de sustracción de órganos, por estar prohibido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su párrafo tercero que a la letra dice

"En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

De tal manera creemos que se debe precisar más el concepto de cosa mueble, para evitar estos malos entendidos, pues si a los órganos no se les considera cosa mueble, no podría darse el delito de robo, por no integrarse debidamente el tipo, lo cual sería a todas luces reprobable a todas luces e ilícito, pero no sancionado por la Ley Penal.

⁸³ Idem. Citado por Gutiérrez y González, Ernesto. P. 51

Corresponde a la Suprema Corte de Justicia, solucionar este problema por medio de ejecutoria, en las que se tome en cuenta la naturaleza intrínseca del trasplante de los órganos y las reconozcan como cosas muebles.

4. Que el apoderamiento se realice sin derecho y sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de ella. La acción de apoderarse de las cosas sin derecho de quién legalmente puede disponer de ella se puede manifestar en tres formas.

a) Contra la voluntad libre y expresa del paciente de la infracción, ejerciéndose violencia física o moral contra el sujeto pasivo.

b) Contra la voluntad indudable del paciente de la infracción, pero sin el empleo de violencias personales.

c) En ausencia de la voluntad del ofendido, sin consentimiento ni intervención de este, cuando el robo se comete furtivamente o subrepticamente; que es el caso de la hipótesis descrita. Pues en esta no hay consentimiento por ausencia de voluntad del ofendido, o sea de los familiares, pues la sustracción se realiza sin consentimiento.⁶⁴

El consentimiento también es un factor importante con relación al trasplante, y decisivo para establecer o no el delito de robo, el consentimiento otorgado expresa y libremente por el donador o sus familiares, desvanece todo posible delito de robo

III. CONTROVERSIA DEL DELITO DE HOMICIDIO EN CUANTO A LOS TRASPLANTES DE ORGANOS HUMANOS

Utilizamos la palabra controversia porque, encontramos que hay quienes dicen que no podemos hablar de homicidio. Cuando se realiza un trasplante, con una persona que no ha fallecido, pero que va a fallecer por tener una muerte cerebral; hay quienes opinan lo contrario dicen que se comete un homicidio, porque aún la persona no ha fallecido y sus órganos ya están siendo utilizados para trasplante. De ahí que digamos que hay disparidad de opiniones.

⁶⁴ Ob. Cit. GONZALEZ de la Vega, Francisco. P. 170

Por tal razón analizaremos, el delito de homicidio que puede llegar a presentarse con motivo del trasplante de órganos por ello cualquier modificación que tienda a evolucionar más la ciencia, repercute necesariamente en la sociedad y consecuentemente en el derecho, que es el regulador de ésta, de tal modo que cualquier fenómeno social, como el tratado en este trabajo, se refleja, en el derecho que puede dar lugar a cambios, modificaciones o reformas en el ordenamiento legal de un país.

En el caso de los trasplantes de órganos se puede presentar el delito de homicidio, porque en la mayoría de estas operaciones, sobre todo las que se refieren a partes vitales como el corazón; es necesario que el trasplante se realice con la celeridad que el caso requiera, siendo una gran dificultad el obtener órganos idóneos por presentarse el problema de rechazo, cuando se logra obtener al donador, que llene la características histocompatibles del receptor se presenta el problema de que se debe aprovechar ese órgano antes que se pierda por el fenómeno de la desintegración o descomposición. Pero entonces se puede presentar el caso en el que el donador aún no haya muerto, y el receptor ya este preparado para recibir el órgano extraño. Así la situación, podemos aventurar la hipótesis de que la premura del caso, y convencidos los médicos de que es imposible salvarle la vida al paciente con muerte cerebral le extraen el órgano trasplantable, estando aún el cuerpo con vida. ¿En tales circunstancias podemos decir que el médico cometió el delito de homicidio?

para contestar a la interrogante consideramos preciso acudir al código penal, en el título decimonoveno, que se trata de los delitos contra la vida y la integridad corporal, en el capítulo II.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 302 nos señala que "Comete el delito de homicidio, el que priva de la vida a otro".

El delito de homicidio tiene un presupuesto necesario y lógico para su existencia, una condición sine qua non, que es una vida humana previamente existente, sin la cual la muerte no puede registrarse. Si el delito consiste en la privación de la vida humana es forzosa la previa existencia de la misma, el sujeto pasivo del homicidio ha de ser un ser humano vivo, cualquiera que sea su sexo.

edad, sus condiciones de vitalidad o circunstancias personales. Puede cometerse el delito de homicidio en la persona de un recién nacido, no obstante su precaria viabilidad, también la privación de la vida a un agonizante será constitutiva de delito, a pesar del diagnóstico fatal.⁸⁵

El elemento material del delito, consiste en la privación de la vida.

"La supresión de la vida, viene a ser el elemento material y moral consiste en que la supresión se deba a intencionalidad o imprudencia delictiva".⁸⁶

El sujeto activo, coinciden la mayoría de los autores en decir que el sujeto activo del homicidio, puede ser cualquiera con excepción de los parientes tratándose por tanto, de un delito de sujeto indiferente o común.

Podemos decir entonces que en nuestra hipótesis planteada, nos habla de que si puede cometer el delito de homicidio el médico que utiliza un órgano de una persona que va a fallecer, para otra que tiene esperanza de seguir viviendo al hacer, dicho trasplante. Nuestra legislación nos señala claramente que "Comete el delito de homicidio; el que priva de la vida a otro". no importan las características del sujeto pasivo que puede ser cualquier persona, hasta un moribundo, de tal suerte, se está cometiendo el delito de homicidio, porque se priva del bien jurídico tutelado en la Ley, que es la vida.

Un médico no puede suprimir la existencia de una persona para salvar a otra, pero es necesario que se precisen, los casos en que el médico puede suprimir la existencia del paciente no es posible que en algunos casos resulta mas inhumano ya que el paciente no podrá recuperarse por tener una enfermedad incurable como lo es el cáncer y el enfermo tiene que seguir soportando los terribles dolores.

Consideramos oportuno hacer mención a la eutanasia, o también llamado homicidio por piedad, o por compasión, o crimen caritativo.

⁸⁵ Idem. P. 30

⁸⁶ Idem. P. 30

Eutanasia, vocablo que compuso Francis Bacon, y que significa "Muerte Buena".⁸⁷

Guillermo Uribe nos define la Eutanasia "Como aquella que se vale de medios o mecanismos que, acabando con los dolores del enfermo abrevian la vida".⁸⁸

La Eutanasia es una forma de liberar al paciente de los sufrimientos que afectan al paciente incurable.

Cuello Calón sólo acepta la Eutanasia lenitiva, ya que no es la eutanasia que nos importa, pues que según dice sufre acudiendo a todos los recursos de su arte, al moribundo le puede aligerar su agonía.⁸⁹

En todo caso lo que nos interesa, es que el gran jurista Alemán tiene que acudir, no a las reglas del derecho positivo, sino a la opinión cultural predominante, como elemento del ordenamiento jurídico, para justificar la eutanasia.

La otra forma de eutanasia, como la que libera de los sufrimientos que aquejan al paciente incurable, nos interesan como tema del asunto que ahora estamos exponiendo. Pero se busca su eficacia absoluta no en el consentimiento (como se sabe que el homicidio consentido es punible). Resulta obvio que el consentimiento no es la causa justificada del homicidio piadoso.

Esta conducta podría observarse también en relación con los trasplantes de órganos, en los que se pudiera dejar morir sin auxilio médico a un probable donador de órganos, porque efectivamente como opinan muchos tratadistas en esta situación, en este juego de la vida y de la muerte, los médicos por tratar de salvar una vida desatienden a otra.

Con lo antes expuesto consideramos, que si bien, en nuestra constitución se nos consagra el derecho a la vida, así el Código Penal sanciona al que priva de la vida a otro, entonces es necesario que se analice los casos de enfermedades incurables, en donde el paciente esta sufriendo de terribles dolores, en donde

⁸⁷ JIMENEZ de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Edit. Losada. S/N de edición. Buenos Aires Argentina, 1952. P. 613.

