

111
2 Ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES "ACATLÁN"

EL TRAFICO DE ORGANOS HUMANOS, VIOLACION
A LOS DERECHOS HUMANOS Y SU DEBIDA
TIPIFICACION EN LA LEY PENAL MEXICANA.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
RODOLFO NORBERTO SUSANO VAZQUEZ

ASESOR
LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ

275398

SANTA CRUZ ACATLAN ESTADO DE MEXICO JUNIO 1999.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL TRAFICO DE ÓRGANOS HUMANOS,

VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Y SU DEBIDA TIPIFICACIÓN

EN LA LEY PENAL MEXICANA

A MI MADRE Y HERMANO

POR SU APOYO Y COMPRENSIÓN A LO LARGO DE MI EXISTENCIA

A MI ESPOSA

**COMPAÑERA INCANSABLE EN NUESTRA META DE SUPERACIÓN Y
ARMONIA FAMILIAR.**

A EDGAR RODOLFO Y ALEXANDRA DANIELA

MIS FUENTES DE ALEGRÍA Y MOTIVOS PARA VIVIR.

LIC. ELIAS ZUQUI ALDAMA

**CON MI ETERNO AGRADECIMIENTO Y RECONOCIMIENTO A SU
CALIDAD HUMANA Y PROFESIONAL.**

LIC. RAFAEL CHAINE LÓPEZ (ASESOR)

**POR SUS CONSEJOS, CONOCIMIENTOS Y TIEMPO, BRINDADOS SIN
RESTRICCIÓN Y CON EL ÚNICO INTERES DE AYUDAR A LA
SUPERACIÓN PROFESIONAL DE UN ALUMNO.**

GRACIAS PROFESOR.

LIC. CARLOS F. ZANATTA LÓPEZ

**QUIEN CON SUS CRITICAS Y CONSEJOS ME BRINDÓ SU TOTAL
APOYO Y SU EXPERIENCIA PARA LA CULMINACIÓN DEL PRESENTE
TRABAJO.**

**A TODAS Y CADA UNA DE LAS PERSONAS QUE DE ALGUNA MANERA
ME APOYARON EN LA ELABORACIÓN Y TÉRMINO DE ÉSTA TESIS Y
DE QUIENES GUARDO LOS MÁS GRATOS RECUERDOS, SIRVA ESTE
DOCUMENTO PARA EXPRESAR MI MÁS SINCERO AGRADECIMIENTO.**

RNSV.

EL TRAFICO DE ÓRGANOS HUMANOS,

VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Y SU DEBIDA TIPIFICACIÓN

EN LA LEY PENAL MEXICANA

OBJETIVO

EXPONER LOS MOTIVOS JURÍDICOS PARA LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO:

**EL TRAFICO DE ÓRGANOS LATENTE
Y LA CONSECUENTE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS
QUE COBRA AUGE ACTUALMENTE EN DETRIMENTO DE LA SOCIEDAD**

INTRODUCCIÓN

El problema de la situación jurídica que guardan las figuras típicas relacionadas con el trasplante de órganos y tejidos de cadáveres de seres humanos, nos pudiera hacer pensar en la existencia del *tráfico ilegal* de los mismos, sin embargo, para que pudiera darse tal figura se necesitaría de la intervención en coparticipación de muchas personas; tales como cirujanos en diversas especialidades, transportadores, vendedores, propietarios o administradores de un hospital o clínica en donde se pudieran realizar tales actividades, congeladores y aparatos para conservar en condiciones óptimas los órganos, etc.

Sin embargo, dicho tráfico, no podría pasar desapercibido en nuestras distintas dependencias tanto de salud, como a la autoridad judicial misma.

La inquietud por investigar esta problemática, me llevó a realizar entrevistas a personas de diferentes instituciones de salud, las que, si bien me orientaron en el desarrollo del tema, también con sus opiniones y diversos puntos de vista los médicos facultativos, dan pauta a pensar que hay algo más allá, de la simple disposición legal de órganos y tejidos de cadáveres de seres humanos, pues se requiere llenar una serie de requisitos, así como otorgar, sobre todo, el consentimiento del donante. Esto en caso de no realizarse conforme a la norma, trae como consecuencia el encuadramiento de una conducta ilícita en tipos establecidos en el Código Penal.

Por ello es importante que antes de adentrarnos en el tema, analicemos algunos antecedentes, con lo que se tratará de dar un panorama de la normatividad existente respecto a la protección legal del cuerpo a través del tiempo, así como el contenido de la protección y efectos en el ser humano, desde que es concebido hasta su muerte.

Por lógica, se hará un profundo análisis de la reglamentación que en la actualidad existe en lo que se refiere a los trasplantes de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

CAPITULO I

MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL CUERPO.

MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL CUERPO.

La persona humana poseedora de su dignidad única, es el punto de referencia natural donde se constituye la teoría de los derechos humanos. Por ello, el Estado y la Ley deben protegerla en todo momento y garantizar sus derechos fundamentales.

La finalidad del derecho es regular la conducta externa del individuo para así garantizar la armonía social en la que vive. El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular algunas fases del comportamiento del hombre en sociedad.

El crimen nace con el hombre, cuando todavía no existía un orden jurídico ni una sociedad organizada, ya las conductas antisociales se manifestaban en su más rudimentaria forma, al inferir daño tanto a personas como a bienes ajenos. El hombre aún no articulaba palabras pero ya desarrollaba conductas que afectaban a otros y de ahí la necesidad de regular las conductas delictivas que a través del tiempo se han multiplicado y para fortalecimiento de la sociedad, ahora, los ordenamientos penales de todos los países tienen contemplados y señalan castigos para lograr el orden y la convivencia pacífica.

Por ello, el derecho penal se ha definido como el conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente, a la pena o la medida de seguridad, y a las víctimas, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley. El derecho penal entonces, pretende preservar un equilibrio que dé seguridad a los miembros de la sociedad.

I.1- ANTECEDENTES

De entre los antecedentes del Derecho Penal en México se puede destacar:

A) El Derecho Precortesiano.-

Donde antes de la conquista, debido a la religiosidad y severa educación imperante, el crimen era un fenómeno poco común y el castigo riguroso, el derecho penal podría decirse que estaba ligado íntimamente a los conceptos religiosos, animados por la idea de la defensa de la religiosidad y de la sociedad, por medio de la amenaza y la severidad de las penas.

Sólo habré de referirme al derecho penal de los Aztecas y de los Mayas, en tanto que los demás pueblos prehispánicos tienen un derecho penal análogo al de aquéllos.

Los delitos podrían clasificarse, en orden jerárquico, de la siguiente forma:

- Contra la vida (homicidio, lesiones, aborto);
- Contra la familia (adulterio, despilfarro de los bienes familiares);
- Contra la sociedad y la religión (incesto, violación, homosexualismo, embriaguez);
- Contra la propiedad;
- Contra el Rey y el Estado.

Para la civilización azteca, la vida era un aspecto fundamental que merecía una máxima protección y es por ello que entre los delitos principales se encontraban el símil del homicidio, el aborto y el peculado, castigándose sólo los delitos intencionales y entre las penas principales, estaban la muerte (aplicada abundantemente), la hoguera, el degüello, el encarcelamiento y las penas corporales. Cada caso tenía su ley y la pena máxima era la muerte:

"...los aztecas conocieron la diferencia entre los delitos culposos y dolosos, las circunstancias agravantes y atenuantes de la pena, la excluyente de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía, figuras que se encuentran vigentes en el derecho penal mexicano.¹

Los mayas tenían una legislación consuetudinaria, donde los delitos principales eran el homicidio, la violación, el estupro, etc., sus penas eran igualmente severas, cada caso tenía su castigo. La pena máxima era la de muerte por decapitación, machacamiento, cremación, la extracción de vísceras por el ombligo y descuartizamiento.

Como se podrá notar con estas penas se trataba de proteger la vida e integridad corporal, sin embargo las medidas establecidas eran igual de inhumanas a los ilícitos que se cometían.

B) Época Colonial

El delito se define como ataque primordialmente a las normas de la religión y sólo en segundo término a los intereses particulares, a la sociedad o al Estado.

¹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 19ª ed., México, Porrúa, 1984. Pág. 43.

Las Audiencias y los Ayuntamientos se regían por la legislación virreinal, la recopilación de las leyes de indias y otras.

Bastaba una denuncia anónima para formar un juicio inquisitorio y la confesión bajo tormento era prueba suficiente para la condena. El Conde de Revillagigedo dispuso que no se ejecutaran sentencias de muerte, ni se aplicarían penas infamantes sin que antes fuesen confirmadas por el Virrey. Las penas habitualmente impuestas por los tribunales coloniales eran la multa, la confiscación de bienes, la cárcel, el destierro, la proscripción y la pena capital. El sistema penal colonial se basaba en concepciones morales de la responsabilidad y culpabilidad.

C) Época Independiente

Al iniciar la independencia, surgió la necesidad de contar con una legislación nueva, propia del pueblo mexicano:

"Hasta 1857 no existen bases fundamentales sobre las cuales edificar el propio derecho penal mexicano, caracterizándose hasta entonces el régimen represivo, por una verdadera anarquía, en cuanto a las disposiciones de fondo, pues ya una mayor parte de las dictaduras se refieren al procedimiento y a la jurisdicción para activar los procesos y hacer más efectivas las penas ante el creciente aumento de la criminalidad."²

² JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de derecho penal, t. I. 2ª ed., Buenos Aires. Lozada. Pág. 1241

Las nuevas leyes penales fueron por regla, hijas de la lucha política (castigo de delitos contra la nación, traición a la patria, conspiración, pronunciamientos, etc.); la delincuencia fue reprimida con medidas de terror y juicios sumarísimos.

I.2.- NORMATIVIDAD DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL CUERPO A PARTIR DEL PRIMER CÓDIGO PENAL EN MÉXICO Y DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA.

La Constitución de 1857 consideró que la finalidad de toda organización política radica en los derechos humanos, tal como lo establece el artículo primero, inciso dos, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual establece:

“...el objeto de toda asociación política, es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la vida, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. El precepto constitucional añadió:

“...el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, todas las leyes y autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la Constitución.”³

³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Comentada, México, Colección Popular. 1990. pág. 2.

Por cuanto hace a la materia penal, lo más sobresaliente es la expedición de algunos códigos penales, los cuales fueron cronológicamente los siguientes:

- 1) El Código Penal del Estado de México de 1831.
- 2) El Código Penal para el Estado de Veracruz puesto en vigor en 1869.
- 3) El Código Penal de 1871, conocido también como el Código Martínez de Castro.
- 4) El Código Penal de 1929, igualmente llamado Código Almaráz.
- 5) El Código Penal de 1931, que se encuentra en vigor actualmente.

La vida del hombre y su derecho a la misma - y a que no sea puesta en peligro, por consumación y/o tentativa - es un derecho natural. El código penal de ayer y de hoy, lo tutelan a través de la prohibición que entraña el tipo sancionado con una de las más intensas penas; los bienes o intereses jurídicos que más significación tienen dentro de su concepción, son los del hombre mismo, los del individuo, ya que es una verdad evidente que sin la vida no se puede disfrutar de ningún otro bien.

1) El Código Penal del Estado de México de 1831, en su exposición de motivos manifestaba que a consecuencia del afán del juez y del ciudadano, en hallar la norma segura a su conducta y la firme garantía de sus derechos; (derechos entre los cuales se encuentra el de la vida), y por subsanar los defectos de la ley que en el momento rigen, era necesario el crear un nuevo marco legal. Dicho código penal en su segunda parte, titulada "*Delitos contra los particulares*", en su Capítulo Primero establecía los delitos contra la existencia y la seguridad de las personas, contemplando las figuras del homicidio, el envenenamiento, la castración, el aborto, la mutilación maliciosa, el incendio para matar, las heridas y el ultraje de obra, la riña, las peleas, los desafíos y la violación de sepulcros.

2) El Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835 influido poderosamente por el Código Español de 1822, ya protegía a la vida en su tercera parte denominada "*De los delitos contra los particulares*" y en su Título Primero contenía el apartado "*De los delitos contra las personas*" los cuales eran el

homicidio, el suicidio y los delitos que con éstos se equiparaban, regulados en 44 artículos.

El bien jurídico tutelado era el de la vida, como bien protegido de mayor jerarquía; la pena aplicable al que matara a otra persona, la sedujera u obligara a suicidarse, era la pena de muerte, considerada pena capital. Así en su artículo 543 establecía:

"El que mate a otra persona con premeditación, sufrirá la pena de muerte."

En los artículos subsecuentes, se da la definición y penalidad aplicable al parricidio, al homicidio sin premeditación, al homicidio cometido en riña, al desafío y al aborto, marcando las excluyentes de responsabilidad, así como las agravantes y atenuantes para cada uno de éstos hechos delictivos.

Castigaba con pena de muerte a la persona que cometiera un homicidio premeditado o incendiara con ánimo dañado, habitaciones donde hubiera gente.

⁴Equiparaba al homicidio con los actos de hacer a una persona inhábil para la generación, enloquecerla y privarla de la vista.

Tutelaba la integridad corporal al comprender en su sección segunda el capítulo *"De las heridas y demás delitos que tienen relación con éste"* donde su artículo 574 establecía:

⁴ PALACIOS VARGAS, Ramón, Delitos contra la vida y la integridad corporal México Trillas, 1990, pág. 136.

"Siempre que alguno diera a otro alguna herida, golpe o contusión, que se calificare mortal por su esencia, aguardará para sentenciarse el éxito (sic) de la curación. Si resultare la muerte del herido, se tendrá al herido como homicida, y quedará sujeto a las disposiciones de la sección precedente."⁵

Los preceptos posteriores señalaban tanto las agravantes como las atenuantes de éste hecho punible, así como las excluyentes de responsabilidad.

3) El Código Penal de 1871 para el Distrito y Territorios Federales.-

En ciertos aspectos es una adaptación del Código Penal Español de 1870, pero incorpora las ideas fundamentales de la Constitución de 1857. Es éste, el primer Código Penal Federal, como su arquetipo español:

"...se fundamenta conjugando la justicia absoluta y la utilidad social, estableciendo como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad."⁶

⁵ Ibid, pág 141.

⁶ JIMÉNEZ DE ASUA, op. cit., pág. 1242

Martínez de Castro argumentaba en la exposición de motivos para este ordenamiento, que el Estado de anarquía en el cual se vivió por largo tiempo, donde se sembró la desconfianza entre los ciudadanos y con lo cual se han roto los vínculos sociales por el aislamiento existente, en tanto que, cada uno pensaba en su interés privado desatendiendo el bien general; dando como consecuencia el que la seguridad pública no pudiera afianzarse, y como toda esta situación operaba, era necesario que el legislador declarará que existía la obligación de cooperar con el restablecimiento de la seguridad pública, contribuyéndose así al interés general, castigándose de esta forma al que no la cumpliera.

Dicho código penal establecía una variante importante al manifestar:

"La prisión aplicada con las convenientes condiciones, es la única que cumple con los requisitos de ser aflictiva, ejemplar y correccional, en tanto que con ella se alcanza el fin único con que las penas se imponen; el de evitar que se repitan los delitos que con ella se castigan. En efecto, por medio de la intimidación se alejará a todos del sendero del crimen."⁷

Se formuló una tabla de probabilidades de vida para efectos de la reparación del daño por homicidio; así, manifestaban en dicha exposición que el daño sería una de las bases de la penalidad, en tanto que en todo delito hay dos violaciones y dos elementos que lo forman: la violación de un deber que tiene el delincuente y la violación de un derecho del ofendido.

"Uno de los delitos más graves, es aquel donde se infiere un agravio a las

⁷ INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES (INACIPE). Legislación penal mexicana. t.I, México. 1979. pág. 337

personas y se ofende a la sociedad, por lo que los delitos deben atender al mal que causen, por lo tanto las penas deben ser correccionales y ejemplares, ya que la corrección moral obra sobre el individuo y el ejemplo obra en toda la masa de la sociedad."⁸

El Código Penal de 1871 para el Distrito y Territorios Federales, en su Título Segundo denominado "*De los delitos contra las personas*", en su Capítulo Primero protegía la integridad corporal, en tanto que castigaba a las personas que causaran lesión alguna a otra persona con golpes, bofetadas, latigazos, etc. Daba el concepto de riña, considerando tanto las circunstancias del ofensor como del ofendido.

En su Capítulo Segundo "*De las lesiones*" definía a éstas como:

"Se comprenden, no solamente las heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones y quemaduras, 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."⁹

Castigaba las lesiones que no pusieran ni pudieran poner en peligro la vida y la penalidad era mayor para aquellas, donde en el ofendido quedase una

⁸ Ibid, pág 354

⁹ PALACIOS VARGAS. op cit, pág.. 149.

simple cicatriz en la cara siendo ésta perpetua y notable, perdiera la facultad de oír, se le debilitara para siempre la vista, una mano, un pie, un brazo o una pierna, el uso de la palabra, o alguna de las facultades mentales, resultara una enfermedad segura o probablemente incurable, impotencia, la inutilización completa o la pérdida de un brazo, una pierna o una mano, o cuando el ofendido quedara perpetua y notablemente deforme.

Daba en sus artículos posteriores, el concepto de las lesiones simples y calificadas, así como la penalidad, atenuantes y agravantes de ambas.

El Capítulo V, en su artículo 540 definió el concepto de homicidio:

"Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, sea cual fuere el medio del que se valga"¹⁰

Había la diferencia entre homicidio simple y calificado, asignando la penalidad para cada una de éstas figuras, atendiendo a las circunstancias y modos de ejecución.