⁸⁸ URIBE Cuellar, Guillermo. Medicina Legal y Psiquiatría Forense. Edit. Temis. 9ª edición, Bogotá Colombia., 1971. P. 270

⁸⁹ Idem P. 69.

consideramos que es más criminal mantener al paciente en dicho estado, que realizar la eutanasia. Desde nuestro punto de vista es benéfico, que en estos casos se estudie con mayor cuidado, es necesario que se suspendan los servicios médicos a los pacientes antes mencionados y dejar que descansen en paz, puesto que no tienen posibilidades de mejora, no estamos de acuerdo en que se este cometiendo el delito de homicidio pues se trata de pacientes que van a morir y únicamente se les están aligerando sus sufrimientos.

IV. CONTROVERSIA DEL DELITO DE LESIONES, EN CUANTO A LOS TRASPLANTES DE ORGANOS HUMANOS

Nos corresponde ahora analizar si podemos decir que se tipifique el delito de lesiones, cuando un médico realiza un trasplante de órganos.

LESIONES.

El artículo 288 del Código Penal, para el Distrito Federal, señala "bajo el nombre de lesiones, se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemadura, sino toda alteración en la salud, y cualquier otro daño que deje huella material, en el cuerpo humano si esos efectos son producidos por una causa externa".

Consideramos que el concepto legislativo del Código de 1931, del delito de lesiones, permanece en nuestro Código Penal pareciéndonos una fórmula tan marcada y redundante, pues en efecto cada una de las formas (heridas, escoriaciones, etc.), son alteraciones en la salud, lo mismo que cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano.

En el delito de lesiones, el bien jurídico que se protege es precisamente la salud, la integridad personal.

Es bien conocido por todos que hay lesiones resultantes del tratamiento médico-quirúrgico, en los cuales se produce un "Daño en el cuerpo de alguien a lo que es lo mismo una alteración en la salud, producidas por causas imputables a

otra persona". Tal como lo dice el Código Penal y en este caso hay lesiones y no se tipifica el delito. ¿Por que?.

Encontramos muchos razonamientos para justificar las lesiones que son consecuencia de las intervenciones médico-quirúrgicas de buena fé, algunos sostienen que la legitimidad se desprende del consentimiento previamente otorgado por el paciente o sus representantes, pero esta opinión no es satisfactoria por no resolver el caso de las operaciones urgentes, cuando es imposible obtener el consentimiento previamente otorgado y además porque contraria al principio del orden público, de que el consentimiento de la víctima no excluye la responsabilidad.

Tampoco es satisfactoria la opinión que fundamenta la justificación de la finalidad dolosa, porque para calificar las lesiones intencionales, es suficiente la conciencia de lesionar, indistintamente de la finalidad perseguida por el agente.

Siguiendo al maestro González de la Vega, el cual sigue a Jiménez de Asúa, que considera que la justificación a las lesiones consecutivas a intervenciones médico-quirúrgicas se encuentran en la falta de antijuridicidad, pues esta se ve destruida por el reconocimiento que hace el Estado de las actividades quirúrgicas curativas, otorgando licitud.⁹⁰

"En los casos de intervención curativa, estas no son punibles, por el consentimiento expreso o tácito o presunto del paciente o de su representante legal, y en los casos de no existir alguna de estas especies de consentimiento. Así bien el médico no es el responsable de lesiones personales, puesto que se trata de reportar al enfermo una ventaja física o psíquica".⁹¹

Existen teorías que justifican las intervenciones médico-quirúrgicas, en seguida hablaremos de algunas de ellas.

Teoría de la exclusión del concepto típico de atentado corporal. Esta teoría fue formulada por Carlos Stoos, para el la voluntad de curar excluye, la intención de producir lesiones corporales, porque el tratamiento curativo es, objetivamente, cosa bien distinta del daño a la salud y malos tratos. El cirujano que hace una

⁹⁰ Ob. Cit. GONZALES de la Vega, Francisco. P. 17

⁹¹ Ob. Cit. JIMENEZ de Asúa, Luis. P. 78.

operación a un paciente no daña su cuerpo ni su salud y no quiere dañarlos, todos sus esfuerzos van más bien a mejorar su salud.⁹²

Beling y Mezger. Aplican la ausencia de tipicidad cuando el tratamiento es con éxito lisonjero, más si fracasa creen que es preciso buscar al fundamento de exclusión de lo injusto, que el último encuentra en la preponderancia de los intereses.⁹³

La teoría de Carrara es interesante comprobar que en lo esencial aunque, en términos que corresponden a su época, no sólo coincide con la tesis de que el delito, desaparece por el fin curativo.

Franz Von List sustenta esta doctrina y dice que "resulta de las instituciones de Estado (tanto de las educativas como de las sanitarias) que se reconoce como fin justificado y le fomenta la conservación y establecimiento de la salud". El tratamiento médico-quirúrgico que persigue como fin saluflifero se justifica por ser un medio apropiado para la consecución de un fin públicamente reconocido.

Bindig se decide por la ausencia del concepto de lesión corporal. Expresamente se ocupa del reconocimiento de que el "fin curativo perseguido por el médico", excluye la antijuridicidad.

Concluimos en tanto que no se puede tipificar el delito de lesiones en cuanto a los trasplantes de órganos, porque se esta realizando la intervención quirúrgica, en beneficio del paciente, además primero debe de ser informado de los riesgos y consecuencias de la misma operación y debe otorgar el paciente o sus familiares y en su defecto su representante legal, el consentimiento para realizar el trasplante. En los casos en que una operación tenga que realizarse con urgencia y no se pueda obtener el consentimiento se justifica, porque se supone que el médico, no quiere dañarlo sino al contrario se percibe una mejora en la salud.

El médico puede incurrir en responsabilidad médica, la cual en seguida estudiaremos

⁹² Idem. P. 658.

⁹³ Ob. Cit. P. 658.

RESPONSABILIDAD MEDICA

Esta debe ser proclamada en principio. El médico que precipitadamente aplica métodos que aún no han sido bastante comprobados, el que se descuida por prisa o pereza de las debidas precauciones al medicinar u operar, y el ignorante de su arte debe de ser responsable, por imprudencia, negligencia o impericia. También a de ser punible el que sin título facultativo se dedique a operar o intervenir quirúrgicamente.

La responsabilidad médica tiene antiquísimos ejemplos. Tres mil años antes de Cristo, eran severamente reprimidos los primitivos encargados de curar, que con el arcaico cuchillo de bronce amputaban miembros o extirpando cataratas. En el más remoto Código Asirio de Hamurabi, se hallaban ya las penas que debían imponerse, a los médicos por descuido, pero a pesar de la dureza de los tiempos, el castigo no pasaba de cortar la mano y nunca se llegó a imponer la pena de muerte, aunque la negligencia hubiera costado la vida de un hombre. Esto significó un privilegio a favor de los médicos, por lo común en las leyes de Hamurabi impero la ley del talión y, en caso de quien tenía el oficio de curar, la mutilación de la mano sólo sería, una forma talional simbólica. La responsabilidad de los médicos continúa exigiéndose a lo largo de los siglos .

Responsabilidad de los médicos en cuanto a intervenciones curativas:

- a) Los que demuestre imprudencia, negligencia o impericia responsabilitan al autor por delito culposo de homicidio o lesiones.
- b) El ejercicio de la medicina o de la cirugía sin título oficial.
- c) Toda intervención curativa conforme a la Ley carece de tipicidad y se haya justificada por la valuación de los bienes.
- d) Es preciso que concurra el elemento subjetivo en animo de cura. Por eso el hecho de vender una articulación y órgano para que se injerte a otro, no puede justificarse a un cirujano.
- e) Si el fin no es curativo la finalidad produce, contra el médico facultativo, o curandero que actúa.

f) El médico debe de informar a sus familiares de todo acto quirúrgico, que se efectuó en su persona o individuos de su familia

g) Es preciso, cuando se trate de operaciones meramente convencionales o estéticas, el consentimiento del enfermo o del representante legal, pero la ausencia de su voluntad no convierte en ilícita la intervención curativa que carece de tipo y antijuricidad.

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE TRAFICO DE ORGANOS

CONCEPTO

Antes de iniciar el análisis de los elementos positivos y negativos del delito, consideramos oportuno ofrecer diversas nociones del mismo.