De igual forma contenía en su mismo título, las figuras típicas del parricidio, aborto, infanticidio, del duelo y de la exposición y abandono de niños enfermos, así como el castigo aplicable para cada una de ellas.

Contenía en su artículo 569 el significado de aborto en derecho penal:

"Aborto es la extracción del producto de la concepción, y su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad."¹¹

¹⁰ Ibid, pág 153.

¹¹ Ibid, pág. 158

Definía al parricidio como:

“El homicidio de la madre, del padre o cualquier otro ascendiente del homicida, sean legítimos o naturales.”¹²

El capítulo X denominado “*Del infanticidio*” contiene el significado de éste comprendiéndolo como:

“La muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento, o dentro de las 72 horas siguientes.”¹³

Establecía las atenuantes y agravantes para éstos delitos. La pena capital era aplicable al que cometiera homicidio ya sea ejecutado a traición, por retribución, brutal ferocidad, en camino público, dando tormento al ofendido, ensañarse con él, por envenenamiento, mediante incendio, inundación y utilizando cualquier tipo de explosivos. Dicha pena también se imponía al que cometiera parricidio intencional.

De esta forma, el Código Penal de 1871 para el Distrito y Territorios Federales, protegía la vida y la integridad personal del individuo, al agrupar en 124 artículos, delitos que afectan directamente la vida y la integridad fisiológica de las personas.

4) El Código Penal de 1929, en su exposición de motivos indicaba que no había delitos sino delincuentes y el propósito esencial era la defensa de la sociedad (no importaba tanto el castigo del delincuente como el mejoramiento del ambiente social), se argumentaba:

¹² Loc. cit

¹³ Ibid pág 170

“Es el primer cuerpo de leyes en el mundo que inicia la lucha consciente contra el delito a base de la defensa social e individualización de las sanciones.”¹⁴

La comisión redactora manifestaba que no le interesaban los actos, sino los hombres, puesto que desde cualquier punto de vista era la sanción sobre el criminal la única útil, la única justa y la única científica. Los comisionados trataron de concebir el delito como:

“... un acto social que daña al hombre y a los agregados sociales, reconocidos expresa o implícitamente por la ley fundamental en cualquiera de sus valores esenciales reconocidos por la misma ley como derechos, y en tal forma, que el daño no pueda ser reparado por la sanción civil.”¹⁵

El código, era un código para los delitos y se proponía la defensa social, en tanto que el objeto de las sanciones era, según la comisión redactora:

“...prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, aplicando a cada tipo criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y la defensa social exijan.”¹⁶

¹⁴ JIMÉNEZ DE ASUA. op. cit., pág. 1244

¹⁵ Ibid, pág. 1245.

¹⁶ Loc. Cit

Las sanciones aplicables son: extrañamiento, apercibimiento, caución de no ofender, multa, arresto, confinamiento, segregación y relegación. Es importante destacar que la pena de muerte no figura en dicho código.

El Código Penal de 1929 amparaba la vida así como la integridad corporal al clasificar en 88 artículos, los hechos delictivos que afectaban la vida del individuo y su integridad física.

El Título Decimoséptimo llamado "*De los delitos contra la vida*", tomó la mayoría de los tipos legales que clasificaba el Código Penal de 1871 en su Título Segundo "*De los delitos contra las Personas cometidos por particulares*" es por ello, que sólo consideraremos las variantes más sobresalientes que son de interés a nuestro tema de estudio.

El Código Penal de 1929 suprimía los delitos de golpes y violencias físicas simples que no causaran lesión alguna, abrogaba el concepto de riña y la figura típica del duelo.

Dicho código refería que no se podría considerar como mortal una lesión sino cuando se verificará que la muerte se debió a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano o los órganos interesados, a alguna de sus consecuencias inmediatas, o a alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios; o que la muerte se verifique antes de dictada la sentencia. El código anterior mencionaba para ello; que la lesión produzca por sí sola y directamente la muerte, o que aún cuando ésta resultara de una causa distinta, la causa se haya desarrollado por la lesión o efecto necesario o inmediato de ella o que la muerte se verificara antes de que transcurrieran sesenta días contados desde la aprehensión del acusado.

Cambia el término de homicidio frustrado utilizado en el Código Martínez de Castro, por el concepto de tentativa de homicidio.

El Código Almaráz, al igual que el anterior Código (Martínez de Castro), castigaba al que diera muerte a otro con voluntad de éste y con su orden o cuando solamente lo provocara al suicidio o le proporcionara a aquél, los medios para

ejecutarlo. El Código de 1929 introducía algo nuevo al expresar que si el occiso o suicida fueran menores de edad o padecieran alguna forma de enajenación mental, se aplicaría al instigador las sanciones señaladas para el homicidio calificado.

El concepto de aborto sólo tiene algunas variantes en su parte última al establecer que aborto es la extracción... sea cual fuere la época de la preñez, con objeto de interrumpir la vida del producto.

Establece una nueva figura típica denominada Filicidio:

"Es el homicidio causado por los padres,
en las personas de alguno de sus hijos"¹⁷

Para la mayoría de éstos delitos, lo único que cambia del código anterior son las sanciones aplicables para cada uno de ellos.

En cuanto hace al Título *De los delitos contra la vida,* utilizado en este Código de 1929 existen variadas opiniones acerca del nombre designado, en tanto que existen incongruencia en su capítulo de lesiones:

"En tanto que las heridas no van contra la existencia sino contra la integridad física del ofendido, debió llamarse el Título antedicho: *Delitos contra la vida y la integridad corporal.*"¹⁸

De igual forma, Francisco González de la Vega dice:

"La denominación empleada para éste título es equivocada, en tanto que puede decirse que las lesiones y la exposición y abandono de niños y enfermos

¹⁷ Ibid, pág 203

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASUA. op. cit., pág. 1251.

constituyan delitos contra la vida, si no suponen daño de muerte."¹⁹

5) El Código de 1931 resultó como consecuencia de la revisión total del código anterior, que ordenara el entonces presidente Emilio Portes Gil. Dicho código establecía en su exposición de motivos:

"No hay delincuentes, sino hombres. El delito es principalmente resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario, se justifica por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etcétera, pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y orden. La sanción penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito."²⁰

Dicho código liquidó definitivamente la pena como venganza o sanción expiatoria, para poner en su lugar la sanción correctiva y la individualización de la pena. Fijó conceptos generales para evitar el casuismo y estableció grados de delito y de responsabilidad.

¹⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA . Francisco. Derecho penal mexicano: Los delitos. 25ª ed, México. 1992, pág. 3,4

²⁰ JIMÉNEZ DE ASUA, op. cit, pág. 1252

El Código Penal de 1931 hasta ahora vigente, al igual que sus antecesores protege, tanto la vida como la integridad física del individuo al agrupar en su Título Decimonoveno "*Los delitos contra la vida y la integridad corporal.*"

El concepto de lesiones es el mismo que el de el anterior código. Sanciona severamente al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una pierna, o de un pie, o de cualquier otro órgano, cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con alguna enfermedad incorregible. Castiga igualmente al que como consecuencia de haber inferido alguna lesión, provoque como resultado en el sujeto pasivo, incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista, del habla o de las funciones sexuales.

El concepto de homicidio es el mismo que el utilizado en el Código de 1929, y sólo presenta algunas variantes para considerar a una lesión como mortal:

- I.- Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, a alguna de sus consecuencias inmediatas o a alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse ya sea por ser incurable, ya por no tenerse al alcance los recursos necesarios;
- II.- Que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta días contados desde que fue lesionado.²¹

²¹ PALACIOS VARGAS, op.cit., Pag 212

En lo tocante al concepto de aborto, éste cambia totalmente ya que el artículo 329 menciona:

“Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.”²²

Respecto al capítulo empleado por la legislación vigente, en lo que se refiere al abandono de personas, el jurista Porte Petit dice:

“...es necesario admitir que su clasificación dentro de los delitos contra la vida y la integridad corporal no resiste un análisis crítico pues se sanciona legalmente aún en los casos en que como consecuencia del mismo, no se registre ninguna alteración de la salud no sobrevenga el daño de muerte”.²³

De ésta forma, el Código Penal ha venido tutelando la vida y la integridad física del ser humano, al agrupar en sus títulos correspondientes: “*Los delitos contra la vida y la integridad corporal*”.

A partir de 1970, se protege la integridad del individuo a través de otras leyes como el Código Sanitario de 1973, el Reglamento Federal para Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres Humanos de 1976 y la Ley General de Salud de 1984 y su respectivo Reglamento.

6).- La Ley General de Salud.- promulgada el 7 de febrero de 1984, tiene como objeto el de reglamentar el tercer párrafo del artículo 4º constitucional; en el cual se consagró como norma constitucional el derecho a la protección de la

²² *ibid.*, pag. 217.

²³ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal. 9ª ed., México. Porrúa, 1997 pag. 2.

salud (3 de febrero de 1983), y de entre los propósitos que ha establecido éste derecho se encuentran:

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

2° Prolongar la calidad de vida de los sectores sociales;

3° Crear y extender, en lo posible, toda clase de aptitudes solidarias y responsables de la población, tanto en la prevención y conservación de la salud, como en el mejoramiento y restauración de las condiciones generales de vida.

Estos no son todos los propósitos que establece, pero sí los más importantes que a mi juicio interesan al tema que se desarrolla.

Según el artículo segundo de la referida ley:

"El derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:

I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de vida humana."²⁴

En materia de salubridad general tiene como finalidad la atención médica preferentemente en beneficio de grupos vulnerables, la atención materno infantil, la planificación familiar, la salud mental, la prevención de la invalidez y la rehabilitación de los inválidos, la asistencia social, el programa contra el

²⁴ LEY GENERAL DE SALUD 8ª ed. México, Porrúa 1994, pg 1.

tabaquismo, alcoholismo, la farmaco-dependencia, el control sanitario de productos y servicios, el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos, etcétera.

El Título III de la "Prestación de los servicios de salud" en su artículo 23 menciona que para efectos de la referida ley, se entiende por Servicios de Salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y la colectividad.

Para efectos del derecho a la protección de la salud, son considerados Servicios Básicos de Salud: los referentes a la educación para la salud, la prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, las no transmisibles más frecuentes y de accidentes, la atención médica que comprende actividades preventivas, curativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias, la atención materno infantil, la planificación familiar, la disposición de medicamentos y otros insumos esenciales.

El artículo 31 establece que se entiende por atención médica, al conjunto de servicios que se proporcionan al individuo a fin de proteger, promover y restaurar su salud (preventivas, curativas y de rehabilitación e invalidades físicas o mentales).

En lo que corresponde a la atención materno infantil, tiene un carácter prioritario y comprende la atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio, la atención del niño y vigilancia de su crecimiento y desarrollo, incluyendo la promoción de vacunación y del bienestar familiar.

El artículo 63 establece que la protección de la salud física y mental de los menores es una responsabilidad que comparten los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad sobre ellos.

En lo tocante a los servicios de planeación familiar, el artículo 67 menciona que quienes practiquen esterilización sin la voluntad de la paciente o ejerzan presión para que ésta lo acepte, serán sancionados independientemente de la

responsabilidad penal en que incurran (es oportuno recordar que estas conductas ya eran sancionadas en derecho precolombino).

La prevención de enfermedades mentales se basa en el conocimiento de los factores que afecten la salud mental, las causas de alteraciones de la conducta, los métodos, prevención y control de las enfermedades mentales, así como otros relacionados con la salud mental. La atención de personas con padecimientos mentales comprende la rehabilitación psiquiátrica de enfermos mentales crónicos, deficientes mentales, alcohólicos y de personas que usen habitualmente estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

La educación para la salud tiene por objeto fomentar en la población, el desarrollo de actividades y conductas que le permitan participar en la prevención de enfermedades individuales y colectivas, accidentes y protegerse de los riesgos que pongan en peligro la salud. Las autoridades sanitarias establecerán las formas, tomarán las medidas y realizarán las actividades tendientes a la protección de la salud humana ante los riesgos y daños dependientes de las condiciones del ambiente.

La Secretaría de Salud dictará normas técnicas para la prevención y control de enfermedades y accidentes, sin perjuicio de lo establecido por las leyes laborales en materia de riesgos de trabajo.

Se mencionan como enfermedades transmisibles entre otras, el cólera, la tuberculosis, la rabia, la fiebre amarilla, el paludismo, la tifo, la lepra, el SIDA, etcétera, por lo que se hace necesario el informar a la Secretaría de Salud de los casos que se presenten, imponiendo un aislamiento estricto.

Se entiende por accidente según ésta ley, el hecho súbito que ocasione daños a la salud y que se produzca por la concurrencia de condiciones potencialmente previsibles.

La asistencia social, prevención y rehabilitamiento de invalidez, es el conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social de aquellos factores que impidan al individuo su desarrollo integral, así como la protección física, mental y social de personas en estado de necesidad, desprotegidos o con desventajas físicas y mentales hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

El Consejo Nacional Contra las Adicciones tiene por objeto promover y apoyar las acciones de los sectores públicos, social y privado tendientes a la prevención y combate de los problemas de salud pública causados por adicciones (programa-contra el tabaquismo, contra el alcoholismo, y abuso de estas bebidas, la farmaco-dependencia, estupefacientes y psicotrópicos).

El Título Decimocuarto establece el control sanitario de Disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos que compete a la Secretaría de Salud. En tanto que los avances científicos han logrado que los trasplantes de órganos y tejidos en seres humanos, representen un medio terapéutico; a veces único para conservar la vida y la salud de las personas, la Ley General de Salud estableció las bases legales conforme deba llevarse a cabo el de éstos.

Es de esa forma, como la Ley General de Salud protege la vida y la integridad corporal de las personas, proporcionando servicios de salud a toda la población, con atención prioritaria de los problemas sanitarios y de las situaciones que puedan causar o causen algún daño en la salud

CAPITULO II

DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL INDIVIDUO.

DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL INDIVIDUO.

En toda sociedad humana es necesario la existencia de normas jurídicas que regulen las relaciones sociales y den protección a los individuos; de aquí, la necesidad de los hombres en crear sus propias normas.

Si partimos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, considerada como la base de todo ordenamiento jurídico, tenemos que en su primera parte, que va del artículo 1 al 28, se establecen las garantías del individuo o del gobernado; en la que se consagra la protección del individuo. Por ello es importante señalar el concepto jurídico de Protección y Persona Jurídica:

"La expresión Protección, deriva de la voz latina Protección que alude a la acción y efecto de proteger y Protegeré derivado del verbo latino Protegeré que significa: Amparar, favorecer, defender. El concepto de Persona Jurídica tiene una larga y complicada historia, es el fruto de una lenta y fatigosa elaboración conceptual, en la cual se refleja toda la historia de la dogmática y la experiencia jurídica. En la actualidad "persona jurídica" es un término altamente técnico

con el cual los juristas normalmente se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obligaciones y responsabilidades jurídicas.

En derecho, la palabra personalidad tiene varias acepciones; se utiliza para indicar la cualidad de la persona en virtud de cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos y obligaciones, esta concepción se encuentra vinculada con el concepto de persona.²⁵

También es preciso señalar que la Ley General de Salud en sus disposiciones generales, establece el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona tal reglamentando lo dispuesto por el artículo cuarto, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En cuanto a sus objetivos y finalidades del derecho a la protección de la salud, éstos están determinados en los demás artículos de la propia Ley General de Salud.

De esta manera las normas deben responder y hacerse cumplir con el propósito de dar seguridad jurídica y protección al individuo, puesto que los diversos textos jurídicos normativos otorgan derechos y obligaciones al individuo como se determina en el artículo primero de la Constitución, al establecer lo siguiente:

“Art. 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las

²⁵ INSTITUTTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario jurídico mexicano. México, Porrúa, 1979 pág. 201.

garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

Incluso, el artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal menciona que:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte "

Ahora bien, si hacemos referencia a las garantías individuales entendidas como la protección de los derechos del gobernado, Alfonso Noriega C. en su libro "La naturaleza de las garantías individuales" las considera como "Derechos Humanos" inherentes a la persona humana.²⁶

La relevancia de las garantías esta dirigida a la regulación de los derechos del individuo pero sin transgredir los derechos de los demás; ya que en caso de violar los derechos de otras personas, se le aplicará una pena o sanción de acuerdo al tipo legal en el que se encuadre.

Por lo que la libertad de ejercer nuestros derechos es una libertad limitada por los derechos de los demás individuos.

²⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 24ª ed México, Porrúa 1992, pág. 163.

II.1.- PROTECCIÓN LEGAL DEL ENTE CONCEBIDO Y EFECTOS JURÍDICOS QUE PRODUCE SU NACIMIENTO.

En nuestro sistema jurídico mexicano hay una diversidad de normas que protegen al ente concebido desde que es fecundado, entendiéndose por fecundación:

"El fenómeno por virtud del cual se fusionan los gametos femenino y masculino."²⁷

Ahora bien, siguiendo con lo establecido en el artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal se precisa esa protección al decir:

"...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

Claro que se le otorga la "Capacidad jurídica" que refiere el mismo artículo como se mencionó anteriormente, pero la personalidad la adquiere hasta su nacimiento. Además el ente concebido depende de la vida de la madre, tiempo comprendido de aproximadamente 9 meses para que se lleve a cabo el desarrollo embrionario, por lo que es preciso mencionar el significado de embrión y feto de

²⁷ QUIROZ CUARON, Alfonso. Medicina Forense. 6ª ed., México, Porrúa, 1990, pág. 408.

acuerdo a la Ley General de Salud el cual se establece en su artículo 314, fracción V y VI respectivamente:

“Embrión: El producto de la concepción hasta la decimosegunda semana de gestación.

Feto: El producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de gestación, hasta su expulsión del seno materno.”