Según el maestro Rafael Márquez Piñero, la palabra delito proviene del latín delicto o delictum, del verbo delinqui, delinquere que significa desviarse, resbalar, abandonar.

Continúa el autor manifestando que son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o concepto de delito. Tarea muy difícil de conseguir en el plano absoluto o de carácter general, pues un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempo y para todos los países, respecto de que sea un hecho, es o no delictivo no se ha conseguido, aún lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social económica, cultural y jurídica, de cada pueblo y en cada siglo, actualmente puede no serlo y viceversa.⁹⁴

Luis Jiménez de Asúa, define al delito como "Toda acción u omisión, antijurídica, típica y culpable que sancionan con una pena".⁹⁵

El delito es un acto humano, un mal o un daño aún siendo muy grave, tanto en el orden individual o en el colectivo, no es un delito si no tiene su origen en un comportamiento humano.

⁹⁴ MARQUEZ Piñero, Rafael. Derecho Penal Parte General. Edit. Trillas. 2ª edición. México 1990. P.131

⁹⁵ Cfr. JIMÉNEZ de Asúa, Luis. Citado por Marquez Piñero, Rafael. P. 132.

El acto humano ha de ser antijurídico, en contradicción con una norma jurídica, es decir, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido.

Además de esa contraposición con esa norma jurídica es necesario que el hecho éste previsto en la Ley como delito, que corresponde a un tipo legal, toda vez

que no toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de una antijurídica tipificada.

El acto humano debe estar sancionado por pena, pues, de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad no existe el delito.

Desde el punto de vista sociológico podemos considerar que, el delito tiene como principal característica que se enfrenta a la moralidad de las personas y se opone a las mínimas condiciones de vida de la sociedad.

En México el Código Penal de 1891 en su artículo primero lo definió al delito como la infracción voluntaria de una Ley Penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.

El Código Penal de 1929 en su artículo 2. lo conceptúa como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal, define al delito "como el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Los elementos positivos del delito en general, son: la conducta, la tipicidad, la antijurídica, la imputabilidad, la culpabilidad, y la punibilidad.

Los elementos negativos del delito son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, y excusas absolutorias.

FACTORES POSITIVOS

Conducta

La acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado. En este sentido, la acción abarca

dos posibilidades: a) Un hacer positivo, y b) Un no hacer, la primera constituye la acción en sentido estricto, el acto; y la segunda la llamada omisión. En el código Penal Mexicano, el artículo 7 señala los dos aspectos (positivo y negativo), como los únicos modos de conducta penalizable.

En definitiva, la acción en sentido amplio puede definirse como la define Jiménez de Asúa, "La manifestación de voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se esperaba, deja sin modificación ese mundo externo.. Cuya mutación se aguarda".⁹⁶

Los elementos de la acción en sentido amplio son los siguientes :

a) manifestación de la voluntad. b) resultado, c) relación de causalidad, entre aquella y este (también llamado nexu casual).

Tipicidad

Para Jiménez de Asúa : la tipicidad "es la correspondencia entre el hecho real y la imagen expresada en la Ley, para cada especie de infracción".⁹⁷

Carranca y Trujillo, dice que : "la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta, al tipo legal concreto"⁹⁸

"El tipo puede entenderse como abstracción que ha trazado el legislador, destacando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la Ley como delito"⁹⁹

Para el maestro Fernando Castellanos Tena : "no debe confundirse el tipo con la tipicidad, en virtud de que el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta en abstracto"¹⁰⁰

⁹⁶ Idem. P. 56 y 57.

⁹⁷ Idem. P. 746.

⁹⁸ Idem. P. 381.

⁹⁹ Ob Cit. P. 235.

¹⁰⁰ CASTELLANOS Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Edit. Porrúa. 8ª edición México 1974. P. 166.

Continúa el maestro, señalamos que: "La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley, la coincidencia del comportamiento con lo decretado por el legislador, Celestino Porte Pelit, considera que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo que se resume en la fórmula Nullum Crime Sine Tipo".¹⁰¹

La tipicidad tiene como función principal ser eminentemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y su relación con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal: "La tipicidad no sólo es pieza técnica, sino que es como secuela del principio legalista, garantía de libertad".¹⁰²

Para concluir mencionaremos los diferentes tipos existentes:

- a) Normales y Anormales; los primeros se refieren a situaciones objetivas, en los segundos se trata de una valoración cultural y jurídica.
- b) Fundamental o Básico. Estos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos.
- c) Especiales que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental.
- d) Complementados, que se constituyen con un básico y una circunstancia.
- e) Autónomos o Subordinados, los primeros tienen vida propia, en cambio los segundos dependen de otro tipo.

ANTI JURIDICIDAD

El derecho penal es garantizador y sancionador, su función es proteger y tutelar los valores reconocidos en el ordenamiento jurídico en general. Sin negar totalmente el aspecto subjetivo, se puede afirmar que la antijuridicidad es fundamentalmente objetiva, porque se enfoca a la conducta externa.

¹⁰¹ Idem. P. 166.

¹⁰² BERNARDO Quiroz , Constanco. Al Rededor del Delito y de la Pena. Edit. Viuda de Rodríguez. 1ª edición. Madrid España, 1904. P. 89.

Una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho. Este se concibe como la ordenación objetiva de la vida y en consecuencia lo injusto se debe entender como una lesión a las normas de derecho.

Castellanos Tena, menciona en su obra ya referida que cuando hablamos de antijuridicidad no estamos refiriendo a la conducta en su fase externa, pero en su proceso psicológico causal, ello corresponde a la culpabilidad, la antijuridicidad, es puramente objetiva, porque atiende sólo al acto. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere un juicio de valor, es decir, una estimación entre esa conducta en su fase material y a la escala de valores del Estado una conducta es antijurídica cuando siendo típica, no está protegida por una causa de justificación.¹⁰³

Sergio Vela Treviño, menciona que toda acción será punible si es antijurídica. Con ello se establece un juicio respecto a la acción, en el que se afirma la contradicción de las mismas con las norma de derecho.¹⁰⁴

CULPABILIDAD

Es el nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, ello quiere decir que contiene dos elementos, uno volitivo y emocional y el otro intelectual, el primero indica la suma de dos querer, de la conducta y el resultado, y el segundo, el intelectual es el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Según el maestro Fernández Doblado; "para la doctrina la culpabilidad es la relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal su estudio debe de analizarse el psiquismo del autor, con el objeto de investigar cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado delictuoso".¹⁰⁵

La culpabilidad tiene dos formas; dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consiente a la ejecución de un hecho tipificado en la ley como delito o

¹⁰³ Ob. Cit. CASTELLANOS Tena, Fernando. P. 176.

¹⁰⁴ Cfr. VELA Treviño, Sergio. Antijuridicidad y justificación. Edit. Trillas. 2ª edición. México, 1986. P.19.

¹⁰⁵ Cfr. Castellanos Tena, Fernando. P. 233.

cause igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por el olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado (culpa). Igualmente se puede hablar de preterintencionalidad, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

PUNIBILIDAD

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realidad de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quién ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos. Es punible una conducta cuando su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces, una amenaza estatal para los infractores de las normas jurídicas; igualmente, se entiende por punibilidad en forma menos apropiada la consecuencia de la comisión, es decir, la acción específica de imponer a los delinquentes a poesteriori, las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la amenaza normativa.

IMPUNIBILIDAD

El hombre es el sujeto activo del delito, pero para que tenga que cargar con determinada consecuencia penal, es necesario que tenga el carácter de imputable. En el Derecho Penal. Esto solamente puede ocurrirle a aquella persona que por sus condiciones psíquicas tenga posibilidades de voluntariedad.