Pero aun cuando el ente concebido depende de la madre, ya tiene una integridad corporal diferente al de la propia madre. Por ello cuando se atenta contra la vida o peligrá el ente concebido, el Código Penal sanciona a las personas que pretenden realizar el “Aborto”; hecho ilícito que se define como:

“El término proviene del latín abotus; ab partícula privativa y ortus, nacimiento. Es decir “no nacer”, también se deriva de aborire: nacer antes de tiempo o sea, indica la destrucción de un organismo antes de su diferenciación fetal.”²⁸

Como es de esperarse, el mismo Código Penal en su Capitulo VI, artículo 329 señala:

“Aborto: es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”

²⁸ Ibid., pág. 676.

Es decir, desde el punto de vista médico, el aborto viene a ser la terminación del embarazo antes de que el feto sea viable; en otras palabras, que no tenga la capacidad de sobrevivir en el medio, lo cual se desprende del concepto médico al establecer: "Viable.- Dícese del feto o recién nacido llegado a tal grado de desarrollo orgánico que es capaz de vivir fuera del útero."²⁹

En un curso dado de Medicina Forense en la Universidad Autónoma Metropolitana en la unidad Azcapotzalco, en donde participaron prestigiados ponentes, se llegó a la conclusión de clasificar al aborto de la siguiente manera:

- **Espontáneo- Patológico (ovulares- materno).**

Provocado o inducido (de acuerdo a los artículos 330, 331, 332 del Código Penal del Distrito. Federal).

A su vez el aborto provocado se divide en:

a)-Aborto terapéutico (art. 334 Código Penal para el Distrito Federal). Artículo 334.- No se aplicara sanción: Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, si siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

b)-Aborto Legal (art. 333 Código Penal para el Distrito Federal). Artículo 333.- No es posible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

²⁹ Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. 6ª ed., México, Salvat, 1992, pág. 1051.

c)-Aborto Accidental-Culposo (art. 333 Código Penal para el Distrito Federal).

Artículo 333.- No es posible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

d)-Aborto Criminal (art. 330 y 332 Código Penal para el Distrito Federal). Artículo 330.- Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuera el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión. Artículo 332.- Se impondrán de seis a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias: I.- Que no tenga mala fama.

II.- Que haya logrado ocultar su embarazo.

III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando una de las circunstancias mencionadas, se le aplicaran de uno a cinco años de prisión.

Claro que este tipo de figuras implica la posibilidad de que haya la participación de varias personas. De esta forma el Código Penal del Distrito Federal sanciona a las personas que lo practican con o sin consentimiento y a la madre que lo consiente, en este caso entrarían los tipos de aborto provocado o inducido que nosotros los encuadramos en el artículo 330 al artículo 332 del C.P.D.F.

Las excepciones que se dan y no son sancionadas serán las contempladas como Aborto Legal, Terapéutico e inclusive Aborto accidental establecidos en los artículos 333 y 334 del C.P.D.F.

También tenemos otros tipos de clasificaciones que varían como veremos a continuación:

- a) **Genérico**: Es el establecido en el artículo 329 del C.P.D.F., de los que parten los demás tipos.
- b) **Aborto provocado**: Artículo 332 del C.P.D.F., cuando la mujer embarazada realiza las maniobras abortivas. Este puede ser por dos causas:
- " Genérico.
 - " Honoris causa.
- c) **Aborto consentido**: Artículo 330 primera parte, "al que hiciere abortar a una mujer se le aplicarán de uno a tres años de prisión siempre que lo haga con consentimiento de ella. Igual se divide en:
- " Genérico.
 - " Honoris causa.
- d) **Aborto sufrido**: Artículo 330 segunda parte, "Cuando falta consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral, se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión. Se divide en:
- " Con violencia.
 - " Sin violencia.

La Licenciada Amuchategui Requena estudiosa del Derecho Penal, no esta de acuerdo en que la mujer embarazada sea sujeto pasivo del aborto, ya que lo es el producto de la concepción; por lo que la madre será víctima secundaria. Estableciendo de esta forma:

"El bien jurídico tutelado, que es la vida en gestación, sólo pertenece al producto de la concepción."³⁰

e) **Aborto Impune:** Se refiere a los abortos exentos de sanción penal; los cuales son los terapéuticos, por violación e imprudencial.

- Terapéutico: Es necesario cuando la mujer corre peligro de muerte
- Por violación: Cuando la mujer es sujeta de una conducta criminal en virtud de una coacción a su libertad sexual y al rechazo de las consecuencias de haber sido víctima de ese tipo penal.
- Imprudencial: Se refiere a la mujer que no tiene precaución o moderación en el cuidado del buen desarrollo del producto y por la falta de ello, se interrumpe ese proceso dando como resultado el aborto.

Este caso es justificado, aún cuando hay otros criterios que no lo consideran así, o que bien pudieran adherirse cuando dice:

"...que la mujer puede simular la imprudencia."³¹

³⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, Ema G. Derecho Penal. colecc. Textos Jurídicos Universitarios, México, Harla. 1993, pág. 166

³¹ Ibid, pág. 174.

Y esto para llevar a cabo la realización del aborto sin ser sancionada. De esta forma se protege la vida del ente concebido Ambas clasificaciones coinciden en establecer una bipolaridad; las que se sancionan y las que no son sancionadas (excepciones).

Para afirmar lo siguiente, el Doctor Ramón Fernando Pérez da una clasificación general de los abortos:³²

1) Espon táneos:

- “ Patológicos
- “ Accidentales
 - a) Por traumatismos.
 - b) Por intoxicaciones.
 - c) Por infecciones.

2) Provocados:

- “ Lícitos Terapéuticos (de necesidad).
 - a) Honoris causa: El embarazo es resultado de una violación.
- “ Ilícitos: Culposos-Punibles.
 - a) Por imprevisión.
 - b) Por negligencia.
 - c) Por impericia.

³² QUIROZ CUARON, Alfonso. “Los trasplantes de órganos humanos”. Criminalía, colecc. Gabriel Botas, (México, D F.), 1959, pág.

d) Por falta de reflexión o de cuidados.

~ No punibles: Cuando sea la propia mujer embarazada la que se provoque el aborto, por imprevisión (art. 333 C.P.D.F.).

3) Dolosos - Criminales:

- a) Efectuados por la propia embarazada.
- b) Por cualquier persona.
- c) Por médicos.

Por otra parte, la legislación concede derechos al ser concebido para adquirir la calidad de heredero, legatario o donatario, pero estas disposiciones tienen aplicación sólo en materia de derecho sucesorio.

Y al respecto el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 337 establece que:

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

Este artículo es importante para los efectos sucesorios, ya que en caso de donación, si se ha nacido con las condiciones de viabilidad que marca el artículo 337, el hijo póstumo del donante podría en determinados casos revocar una parte o la totalidad de la donación; en virtud de que la ley prevé la salvaguarda de bienes para la subsistencia del hijo póstumo. Si nos vamos a la herencia, tenemos que el ente concebido puede ser heredero testamentario si lo designa el testador, o en su defecto por disposición de ley.

En caso de que un feto sea presentado vivo ante el Registro Civil o por lo menos haya tenido 24 horas de vida, es decir, que nazca en condiciones idóneas, nos encontraremos ante la falta de "Capacidad Jurídica" puesto que aún cuando el artículo 22 del Código Civil establece que la capacidad se adquiere por nacimiento y se pierde por la muerte, el artículo 23 del mismo ordenamiento aclara que, la minoría de edad es considerada como una "incapacidad" dando como consecuencia una restricción a la personalidad, así podemos agregar que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

TITULO III

DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA.

DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA.

Al analizar el tema, es necesario referirnos a todos aquellos derechos que por su propia naturaleza se ligan al individuo y en consecuencia no pueden ser afectados sin quebrantar a la propia humanidad. Es por ello, que en todo el universo deben ser obligatoriamente respetados.

A continuación analizaré brevemente los derechos que considero tienen mayor relación con la persona.

III.1.- DERECHOS HUMANOS.

Todo argumento sobre el fundamento y origen de los derechos humanos debe hacer obligada referencia a la dignidad humana. Es por ello que la mayoría de las agrupaciones multinacionales se encargan de velar por las garantías mínimas que,

en atención a este sentido de dignidad humana, debe tener todo el ser humano, garantías a las cuales se les ha dado el nombre de *derechos humanos*.

Las personas, poseedoras de su dignidad única, es el punto de referencia natural desde donde se construye la teoría de los derechos humanos; *res sacra homo*. el hombre es una realidad sagrada. Por ello, el Estado y la Ley deben protegerle en todo momento y garantizar sus derechos fundamentales.