Según el maestro Carranca y Trujillo, será imputable todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente. Todo aquel que sea apto e idóneo

jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana.¹⁰⁶

Según Castellanos Tena la imputabilidad "Es la capacidad de entender y querer, en el campo del Derecho Penal".¹⁰⁷

Luis Jiménez de Asúa define a la imputabilidad en los siguientes términos: "imputabilidad es el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien lo ejecutó, como su causa eficiente y libre".¹⁰⁸

ELEMENTOS NEGATIVOS

AUSENCIA DE CONDUCTA

Evidentemente si faltan algunos de los elementos esenciales del delito éste no se integre, en consecuencia si la conducta está ausente no habrá delito a pesar de las apariencias. La ausencia de conducta impide la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa la base indispensable del delito

Una de las causas que impiden se integre el delito por ausencia de la conducta, es la llamada vis absoluta o fuerza física exterior irresistible a que se refiere la fracción I del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

ATIPICIDAD

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito que se conoce como la atipicidad, entendiéndose como la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica jamás será delictuosa.

¹⁰⁶ Cfr. Ob. Cit. CARRANCA Y Trujillo, Raúl. P. 389.

¹⁰⁷ Cfr. Ob. Cit. CASTELLANOS Tena, Fernando. 218.

¹⁰⁸ Ob. Cit. 326.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Podría ocurrir que la conducta típica esté en oposición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por existir una causa de justificación.

Por ejemplo, un hombre priva de la vida a otro, su conducta es típica porque se ajusta a lo señalado por el artículo 302 del Código Penal para el Distrito Federal, y sin embargo, puede no ser antijurídica, si obró en legítima defensa.

INCUPLABILIDAD

Esta se presenta cuando en la conducta no existe dolo ni culpa, las cuales son dos de las especies de la culpa, dado lugar en consecuencia a que se configure este aspecto negativo del delito.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Cuando hablamos de punibilidad nos referimos al aspecto positivo del delito, consideramos como una consecuencia del mismo, la excusa absolutoria viene a ser el elemento negativo. Debemos entender como excusa absolutoria aquella causa que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

El ya referido maestro Castellano Tema menciona diversas excusas absolutorias, a saber:

a) Excusa en razón de la conservación del núcleo familiar, por ejemplo; el robo entre ascendientes.

b) Excusa en razón de la mínima temibilidad, el robo que no exceda de 25 pesos de valor, cuando sea sustituido por el sujeto activo, el bien robado y pague

los daños y perjuicios antes de que el hecho sea puesto en conocimiento del Ministerio Público.

c) Excusa en razón de la maternidad consciente, por ejemplo; el aborto cuando el embarazo ha sido resultado de una violación.

La imputabilidad se presenta cuando surgen circunstancias capaces de anular o neutralizar el desarrollo de la salud de la muerte, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

El referido maestro Castellano Tena señala como causa de impunidad; el estado de inconsciencia (permanente o transitorio, el miedo grave y la sordomudez).

I. CONDUCTA O HECHO

Es importante que nuestro Código Penal regule el delito de tráfico de órganos, ya que vemos que este delito se puede llegar a presentar y sin embargo no se encuentra tipificado en la Ley Penal. Por tal motivo creemos conveniente que se regule en el Código Penal el delito de tráfico de órganos. Ya que con anterioridad hicimos referencia a este problema, que pocos Códigos y juristas, señalan por cuanto era un hecho que carecía de relevancia hace aún pocos años, pero que hoy día esta tomando gran relevancia en razón de los avances de la ciencia y los éxitos alcanzados por los trasplantes de órganos.

Estudio Dogmático del Delito de Tráfico de Órganos.

La conducta o hecho en sentido amplio "Consiste en la actuación exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado". En este sentido la acción abarca dos posibilidades; a) un hacer positivo, b) un no hacer. La primera constituye la acción, la segunda la omisión. El Código Penal señala en su artículo 7 los dos aspectos (positivo y negativo), como los únicos modos de conducta penalizable.

El Código Penal no señala como delito el tráfico de órganos. Desde nuestro personal punto de vista consideramos conveniente que se regule y se tipifique esta conducta delictiva.

Concepto de tráfico: El tráfico es el comerciar o negociar.

Concepto de órgano: Parte del cuerpo dotada de una o varias funciones.

Tráfico de órganos: El comerciar o negociar con partes del cuerpo humano.

En el presente capítulo, indicamos la ubicación que guarda el delito objeto de nuestro estudio, conforme a los elementos que lo integran, con la finalidad de poder estar en aptitud de ubicar a este delito dentro de un contexto jurídico social al que pertenece por sus especialísimas características.

LA CONDUCTA EN EL TRAFICO DE ORGANOS

La conducta gramaticalmente significa (comportamiento). El maestro Castellanos Tena, en su trascendental obra Lineamientos Elementales del Derecho Penal, indica que la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito y que este tiene relevancia para el Derecho Penal, toda vez que el hombre es el posible sujeto activo de las infracciones penales, en virtud de que es el único ser capaz de voluntariedad.¹⁰⁹

Vamos a ubicar el delito de tráfico de órganos dentro de los delitos en contra de las personas en su patrimonio.

Consideramos conveniente que se tipifique el delito de tráfico de órganos humanos en los siguientes términos:

"Comente el delito de tráfico de órganos humanos el que comercie, negocie, apodere, trafique o suministre aún gratuitamente con órganos y tejidos humanos sin consentimiento y sin derecho de la persona que puede disponer conforme a la Ley".

a) Clasificación en Orden a la Conducta

¹⁰⁹ CASTELLANOS Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal.. Edit. Porrúa. 7ª edición. México, 1989. P. 149.

Atendiendo a la conducta del agente, el delito se clasifica en: delitos de acción y delitos de omisión. Este último se subdivide en omisión propia o simple y omisión impropia u omisión por comisión.

La acción es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario o del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.¹¹⁰

La omisión, en cambio, radica en el abstenerse de obrar, simplemente en una abstención, en dejar de hacer lo que se debe de ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. Según Cuello Calón la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.¹¹¹

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.

La omisión simple o propia "Consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico".¹¹²

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse y por ello se infringen dos normas; una preceptiva y otra prohibitiva. "Existe el delito de comisión por omisión cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo (delitos de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una prohibitiva".¹¹³

Como ya hemos mencionado en los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada sin requerir el resultado material alguno, y en los de comisión por omisión es necesario un resultado material.

Una vez que hemos analizado la acción y la omisión, decimos que el delito de tráfico de órganos es delito de acción porque se está realizando el

¹¹⁰ Ob. Cit. P. 152.

¹¹¹ Ob. Cit. CUELLO Calón, Eugenio. P. 273

¹¹² Ob. Cit. PORTE Petit, Celestino. P. 162.

¹¹³ Ob. Cit. CASTELLANOS Tena, Fernando. P. 153

apoderamiento, es decir, se hace lo prohibido, se esta infringiendo una Ley prohibitiva.

Evidentemente el delito de tráfico de órganos, es un delito de acción en virtud de que el mismo no presenta las formas de omisión que en orden a la conducta, el delito de tráfico de órganos objeto de estudio en este trabajo, debe ser ubicado como un delito de acción.

b) Clasificación en Orden al Resultado

Por su resultado los delitos son formales o de preferente conducta y materiales o de preferente resultado.

Los delitos formales o de preferente conducta "son aquellos que no requieren una verificación de resultado o consecuencia por ser suficiente que se lleva acabo la conducta descrita en la norma". En esta clasificación con el simple hecho de realizar la conducta se considera como delito.

Los delitos son materiales o de preferente resultado porque además de la conducta descrita por la norma es indispensable una modificación una transformación en el mundo exterior.

El delito de tráfico de órganos es un ilícito material porque, se realiza la conducta descrita y además se da una modificación en el mundo externo.

c) Ausencia de Conducta.

Cuando falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará, en consecuencia, si la conducta esta ausente no habrá delito a pesar de las apariencias, la ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos o mejor dicho, impedimentos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana positiva o negativa, la base indispensable de todo delito.¹¹⁴

¹¹⁴ Ob. Cit. P. 162.

La ausencia de conducta se manifiesta, a través de diversos extremos o diversas hipótesis por las circunstancias en que se impide, el atribuir la realización de la misma a los sujetos que se encuentran involucrados en ellos.

La omisión es una forma de conducta y de ausencia en su aspecto negativo en la no conducta.

Se puede presentar bajo las siguientes formas:

Vis absoluta. Es el constreñimiento físico de procedencia humana que se ejerce en contra de alguien, y que la conduce a dar un cambio en el mundo externo que no es factible atribuirsele.

Fuerza Mayor. Es el constreñimiento de carácter físico, que no puede vencer o superar el sujeto coaccionado en virtud de una fuerza de la naturaleza o meta humana.

Sueño. Se entiende como una manifestación psicológica de descanso dentro del cual, quien se encuentra inmerso en el, deja de estar vinculado con el mundo externo.

Sonambulismo. El presupuesto es el hecho que el sujeto que lo padece esta dormido con la anormalidad de diambular, conservando su desvinculación con el mundo externo.

Hipnotismo. Se ha dicho que es un acto de dependencia transitoria y artificial que existe entre el operador de la hipnosis y el hipnotizado.

Movimientos o Actos Reflejos. Se entiende que son las respuestas orgánicas sin control por parte del sujeto en el que se manifiestan.

En el delito de tráfico de órganos no se puede admitir la ausencia de conducta, bajo ninguna de sus formas.

I. TIPICIDAD

Como ya indicamos para la existencia del delito se requiere de la existencia de una conducta o hecho humano, mas no toda conducta o hecho humano va a ser delictuoso. Deben de ser además típicos, antijurídicos, culpables. La atipicidad

es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia va a impedir que se configure el delito.

La tipicidad "Es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal, formulada en abstracto".¹¹⁵

"Debemos de tener cuidado de no confundir tipicidad con el tipo, la primera se refiere a la conducta, y el segundo a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito, es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia del delito".

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide que se configure el mismo. El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina "Que esta prohibido imponer por analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada en una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Lo que significa que no existe delito sin tipicidad.

El delito de tráfico de órganos, no se encuentra regulado en nuestro Código penal, ni en la Ley General de Salud, sin embargo es un hecho que se presenta día a día y sigue sin regularse en nuestro país.

Proponemos el siguiente tipo penal para el tráfico de órganos humanos.

"Comete el delito de tráfico de órganos humanos, el que comercie, negocie, trafique u obtenga gratuitamente, órganos y tejidos humanos, sin consentimiento y sin derecho de la persona que pueda disponer de ellos conforme la Ley".

a) Elementos del Tipo

Los elementos del tipo encontramos que son tres:

1. Elemento Objetivo
2. Elemento Normativo
3. Elemento Subjetivo

¹¹⁵ Idem. P. 167.

El elemento objetivo "Es aquel que resulta de fácil apreciación por nuestro sentidos y existe en todos los tipos"

Entonces podemos decir que el elemento objetivo en el delito de tráfico de órganos (es la pérdida de un órgano que ya ha sido separado del cuerpo humano).

El elemento normativo "Es aquel que requiere para su apreciación de una valorización jurídico-cultural".

En el caso de nuestro delito objeto de estudio se requiere no sólo se apodere, comercie, negocie, u obtenga aún gratuitamente, sin derecho y sin consentimiento. Además que sea un órgano o parte integrante del cuerpo humano.

El elemento subjetivo "Es el que requiere de un determinado ánimo o propósito en el activo por exigencia misma de la norma".

El elemento subjetivo se presenta en el delito de tráfico de órganos.

b) Clasificación en Orden al Tipo

Por su composición los tipos son:

1. Normales
2. Anormales

Normales los que únicamente se limitan a hacer una descripción objetiva.

En el delito de tráfico de órganos no es un tipo normal, pues este no se limita a hacer únicamente una descripción objetiva.

Anormales, además de factores objetivos contiene elementos subjetivos o normales.

El delito de tráfico de órganos es un tipo anormal pues contiene tanto elementos objetivos, normativos y subjetivos.

Por su ordenación meteorológica.

1. Fundamental o básico
2. Especiales
3. Complementados

Son fundamentales o básico los que sirven de punto de referencia a un grupo central de delitos.

Especiales cuando tomando como punto de partida al básico se le añaden determinadas características que lo cambian en determinada forma, logrando un desprendimiento de aquél que le sirvió de arranque o punto de partida.

Complementados estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta.

El Tráfico de órganos humanos es un tipo fundamental o básico ya que va a servir como punto de referencia para un grupo central de delitos.

Los tipos especiales y complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor o menor penalidad.

Así el tráfico de órganos constituye un tipo especial agravado por eso debe de sancionarse más severamente.

En función de su autonomía o independencia son:

1. Autónomos o independientes
2. Subordinados

Autónomos o independientes, son los que tienen vida propia sin depender de otro tipo.

Subordinados, dependen de otro tipo por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste al cual no sólo complementa sino subordina.

El delito de nuestro estudio es un tipo autónomo por tener vida propia. No requiere de ningún otro tipo para que pueda adquirir vida.

Por su formulación los tipos son:

1. Amplios libres o precisos
2. Casuísticos

Los tipos amplios libres y precisos son los que únicamente requieren de un resultado, sin que añadan medios específicos o requisitos complementario de comisión.

Los tipos casuísticos, son los que de manera específica el legislador indica el o los medios, el o los requisitos que debe colmarse para la integración del tipo.

Dentro de los tipos amplios o libres se puede ubicar al delito de tráfico de órganos por requerirse únicamente un resultado.

Por sus resultados son:

1. Daño
2. Peligro

De daño, los que requieren para su configuración de un menos cabo o destrucción del bien protegido.

De peligro, los que potencialmente nos colocan ante la inminencia o probabilidad de la afectación de un bien.

El delito materia de estudio se ubica dentro de los tipos de daño.

Hay infinidad de clasificaciones en torno al tipo. Solamente hemos hecho referencia a las más comunes.

c) Atipicidad

La atipicidad se ha entendido como la falta de encuadramiento de la conducta al tipo y la ausencia de tipo es la abstención del legislador en la tutela o protección de determinados intereses, que socialmente son reprochables.

Se debe distinguir, entre ausencia de tipo y de atipicidad, la primera se presenta cuando el legislador delibera o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería de ser incluida en el catálogo de los delitos en cambio la ausencia de tipicidad surgen cuando existe el tipo, pero no se amolda a la conducta dada.

En caso de nuestro delito materia de estudio, no existe el tipo en que se describe la conducta delictiva, pero si consideramos que dado a los avances de la ciencia es conveniente que se legisle en materia de trasplantes de órganos, pero no sólo en la Ley General de Salud, como se encuentra actualmente sino también se encuentre regulado al tráfico de órganos, en el Código Penal para el Distrito Federal.

III. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad se puede entender como lo contrario a Derecho.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo por sólo recaer sobre la acción ejecutada.¹¹⁶

La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación que una conducta es antijurídica se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta y su fase material y la escala de valores del Estado. "Tenemos entonces que conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación".¹¹⁷

La antijuridicidad es todo obrar opuesto a las exigencias de derecho, de igual forma se ha sostenido que es una disonancia armónica por adecuarse a la figura descriptiva y oponerse al principio valorativo.

La antijuridicidad es una integrante general de todos los delitos cualquiera que sea su especie, así como el apoderarse, negociar, trafique u obtenga para ser constitutivo de delito de tráfico de órganos, necesita realizarse sin derecho o antijurídicamente. Al tratar de definir el delito en general según su sustancia jurídica Jiménez de Asúa llega a la conclusión de que "Es el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad".

La antijuridicidad se procede en el delito de tráfico de órganos porque se esta lesionando el ordenamiento jurídico penal.

Existen dos tipos de antijuridicidad la formal y la material.

La antijuridicidad formal se reserva lo que constituye una infracción u oposición a la Ley vigente.

La antijuridicidad material se dice que es una afectación a los intereses que la sociedad considera valiosos y dignos de tutela o protección.

¹¹⁶ Ob. Cit. CUELLO Calón, Eugenio, P. 284.

¹¹⁷ Ob. Cit. CASTELLANOS Tena, Fernando, P. 178.

a) Causas de Licitud

Causas de licitud o también llamadas causas de justificación, estas son el aspecto negativo de las causas de antijuridicidad. Y se entiende como las condiciones previstas por la ley que impide el nacimiento de la antijuridicidad de toda conducta típica. En tales condiciones la acción realizada, resulta conforme a Derecho.