A esta categoría de derechos también se le conoce derechos del hombre, según refiere el jurista Rafael de Pina:

“... reciben esta denominación aquellos derechos que corresponden al hombre por su propia naturaleza, como fundamentales e innatos, tales como los de la propiedad, libertad, seguridad y resistencia a la opresión, formulados en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y los llamados Derechos Sociales. Estos derechos se afirman como anteriores y superiores al Estado, por lo que los gobernantes se encuentran en lo absoluto, obligados a mantenerlos, respetarlos y garantizarlos..³³

En referencia al concepto, el Dr. Andrés Serra Rojas establece:

³³ DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 17 de. México, Porrúa, 1991. pág. 241.

"El hombre en su búsqueda constante para conquistar y alcanzar una convivencia justa y decorosa ha luchado penosamente para asegurar los más nobles atributos de su personalidad, como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"³⁴

Uno de los más grandes impulsos que han tenido los derechos humanos ha sido promovido en el Derecho Internacional Público. Infinidad de tratados, convenios y resoluciones se han tomado a nivel internacional tendientes a definir, proteger y promover los derechos y libertades de la persona humana.

Al acontecer la Segunda Guerra Mundial, se configura dentro de un derecho internacional clásico una nueva rama de éste, que cada vez adquiere mayor autonomía y estructura: el derecho internacional de los derechos humanos. Esta nueva rama es un conjunto de normas y doctrinas establecidas por acuerdos intergubernamentales que promueven y protegen los derechos humanos universalmente reconocidos. Existen tres Tratados básicos sobre derechos humanos adoptados por las Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. Se estableció en la Asamblea General de Naciones Unidas celebrada en 1948 que todos los derechos humanos ahí contemplados deberían hacerse valer en todos los países del mundo y en especial en los Estados pertenecientes a dicho organismo.

³⁴ SERRA ROJAS, Andrés. "Los Derechos Humanos en el Ámbito del Derecho Internacional;". El Foro. (México, D.F.), 1970, Número especial. pág. 2

Por lo anterior se establece que los derechos humanos no son exclusivos del derecho positivo de un lugar determinado, sino que, deben ser mundialmente reconocidos de igual forma. El Profesor De la Chapelle sostiene que:

"Los derechos del hombre no pertenecen a ninguna persona, a ninguna familia espiritual, sino a la humanidad."³⁵

Es decir, los derechos humanos, como deberes naturales que son, están fuertemente vinculados a otros tantos deberes. Afirmemos que al coexistir en sociedad, por ese simple hecho, quien ahí pretenda vivir, adquiere una deuda permanente hacia tal grupo y deben comportarse fraternalmente y contribuir en todo aquello que la fortalezca como grupo social y la desarrolle armónicamente, como consecuencia, le asiste el deber de colaborar para que exista un respeto mutuo de los derechos y deberes de cada hombre.

Como titular de derechos, el ser humano es también sujeto de deberes y responsabilidades sociales. Así por ejemplo, el derecho a la vida implica el correlativo deber de conservarla y vivir sana y dignamente. Para cada derecho que tenemos entonces, existe el deber de reconocer y respetar el de los demás.

Con lo anteriormente expuesto, se puede decir que **Derechos Humanos** son el conjunto de atributos y facultades inherentes a la naturaleza de la persona humana reconocidos o no por la ley, que requiere para su pleno desarrollo personal y social.

³⁵ Ibid, pág. 25

III.1.1.- CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Impacta el entendimiento y resulta extraordinario, el amplio sentido de igualdad entre el ser humano, sin restricciones de ninguna especie por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, establecidos entre los treinta artículos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La mayoría de los preceptos establecidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, son reconocidos en las diferentes Constituciones de los países, y México no es la excepción, ya que nuestra norma suprema establece en su parte dogmática el reconocimiento a los derechos humanos, utilizando el concepto de Garantías Individuales para referirse a los mismos, solamente habré de referirme a los derechos que considero más importantes y que tienen relación con el tema que en el presente trabajo se desarrolla:

I.Derechos relativos a la vida.

El primer grupo de derechos que se analiza es el relativo a la vida. Sabemos que tal agrupamiento puede hacer pensar que en realidad cualquier clase de derechos está vinculado necesariamente a la vida. Sin embargo, podemos distinguir en este grupo, algunos derechos que tienen un carácter absoluto, como son el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, los cuales no deben ser suspendidos en ninguna circunstancia.

La vida es un derecho mínimo exigible, frente al cual ningún gobierno o grupo social debe actuar arbitrariamente. La vida es un derecho natural percibido como tal por el hombre de todos los tiempos, valorado y perfeccionado en todas las épocas. Su valor indiscutible sirve de fuente generadora de todos los restantes derechos.

1. Derecho a la vida.- Artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida..." Así, se establece que nadie está facultado para privar de la vida a un ser humano, por lo que en la actualidad existen temas en debate en relación con el derecho a la vida y entre ellos podemos mencionar el aborto, le pena de muerte y la eutanasia.

La Convención Americana sobre derechos humanos establece en su artículo 4º que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Derecho que estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser arbitrariamente privado de la vida.

2. Derecho a la integridad Personal.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, manifiesta en su artículo 5º que nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos contiene el mismo precepto y añade que en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos. De la misma manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprende que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Dentro los derechos relativos a la vida se encuentran los derechos de protección de la honra, la reputación personal a la vida privada y familiar, el derecho a la salud, de seguridad social, el derecho a la constitución y protección de la familia, entre otros.

II. Derechos relativos a la libertad e igualdad.

Los derechos relativos a la libertad consagran ciertos valores conocidos como libertades clásicas. En estos derechos se entiende, que el hombre ejerce su libertad como atributo de su voluntad; es concebida, además, como el poder o la facultad natural de autodeterminación. Pero es importante reconocer que la libertad humana siempre tiene como límites el bien común, la justicia y el respeto a la dignidad de la persona.

De entre estos derechos podemos clasificar los derechos relativos a la libertad tanto de orden personal como los de orden social.

Dentro de los derechos relativos a la libertad de orden personal podemos destacar, los que a nuestro criterio son los más importantes y que tienen relación con nuestro tema de estudio:

1. Derecho a la libertad personal.- Tal derecho se menciona como el primer precepto de la Declaración Universal de Derechos Humanos que menciona que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. De la misma manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprende en alguno de sus preceptos que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

2. Derecho de Propiedad.- El artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectivamente y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

3. Derecho a la libertad de pensamiento, expresión, de conciencia y de religión.- Todo ser humano tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, estando en facultad de cambiar dichos pensamientos o religiones y de manifestarlo libremente.

Así es que dentro de los derechos relativos a la libertad encontramos derechos tales como el de libre circulación (art. 11 de nuestra Constitución) y de residencia, el derecho al trabajo, (art. 5° Constitucional), a la libertad de creencias religiosas, a la libertad (art. 7° Constitucional) de expresión, a la educación (art. 3° Constitucional) y a la enseñanza (art. 4° Constitucional), etc.

III. Derechos relativos a la justicia.

Cabe recordar que por justicia se entiende de manera general, la virtud de dar a cada quien lo que le corresponde. Es necesario que exista siempre en las relaciones humanas, una justicia equilibradora de las exigencias individuales y sociales. Hay pues, en todo tiempo un deber de respetar a los demás y de reconocer sus derechos, impuestos por los reclamos de la justicia.

1. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.- El artículo 6° de la Declaración de los Derechos Humanos comprende que todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

En los tratados internacionales suscritos por México en esta materia, se convino en que todos los ciudadanos gozarán de sus derechos sin que exista restricción alguna en razón de su raza, credo, profesión, edad, etc., Art. 1° Constitucional.

2. Derecho a la seguridad social.- Toda persona tiene derecho a una ayuda por parte del Estado, para satisfacer las necesidades económicas, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, Art. 4° de la Carta Magna.

Existen también dentro de estos derechos relativos a la justicia, los derechos de igualdad ante la ley, el derecho a las garantías judiciales, a la protección judicial, etc. Artículos 14 y 16 Constitucionales.

La mayoría de las disposiciones establecidas por la Organización de las Naciones Unidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se encuentran comprendidas en nuestra Constitución.

3.2.- DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Me propongo analizar las facultades reconocidas a la persona y que de igual manera van íntimamente ligadas a ella. Facultades que a diferencia de las anteriores (derechos humanos), pertenecen al derecho positivo de cada país en particular, y por tanto son diferentes en cada lugar y época.

Los llamados derechos de la personalidad han sido definidos por Kummer Gert, de la siguiente forma:

"Los derechos subjetivos cuyo objeto lo integran los atributos esenciales de la persona, cuyo fundamento se encuentra en la personalidad misma y que además garantiza a la persona el goce de las facultades físicas y espirituales, como modos de ser del individuo y como condiciones básicas de la existencia y la actividad de la personalidad"³⁶

La mayoría de los tratadistas concluyen que dichos derechos deberán ser tratados en el campo civil.

Estos derechos no son nuevos ya que en épocas pasadas ya se habían tratado en forma aislada; por ejemplo, en el Derecho Romano existió el llamado "*protestas in se ipsum*" o "*ius in corpus*", es decir potestad sobre él mismo o derecho sobre el cuerpo.