Las causas de licitud, se fundamentan o se apoyan en la ausencia de intereses o en la preponderancia de intereses, implica un enfrentamiento de intereses y la preferencia por parte del Estado de la solución más valiosa, aún a costa del sacrificio de otro considerado de menor valía.

La legítima defensa es una de las causas de justificación de mayor importancia, para Cuello Calón "es legítima defensa necesaria para rechazar una agresión real, actual, inminente e injusta mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor."¹¹⁸ Para el maestro Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la reaccional proporcionalidad de los medios.¹¹⁹

Legítima Defensa se entiende como la repulsa o el rechazo de una agresión real actual, sin derecho de quien resulte o pueda resultar un daño en protección de bienes propios o ajenos y sin rebasar los límites de la proporcionalidad.

Su fundamento legal de esta figura tan importante lo encontramos en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal.

En el delito de tráfico de órganos podemos decir que la legítima defensa es una causa de justificación de dicho delito.

Estado de Necesidad. Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo pueden evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados pertenecientes a otras personas.

¹¹⁸ Ob. Cit. P. 284

¹¹⁹ Idem. P. 178.

Estado de Necesidad conceptualmente es la situación de peligro en la que se encuentran bienes jurídicos, cuya solución sólo es factible mediante la afectación a otros bienes también protegidos por la Ley.

La fracción v del artículo 15 del Código Penal. Son causas excluyentes de responsabilidad "Se obre por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de mayor o menor valor, que el salvaguardado siempre que el peligro no sea salvaguardado por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo".

Los elementos del Estado de Necesidad

Salvaguardar los bienes propios o ajenos. Es decir la protección que todo individuo hace de sus propios bienes o de sus semejantes.

De un peligro real que este en el mundo y no en la mera creencia.

Actual que el peligro se este dando.

Inminente o que de no ser actual este muy cercano.

Que no se provoque por quién se encuentra en peligro, que no se provoque intencionalmente o en forma dolosa.

Que tenga el deber de afrontar el peligro por sus características.

Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

En el delito que estamos analizando, no se puede presentar el Estado de Necesidad como una causa de justificación.

Cumplimiento de un deber. se entiende como ordenada por la norma jurídica, su fundamento legal lo encontramos en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal. Con la circunstancia que siempre se exija congruencia y proporcionalidad en el acatamiento de un deber.

Esta excluyente de responsabilidad no procede en el delito que estamos analizando.

Ejercicio de un Derecho es la actualización de la facultad otorgada por la Ley o lo permitido por la misma. Su apoyo legal lo encontramos en la Fracción VI del artículo 15 del Código Penal.

Esta excluyente de responsabilidad tampoco procede en el delito de tráfico de órganos.

En las reformas al Código Penal del 10 de enero de 1994, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo han quedado excluidas del artículo 15 del Código Penal.¹²⁰

IV. IMPUTABILIDAD

Para ser culpable un sujeto es necesario que antes sea imputable. Es el mínimo de salud mental exigible a un sujeto, para estar en posibilidad de atribuirle una conducta típica, antijurídica. Es la capacidad psíquica para delinquir.

Podemos definir la imputabilidad "como la capacidad de querer y entender en el campo de derecho penal"¹²¹

La imputabilidad esta determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental.

Las acciones de libre causa se presentan cuando existe relación causal, entre el primer momento, en el cual el sujeto activo decide llevar a cabo un delito pero programa propiciar en su persona un estado de incapacidad, para en ese instante realizar la conducta y disminuir su responsabilidad y un segundo instante en el cual se efectuó la conducta y obtiene el resultado pretendido.

Imputabilidad disminuida como su nombre lo indica implica, que un sujeto dado de plena capacidad, en determinado momento sufre un menoscabo en la misma, pero subsistiendo en él mínimo de comprensión y entendimiento, se le responsabiliza de los actos que lleva a cabo, en tales condiciones aún cuando la sanción que se le destine será atenuante.

Quien comete el delito de tráfico de órganos, se requiere que sea una persona con capacidad de querer y entender.

a) Inimputabilidad

¹²⁰ LOPEZ Betancourt, Eduardo. *Teoría del Delito*, Edit. Porrúa, 3ª edición, México, 1996. P. 145.
¹²¹ Ob. Cit. CASTELLANOS Tena, Fernando. P. 218.

Es el aspecto negativo de la imputabilidad y surge cuando el sujeto de que se trata, no requiere ni siquiera el mínimo de salud mental para estar en posibilidad de exigir una responsabilidad de carácter penal. Esto se presenta através de varias hipótesis como son: desarrollo intelectual retardado, estado de inconsciencia que puede ser permanente o transitorio, sordomudez, miedo grave y la minoría de edad.

Sólo encontramos su fundamento legal del trastorno mental y desarrollo intelectual retardado. En la fracción VII del artículo 15 del Código Penal. La minoría de edad se ve en la Ley que dió origen a la Ley Tutelar para menores. Quienes no han cumplido 18 años son inimputables y no pueden ser activos de delito.

V. Culpabilidad

Siguiendo un proceso de referencia lógica, una conducta no sólo sea típica y antijurídica, sino además debe ser culpable. Culpabilidad es el desprecio al ordenamiento jurídico así, como a los principios y prohibiciones que tienden a constituirlo, también podemos decir que es el nexo intelectual que liga al sujeto con los actos y resultados, es la reprochabilidad de toda conducta típica y antijurídica.

Existen dos teorías o corrientes que explican la naturaleza jurídica de la culpabilidad.

1. Normativista
2. Psicologista

Normativista explica la culpabilidad admitiendo el contenido del psicologismo pero incorporando, el conocimiento que debe tener todo sujeto de la normatividad que rige en el núcleo social del que se desenvuelve, lo que significa que al infringirla se justifica la reprochabilidad que se hace en su contra.

Psicologista explica el concepto en función de ese nexo psicológico que existe entre el comportamiento del hombre y lo deriva del mismo.

a) Formas de Culpabilidad

Son el dolo y la culpa, "sin embargo para algunos autores existe una tercera forma de culpabilidad: la preterintencionalidad, que para otros, constituye no una forma, sino una hipótesis de culpabilidad. Misma que ha sido excluida del Código Penal, en las reformas realizadas el 10 de enero de 1994".¹²²

El dolo, es el actuar consiente y dirigido a un fin o propósito delictivo.

La culpa, es el actuar sin intención y sin la diligencia debida produciéndose un daño delictivo.

La preterintencionalidad, es o se entiende como el ir más allá de la intención o es el resultado delictivo que supera o que excede al propósito que originariamente persigue el sujeto activo. Es una combinación o reunión de las dos formas de culpa anteriores, concurre el dolo y la culpa. (Derogada).

El delito de tráfico de órganos es un delito eminentemente doloso. En el delito no podemos decir que se dé la culpabilidad bajo sus tres formas ya que no se da la culpa y la preterintencionalidad.

b) Inculpabilidad.

Es el aspecto negativo de la culpabilidad o bien es la falta de nexo intelectual y emocional entre el obrar del sujeto y lo que deriva del mismo. O bien es la absolución en el juicio de reproche llevado a cabo en torno a la conducta típica antijurídica efectuada por alguien.

La inculpabilidad opera al hallarse ausente en los elementos esenciales de la culpabilidad.

Hipótesis que explican la Inculpabilidad.

1. Error esencia de hecho invencible
2. La no exigibilidad de otra conducta
3. Vis compulsiva o coacción psicológica

¹²² Ob. Cit. LOPEZ Betancourt. Eduardo. P. 207.

Error esencia de hecho invencible. Pueden tenderse como la inadecuada apreciación de la realidad o falta de conocimiento de nuestro pensamiento. Nos dice Vannini, "Es el recayendo sobre un extremo esencia del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal. O como señala Antolisei, al error que recae sobre una o más de los elementos que se requieren para existencia del delito, en concreto en el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente o sea que hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta."¹²³

La no exigibilidad de otra conducta con la frase "No exigibilidad de otra conducta", se da entender que la realización de un hecho penalmente tipificado obedece a una situación especialísima apremiante, que hace excusable ese comportamiento es una causa eliminadora de responsabilidad.

Vis compulsiva o coacción psicológica es el constreñimiento ejerciendo de un sujeto con relación a otro para que este último lleve acabo la conducta delictiva.

No podemos hablar que se de el error esencial de hecho invencible porque no hay conocimiento exacto de la realidad y para que exista el delito de tráfico de órganos debe haber un conocimiento exacto, por lo tanto no puede hablarse que sea una causa de inculpabilidad así como tampoco la no exigibilidad de una conducta. Hay una sola causa de inculpabilidad en el delito de tráfico de órganos que es la vis compulsiva o coacción psicológica .

VI. PUNIBILIDAD

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace merecedor a una pena.

¹²³ Ob. Cit. Citado por Castellanos Tena, Fernando, P. 260.

Se impondrá pena de prisión de 10 a 25 años, al que cometa el delito de tráfico de órganos humanos..

a) Medidas de Seguridad

Las medidas de seguridad tienen como base fundamental evitar nuevos delitos. Se consideran propiamente como penas de prisión y la multa. Las medidas de seguridad son los demás medios de que se vale el Estado para sancionar. Las medidas de seguridad recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso en concreto, por haber cometido una infracción típica.

b) Excusa Absolutoria

Constituye el factor negativo de la punibilidad. "Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena".¹²⁴

En el delito de tráfico de órganos no opera ninguna excusa absolutoria.

El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) permanece inalterables, sólo se excluye la posibilidad de punición.

VII. TENTATIVA

¹²⁴ Idem. P. 278.

Jiménez de Asúa, define la tentativa "Como la ejecución incompleta de un delito".¹²⁵

Por lo tanto la tentativa es la no consumación de un delito por causas ajenas a la voluntad del agente o por no emplearse los medios adecuados para este fin.

Nuestro Código Penal en el artículo 12 se refiere expresamente a ejecutar u omitir la conducta en la tentativa.

"Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél se consuma por causas ajenas a la voluntad de la gente".

"Para imponer la pena de la tentativa, el Juez tomará en cuenta además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito".

"Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos".

La tentativa se castigará con las dos terceras partes de la sanción que debiera corresponder si el delito fuer consumado. (artículo 63 del Código Penal).

a) Tentativa Acabada

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente aplica todos los medios adecuados para cometer el delito, ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce, por causas ajenas a la voluntad de la gente.

En el delito de tráfico de órganos, si se puede hablar de tentativa acabada supongamos que el sujeto activo del delito pretende comerciar con los órganos de algún fallecido, se encuentra ya en el lugar donde están dichos órganos los sustrae del lugar, en ese momento llega una tercera persona que impide la sustracción.

¹²⁵ Ob. Cit. JIMENEZ de Asúa, Luis. P. 278.

b) Tentativa Inacabada

La tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendiente a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno o varios por eso el evento no surge, hay una completa ejecución.

En el delito de Iráfico de órganos también se da la tentativa inacabada. Ejemplo, cuando una enfermera por orden de un médico va a sustraer determinada cantidad de sangre, pero su intención es sacar más de la debida. En ese momento que ella a sustraído una cantidad mayor entra el médico y no puede llegar a realizar su objetivo.

c) Arrepentimiento.

Se da cuando agotada la conducta y en los casos que ello es factible el agente irata o logra que no se llegue a la consumación del delito.

El arrepentimiento el ochenta por ciento de los casos, hay sanción. Porque la conducta ya se ha agotado o en los que no se ha agotado la conducta ésta ya se inició, solamente que el agente va a tratar que no se consume la conducta delictiva.

d) Desistimiento

Se da cuando el agente retrocede o ya no insiste en llevar acabo su propósito criminal o bien iniciada la conducta resuelve no culminarla y por lo tanto no llega a la consumación.

VIII. CONCURSO DE DELITOS

Analizando ahora el concurso de delitos, observamos que un sujeto puede ser autor de varias infracciones penales a esta situación se le da el nombre de concurso, porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas.

Es importante mencionar que en algunas ocasiones, el delito es única consecuencia de una sola conducta, pero pueden ser muchas las lesiones jurídicas, bien con una sola acción o varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única valoración en el ordenamiento jurídico.

a) Ideal.

Hablamos de concurso ideal o formal "Cuando con una actuación se infringen varias disposiciones penales".¹²⁶

Vemos que el concurso ideal o formal se ve una doble o múltiple infracción, es decir con una sola acción u omisión del agente se está frente a dos o más tipos penales, por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose en consecuencia, varios intereses tutelados por el Derecho.

El concurso ideal encuentra su apoyo en el artículo 18 del Código Penal que a la letra dice "Existe el concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos".

En el artículo 64 del mismo ordenamiento indica "Que en el caso de concurso ideal, se aplicara la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de duración sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del Código Penal".

En el artículo 25. Dispone "La prisión será de tres días a cuarenta años, con excepción de lo previsto por los artículos 315 bis. 320, 324 y 366 en que el límite máximo de la pena será de cincuenta años.

¹²⁶ Idem. P. 310.

Vemos que en el delito de tráfico de órganos si puede haber concurso de delitos. Se puede citar como ejemplo el caso de un médico que dé muerte a un paciente con el propósito de traficar con sus órganos.

b) Material

Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por alguno de ellos, se está frente al concurso material o real. El cual se configura, lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres violaciones) que con relación a tipos diversos (robo, homicidio, lesiones cometidos por un mismo sujeto).

Encontramos su apoyo legal en el artículo 18 del Código Penal.

En cuanto a la pena debemos de remitirnos al artículo 64 en el segundo párrafo preceptua. "En caso de concurso real se impondrá la suma de las penas de los delitos cometidos, si ellos son de diversa especie se aplicará las correspondientes a los delitos que merezcan la mayor penalidad. Las cuales podrán aumentarse en una mitad más, sin que exceda los máximos señalados en este Código.

También encontramos que se puede presentar el concurso real o material en el delito de tráfico de órganos.

c) Continuado

Estamos en presencia de un delito continuado "Cuando con una conducta reiteradamente delictiva, puede lesionar el mismo bien tutelado por el Derecho. Las anteriores acciones son múltiples pero una sola lesión jurídica.

El delito es continuado cuando con una sola resolución delictiva se ejecuta por medio de varias acciones cada una de las cuales importa una forma análoga de violar la Ley.

En el Código Penal en la fracción II del artículo 7 señala que el delito es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en tiempo.

En el mismo ordenamiento señala en la fracción III del citado artículo 7 que el delito es continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Así mismo el artículo 64 en su último párrafo "Establece que en el caso de delito continuado se aumentara hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido.

d) Autoría y Participación

Esta viene a ser la determinación de los sujetos y de la diversidad de estos, que interviene en la realización de una conducta delictiva.

En un sentido amplio se ha dicho que la participación, es la cooperación que eventualmente y voluntariamente prestan u otorgan varios sujetos para colmar una conducta delictiva, sin que el tipo exija dicha pluralidad.

Cuando en la descripción típica no se precisa como necesaria la concurrencia de dos o más personas el delito sigue siendo monosubjetivo, aún cuando intervengan en la realización varios sujetos. En cambio hay tipos plurisubjetivos, no pueden colmarse con la conducta de un hombre sino necesariamente por la de dos o más.

El fundamento legal de la autoría y participación la encontramos en el artículo 13 y 14 del Código Penal.

Artículo 13, señala los autores que intervienen en un delito.

Artículo 14, establece una regla cuando intervienen varios sujetos en un delito, si llega a darse otro que no fue el programado, a todos los que intervengan se les considera responsable del delito, salvo que se demuestre que el delito no fue medio para cometer el primer delito. Que no fue consecuencia del nuevo delito. Que los demás sujetos no realizaron el nuevo delito o que no haya estado presente, o de haber estado haya hecho todo lo posible para evitar el nuevo delito.

e) Autor Material, Mediato e Intelectual

Como ya hemos visto la participación requiere de la intervención de varios sujetos que encaminen su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su realización.

Es bien cierto que aunque todos son causa de infracción, no siempre lo serán en el mismo grado, este será de acuerdo a la actividad o inactividad de cada uno de donde van ha surgir varias formas de participación.

El autor material es el ejecutor de una conducta delictiva.

El autor intelectual es el poseedor de la idea criminal y a la vez e director y coordinador de la conducta delictiva.