Para Ferrara los derechos de la personalidad son:

" Los que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío

³⁶ KUMMERO GERT, Perfiles Jurídicos de los trasplantes en seres humanos. Facultad de Derecho, Centro de Jurisprudencia. Inv. 4, Mérida - Venezuela, 1969 pág. 13.

de su persona, la actuación de las propias fuerzas físicas y espirituales.”³⁷

Degni manifiesta que los derechos de la personalidad son:

“...aquellos derechos subjetivos particulares, que encuentran también su fundamento en la personalidad, que se dirigen a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y el espíritu, atributos esenciales de la misma naturaleza humana, condiciones fundamentales de su existencia y de su actividad.”³⁸

Castro Bravo dice que son aquellos derechos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades.

Joaquín Díez estudioso profesor español de estos derechos opina que son:

“Aquellos cuyo contenido especial consiste en regular las diversas proyecciones psíquicas o físicas de la persona misma”³⁹

El Profesor de la materia de Derecho en la U.N.A.M. Gutiérrez y González conceptúa dicha definición al decir que son:

³⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio. 2ª ed. México, Cajiga, 1979. pág. 742.

³⁸ Loc. cit

³⁹ Loc. cit.

"...los bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas y psíquicas del ser humano, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho que son individualizados por ordenamiento jurídico."⁴⁰

Gangy dice:

"Los derechos de la personalidad garantizan a la persona el goce de las facultades físicas y espirituales, como modos de ser del individuo y como condiciones básicas de la existencia y de la actividad personal"⁴¹.

Con todas estas consideraciones, se puede concluir que los derechos de la personalidad protegen el aspecto moral y afectivo de los atributos de la personalidad, derechos que no pueden formar parte del patrimonio común, toda vez que estos derechos no son apreciables en dinero, pero que no obstante a ello, pueden producir consecuencias o aspectos de carácter económico al afectarlos o aún al transmitirlos si el derecho vigente lo admite. Podría también considerarse que el objeto de dichos derechos son atributos de la persona, sus diversas condiciones, facultades psíquicas o físicas e incluso parte del propio cuerpo humano y la totalidad de éste, después de su muerte.

⁴⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. op. cit. pág. 745

⁴¹ KUMMERO, GERT. Loc. cit.

Aunque me referiré de una forma más amplia a la parte físico-somática de los derechos de la personalidad, expondré brevemente la clasificación o división de dichos derechos, a la cual hace referencia el Lic. Ernesto Gutiérrez y González

I.- PARTE SOCIAL PÚBLICA

1) Derecho al honor o reputación.

"...es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del sentimiento de estimación que la persona tiene de si misma, considerable como un sentimiento estimable"⁴²

Con esto podemos establecer que el honor y la reputación deberán coincidir de cualquier manera con lo que el derecho positivo considere como buena reputación y honra, para que pueda protegerlo.

⁴² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. op. cit, pág. 758.

El artículo 6° de nuestra Constitución Política establece el derecho a la protección de la honra, la reputación personal y a la vida privada y familiar, si bien de manera directa se refiere a la libertad de expresión, lleva también de forma indirecta una referencia que tiene dicha libertad, impuesta por el derecho a la protección de la honra, la reputación personal, a la vida privada y familiar de los otros. La Constitución mexicana no expresa este derecho en esos términos; no obstante señala que nadie tiene derecho a ejercitar su libertad en detrimento de la reputación, la buena imagen o fama de terceros. Finalmente, el código penal mexicano señala ciertos delitos a los que da lugar el uso indebido de la libertad de expresión tales como la injuria, la difamación y la calumnia.

2) Derecho al secreto o a la reserva

A toda persona se le debe respetar su libertad de intromisión o indiscriminación, ya sea en su vida privada o en su vida profesional. El artículo 16 constitucional otorga la garantía de inviolabilidad de domicilio al establecer que nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio ... sino en virtud de mandamiento escrito y fundado y motivado por autoridad competente.

3) Derecho al nombre

Signo que distingue a una persona de las demás, en sus relaciones jurídicas y sociales es también un derecho de la personalidad, es pues un derecho que tiene el hombre para su identificación exclusiva.

La importancia del derecho al nombre es clara en cuanto se traduce en el sello personal de cada ser humano, por lo que se puede hablar de un sujeto de derechos y obligaciones. La Constitución Política de México no hace mención al derecho de nombre.

Este derecho por el cual las personas se distinguen unas de otras, no ha sido expresado en la norma suprema, mientras que en algunos tratados internacionales en los cuales México ha sido parte, si se menciona. Probablemente, la explicación de esta omisión está en que se considera incluido dentro de los elementos que constituyen la personalidad jurídica del individuo.

4) Derecho a la presencia estética

Este derechos se refiere a la belleza, es decir, el ser humano puede de acuerdo a su criterio, vestirse o arreglarse de tal o cual manera. Pero este derecho tiene limitaciones en tanto que no debe atentar contra las leyes de un país, leyes sociales que deben ser respetadas en tanto que para algunos lugares puede resultar hasta inmoral la forma de vestirse o arreglarse de determinada persona.

5) Derecho de convivencia

Es este un derecho, el cual garantiza la convivencia entre gobernados y los súbditos gobernantes, viviendo y conduciéndose con un sentido de respeto para los demás.

II.- PARTE AFECTIVA

1) Derecho de afección

Es el derecho que protege los aspectos o sentimientos familiares o de amistad.

Existe un gran desacuerdo por aceptar como derechos de la personalidad a los derechos de afección.

III).- PARTE FISICOSOMATICA

No obstante que posteriormente analizaremos dichos derechos, aquí sólo los enumeraremos.

1) Derecho a la vida

Es el respeto que deben manifestar las personas a la vida de un ser humano.

2) Derecho a la libertad

Toda persona es libre, pero su libertad puede ser limitada, al grado de no afectar la libertad de otros individuos. Por ello, se puede decir que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo con las condiciones fijadas de antemano por la Constitución Política de cada Estado.

3) Derecho a la integridad física

Derecho que garantiza el respeto al cuerpo humano en contra de agresiones físicas.

4) Derechos relacionados con el cuerpo humano

Derechos que garantizan la disposición del propio cuerpo y dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

- .. Disposición total del cuerpo.
- .. Disposición sobre las partes del cuerpo

5) Derecho sobre el cadáver

Lo que trata de protegerse con esto, no es propiamente el derecho al cadáver ya que el hombre al fallecer deja de tener derechos por terminar su personalidad jurídica, sino que, se pretende proteger el destino del cuerpo después del fallecimiento, es decir, la voluntad de la persona respecto de lo que será su cadáver.

Dentro de estos derechos, se encuentran los siguientes:

- .. Del cadáver en sí.
- .. De las partes separadas del cadáver.

III.2.1.- PARTE FÍSICO-SOMÁTICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Al analizar estos derechos, nos abocaremos en especial a los que el jurista Gutiérrez y González establece respecto a ellos. Clasificándolo de la siguiente manera:

I.- Derecho a la vida.

II.- Derecho a la libertad.

III.- Derecho a la integridad física o corporal.

IV.- Derechos relacionados con el cuerpo humano:

a) **Derechos sobre la disposición total del cuerpo;**

“ Por contrato de matrimonio

“ Para fines científicos

“ Por acto heroico.

b) **Derechos de disposición sobre las partes del cuerpo;**

“ Esenciales para la vida

Disposición de partes esenciales del cuerpo

Disposición de fluidos esenciales del cuerpo

“ No esenciales para la vida.

Partes en sí, o partes ya inútiles.

Fluidos no esenciales.

“ Esenciales o no, para después de la muerte.

“ Derechos sobre el cadáver.

DERECHO A LA VIDA.

Entre los derechos de la personalidad, este derecho es considerado de mayor importancia, ya que es el bien supremo más sagrado del hombre.

Castan Tobeñas opina:

"El derecho a la vida es el bien supremo del hombre, sin el cual no cabe la existencia y el disfrute de los demás bienes."⁴³

Al respecto, Gutiérrez y González establece:

"El derecho a la vida desde el punto de vista de los derechos de la personalidad, es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de desear en todos los demás miembros de la comunidad, una conducta de respeto a su subsistencia y proyección que es

⁴³ CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral, t.I vol.II
".Parte General", 9ª ed. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1975. pág. 358

sancionada por el ordenamiento
jurídico.”⁴⁴

El derecho a la vida, como derecho supremo también se encuentra compilado en los derechos humanos, así, la Declaración Universal de los derechos Humanos establece en su artículo 3° que todo individuo tiene derecho a la vida.

El primer derecho que la norma constitucional debe garantizar es el relativo a la vida, de éste se derivan todos los demás. La Constitución Política de México no dedica un artículo especial a su consagración y regulación jurídica. No obstante, este derecho protegido por el artículo 14 (Nadie podrá ser privado de la vida... sino mediante juicio ante...) entre otros, lo hace de manera indirecta sobre el valor de la vida humana en todas sus etapas, por lo que ni el Estado ni ningún otro grupo, puede privar injustamente de la vida a las personas.