El autor mediato es el que se vale o aprovecha de un ausente de conducta inimputable o inculpable al que utiliza como medio o instrumento para satisfacer su propósito criminal.

f) Cómplice

El cómplice es el que presta auxilio el que coopera, pero su rango de intervención es secundario aún cuando sea importante se subdivide en activo es cuando el auxilio se otorga mediante un hacer, pasivo es de no hacer o dejar que hagan.

En el tráfico de órganos se dan todas las formas de participación.

CONCLUSIONES

1. Desde tiempos muy antiguos en la historia de la humanidad, se han realizado trasplantes de órganos, desafortunadamente se prohibieron las prácticas quirúrgicas debido a los resultados obtenidos que no eran nada alentadores.

2. Los trasplantes de órganos humanos tienen como principal finalidad, la conservación de la vida humana. Y es necesario que se elimine el exceso de trámites y formalidades innecesarias para la realización de dicho trasplante.

3. Es necesario que en nuestro país, como ya existe en otros países, se opte por un sistema de voluntarismo alentado, en donde se de información y publicidad por parte del Estado, a la población adulta para que este consiente de la necesidad de material donable y de la urgencia por conseguirlo.

4. En nuestra vida cotidiana es importante que la sociedad tenga conocimiento de la desigualdad que hay entre los requerientes de órganos, que aguardan incluso por años a algún donante cuyos órganos resulten finalmente compatibles con su sistema inmunológico.

5. Hasta hace algunos años se hablaba de legislar en materia de trasplantes de órganos y tejidos. Porque se consideraba que el Derecho había quedado rezagado a los adelantos científicos haciendo oídos sordos. Por su gran trascendencia social merece que se legisle en dicha materia.

6. En lo que se refiere a la actual legislación la Ley General de Salud, estableció en su título décimo cuarto las bases legales sobre las cuales deberá realizarse el control sanitario de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, en la cual hemos encontrado grandes deficiencias que traen en consecuencia graves perjuicios a quienes en esta actúan.

7. Es conveniente que los Derechos de la Personalidad sean objeto de una doble consideración tanto desde el punto de vista de leyes del orden público con privado. De igual forma es necesario que se regulen los actos de disposición del cuerpo humano.

8. Es preciso que en la Ley General de Salud, se actualice el concepto de muerte de acuerdo a los grandes avances técnicos de la medicina, tomando en consideración el electroencefalograma y el electrocardiograma, como medios más rápidos y eficaces de determinar el momento exacto de la muerte.

9. La actuación apresurada en caso de la muerte aparente o inminente, sin determinar los signos de muerte real configura el delito de homicidio.

10. De acuerdo con la naturaleza física e intrínseca de las cosas, los órganos y partes del cuerpo son cosas muebles una vez que han sido separadas. Por tal motivo el delito de robo se puede tipificar, cuando se sustrae un órgano del cuerpo humano sin consentimiento de quién legalmente puede disponer del cadáver.

11. El delito de lesiones, en lo que se refiere a los trasplantes de órganos, no se tipifica, porque se está realizando la intervención quirúrgica, en beneficio del paciente, además primero debe de ser informado de los riesgos y consecuencias de la operación y debe de otorgar el paciente o sus familiares o en su defecto su representante legal su consentimiento.

12. Debido a los avances científicos creemos oportuno que en nuestro Código Penal sea tipificado como delito el tráfico de órganos humanos en los siguientes términos:

"Comete el delito de tráfico de órganos humanos el que comercie, negocie, apodere, trafique u obtenga, aún gratuitamente órganos y tejidos humanos, sin

consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de estos conforme a la Ley".

BIBLIOGRAFIA

BERNARDO de Quiroz, Constanancio. *Alrededor del Delito y la Pena*. Editorial Viuda de Rodríguez, S/N de Edición. Madrid, España 1904.

BERTOLDI de Faurcade, María Virginia. *Trasplante de Organos de Cadáveres*. Editorial Hamurabi. S/N de Edición. Buenos Aires, Argentina 1972.

BORREL, Macías, Antonio. *La Persona Humana*. Editorial Bosch. S/N de Edición. Barcelona, España 1954.

CARDENAS F. Raúl. *Derecho Penal del Robo*. Editorial Porrúa. 2ª Edición. México 1972.

CARRANCA y Trujillo, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. 18ª Edición. México 1995.

CASTAN Tobeñas, José. *Los Derechos de la Personalidad*. Editorial Reus. S/N de Edición. Madrid, España 1952.

CASTELLANOS Tena, Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. Editorial Porrúa. 20ª Edición. México 1984.

CIFUENTES, Santos. *Derechos Personalísimos*. Editorial Lener. S/N de Edición. Buenos Aires, Argentina 1974.

DIEZ Díaz, Joaquín. *Derechos de la Personalidad o Bienes de la Persona*. Editorial Reus. S/N de Edición. Madrid, España 1963

- ENNECCERUS Kipp, Wolf. *Tratado de Derecho Civil Parte General*. Tomo I. Volumen I. 31ª Edición. Barcelona, España 1934.
- GONZALEZ de la Vega, Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. 27ª Edición. México 1995.
- GUTIERREZ y González, Ernesto. *El Patrimonio*. Editorial Porrúa. 4ª Edición. México 1993.
- JIMENEZ de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV. Editorial Losada. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina 1963.
- JIMENEZ Huerta, Mariano. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. 10ª Edición. México 1984.
- LOPEZ Befancourt, Eduardo. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa. 3ª Edición. México 1996.
- MARQUE Piñero, Rafael. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Trillas. 2ª Edición. México 1990.
- MOOY Jr, Raymond. *La Vida Después de la Vida*. Editorial Edaf. S/N de Edición. Madrid, España 1978.
- ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa. 3ª Edición. México 1996.
- ORGAEZ, Alfredo. *Derecho Civil de las Personal Individuales*. Editorial Delpa. 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina 1946.

PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Derecho Penal Mexicano. Editorial porrúa. 10ª Edición. México 1984.

QUIROZ Cuarón, Alfonso. Medicina Forense. Editorial Porrúa. 6ª Edición. México 1990.

URIBE Cualla, Guillermo. Medicina Legal y Psiquiatría Forense. Editorial Temis. 9ª Edición. Bogotá Colombia 1971.

VELA Treviño, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. Editorial Trillas. 2ª Edición. México 1986.

REVISTAS

Revista de Jurisprudencia y Administración. Los trasplantes de Organos frente al Derecho Penal. Camaño Rosas, A. Tomo 68 No. 1 Septiembre de 1969. Montevideo Uruguay.

Revista Persona y Derecho. Los Trasplantes de Organos. Cortesini, Rafaello. Volumen II. Año 1975. Pamplona, España.

Revista Persona y Derecho. Trasplantes de Organos y el Derecho a Disponer del Propio Cuerpo. Hervada, Javier. Volumen II. Año 1975. Pamplona, España.

Revista Mexicana de Derecho Penal. Los Trasplantes de Organos Humanos Ante el Derecho. Rivacoba y Rivacoba, Manuel. Cuarta Epoca No 20. Abril-junio 1976. México.

Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Problemática Jurídica de los Trasplantes de Organos. Reyes Montreal, José María. Año CXVIII, No.3. Marzo 1969. Madrid, España.

Revista de Investigaciones Jurídicas. Donación de Organos la Búsqueda Incierta de la inmortalidad. Ocos Said, Gisela A. No. 15, Volumen 15. México 1991.

Revista Criminalia. Sánchez Medel, Luis. No.2 Año XXXV, Febrero de 1969. México.

Revista Semana Medica de México. Benitez Soto, Luis. Volumen LXI, No 9. Octubre 1969.

Revista de Actualidades Médicas. Volumen I, No. 3. Diciembre de 1994.

Revista de Derecho y Ciencia Sociales. Rayo Villanueva, Ricardo. Médicos y Juristas. Año XXXVI, No. 145. Julio-Septiembre 1968.

Revista de Derecho Judicial. Trasplantes de Organos en el Cuerpo Humano. Rico Lara, Manuel. Año XII, NO. 41. Madrid, España 1978.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal para el Distrito Federal

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

Ley General de Salud

Reglamento a la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.