Como ya lo señalamos anteriormente, temas en debate y posturas diferentes sobre ellos son los relacionados con el aborto, la pena de muerte y la eutanasia por estar íntimamente ligados con el derecho a la vida.

Respecto al primer tema, la Constitución menciona en su artículo 4° solamente el derecho que asiste a la pareja de decidir de manera libre, responsablemente e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, y agrega que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. Remitiendo su reglamentación a disposiciones del Código Civil al establecer en su artículo 22 que

⁴⁴GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. op. cit, pág. 842.

desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley, y a determinaciones del Código Penal donde se establece que el aborto es considerado como delito, salvo algunas excepciones (casos en los que corra peligro la madre, por violación o por imprudencia de la madre).

Actualmente existen personas o grupos sociales y políticos que abogan por el *aborto y su legalización*, como medios para controlar la natalidad. Estas personas opinan que privar de la vida a un feto no es un crimen, al afirmar que todavía no es un ser humano. Por el contrario, quienes se pronuncian en contra del aborto dicen que el feto en el seno materno - sin importar el tiempo de gestación - es un ser humano y como tal, le asiste el derecho inalienable de vivir. Sosteniendo que, sea cual sea el origen del embarazo, se está privando de la vida a un ser humano.

Por lo que se refiere a la *pena de muerte*, aunque en México existen todavía algunas leyes que la mencionan, esta pena generalmente no se aplica. La pena de muerte sólo se podrá imponer al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, ventaja y premeditación, al incendiario, al plaguario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves de orden militar según el artículo 22 de la Constitución Política Mexicana.

Para fortuna nuestra, la pena de muerte no se encuentra establecida en nuestro Código Penal.

Tampoco se acepta legalmente, que el propio individuo, ni aún más familiares o médicos, priven de la vida al enfermo desahuciado que tenga graves sufrimientos físicos o psíquicos, en tanto que la *eutanasia* no se admite en nuestro país.

Indudablemente el hombre no puede en un momento dado, disponer de su propia vida ni de la de los demás (se sanciona penalmente a todo aquel que priva de la vida a otro). El sistema jurídico protege el bien de la vida a tal extremo que no admite la voluntad del individuo para disponer de su vida, ni que realice actividad

alguna que ponga en peligro a ésta; salvo en algunos casos, como ejemplo, cuando existe estado de guerra y se recluta a los individuos para luchar por la patria, o cuando la persona tenga que ser sometida a intervenciones quirúrgicas necesarias ampara su salud.

II.- DERECHO A LA LIBERTAD.

Según Gutiérrez y González:

“...es el bien jurídico constituido por las proyecciones físicas del ser humano, de ejercicio de una actividad individualizada por el ordenamiento jurídico de cada época y región”⁴⁵

El artículo segundo constitucional establece la prohibición de la esclavitud en México. Y ante tal disposición es necesario determinar hasta que punto se puede ser libre. Por ello es necesario mencionar lo que argumenta Gutiérrez y González:

“...sólo no se es libre, para atentar contra la libertad de los demás.”⁴⁶

Toda persona tiene derecho a gozar de su libertad personal, mientras no se vea involucrada en un hecho delictivo que amerite la pena corporal por parte del Estado. Esto lo establece el artículo 16 constitucional que da al Estado, la facultad

⁴⁵Ibid., pág. 856.

⁴⁶ Ibid., pág. 854

de afectar dicha libertad mediante el sistema penal apegándose a los requisitos que señale dicho artículo.

III.- DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA O CORPORAL.

Este derecho constituye:

"... la proyección psíquica del ser humano, constituida por la exigencia a los demás miembros de la colectividad, de respeto a su cuerpo, y que regula y sanciona el ordenamiento jurídico de cada época."⁴⁷

La Constitución mexicana regula tal derecho en su artículo 22, al disponer "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, las marcas, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie,..." La integridad personal que el estado de derecho debe garantizar a todo ser humano queda consagrada en este artículo, alcanzando a aquellas personas que por algún motivo se encuentran privadas de su libertad.

También en el campo penal, se protege al individuo en su integridad física al tipificar el delito de lesiones corporales.

IV.- DERECHO RELACIONADO CON EL CUERPO HUMANO.

⁴⁷ Ibid, pág 856

Paralelamente a los derechos a la vida, integridad corporal y libertad, se encuentran los llamados derechos a la disposición del propio cuerpo, solo que éstos han sido tratados con ciertos obstáculos morales o religiosos.

Es necesario que existan normas detalladas sobre derechos de la personalidad, ya que en ocasiones los diarios publican intervenciones de trasplantes, mutilaciones que hacen a los accidentados que fallecen, venta de sangre, etc.

Para abordar el tema es necesario determinar la naturaleza jurídica del cuerpo humano. En principio, la doctrina dominante afirma:

“El cuerpo humano vivo no es cosa, porque no es independiente frente al hombre y no puede ser éste considerado propietario de su propio cuerpo, porque falta un objeto susceptible de apropiación.”⁴⁸

La postura de la doctrina anterior es lógica, sin embargo existe otra que va más allá de la primera y es la de Antoni Jorge S. al mencionar en ella:

“Una vez separados los órganos del cuerpo humano, adquieren el carácter de cosas y pertenecen a la persona, dado que resultan de los derechos que se acuerdan a la personalidad.”⁴⁹

⁴⁸ BADANES GASSET, Ramón. “Naturaleza jurídica del cuerpo humano ” Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid España), Diciembre de 1967, año CV, N° 6, pág 713.

⁴⁹ ANTONI, Jorge S. “Los derechos de la personalidad.” Revista jurídica. (Argentina), 1971, núm. 22, pág. 27.

Del análisis de las teorías anteriores se puede decir que hasta que son separadas del cuerpo humano, sus partes pasan a ser cosas, y como tales, están en el ámbito de la apropiabilidad, por lo que son susceptibles de traficar.

Sólo consideradas las partes del cuerpo como cosas, se aprueban los actos de donación y venta, tanto de órganos humanos como de sangre.

En atención a lo anterior puedo decir, que la naturaleza jurídica del cadáver vendría también a ser cosa, toda vez que al dejar de ser persona se asemeje a la situación de los órganos separados del ser humano.

Ante esta Consideración, analizare los diferentes tipos de derechos que sobre éstos recaen.

1) Derechos sobre la disposición total del cuerpo.

Gutiérrez y González considera los siguientes:

“ Por contrato de matrimonio.

Dicho contrato implica, que entre dos personas de sexos opuestos se entenderá una entrega recíproca entre sí, en cuerpo y alma.

Con este acto, sostiene el autor que se realiza un acto de disponibilidad del cuerpo humano con limitaciones.

Considerando la definición del contrato de matrimonio en el Código Civil vigente que establece "que en dicho contrato se estipula la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizado voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente para el cumplimiento de todos los fines de la vida". Este tipo de contrato no se equipara con los actos derivados de los derechos de la personalidad y tal acuerdo tiene fines muy diferentes a los de disposición del propio cuerpo.

" Para fines científicos.

Así, puede suceder que una persona, de manera voluntaria disponga que se realicen estudios necesarios con su cuerpo, con el fin de experimentación y que esto sirva para un beneficio social.

Como ya lo mencionamos en el tema de derechos humanos, la Convención Americana sobre derechos humanos, de la cual México es parte, establece que toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad física, psíquica y moral, por lo que debe ser con la voluntad de la persona humana con la cual se va a experimentar y ésta situación es ratificada en el artículo 7° del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos al mencionar que en particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento,

" Por acto heroico.

Puede ser que el ser humano arriesgue su vida con el fin de salvar la del prójimo o la arriesgue en contra de los que atenten a su Patria.

2) Derechos de disposición sobre las partes del cuerpo.

El derecho debe ser una ciencia que cambie y se adecue a las necesidades sociales actuales, pero sin olvidar sus principios.

A consecuencia de los avances científicos, se requiere de órganos y tejidos humanos para poder llevar a cabo trasplantes, situaciones que en la actualidad son llevadas a cabo con mucha frecuencia, y que se analizará con posterioridad.

El ser humano puede disponer de las partes de su cuerpo, entre las que se encuentran:

“ Esenciales para la vida.

Sin discusión alguna, se prohíbe la transmisión de los órganos únicos y vitales del ser humano, ya que ponen en un alto riesgo la vida del donante, y dicha situación estaría en contra del supremo derecho a la vida.

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos establece que para poder realizar un trasplante de órganos único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, éste sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver.

Es aceptable la disposición de fluidos esenciales como lo es la sangre, con las limitaciones de una determinada cantidad de sangre que no ponga en peligro la vida del individuo donante.

“ No esenciales para la vida.

- Disposición de partes en sí o partes ya inútiles.

El ser humano puede disponer de las partes de su cuerpo no esenciales, como lo es el cabello, o bien, podrá disponer de las partes ya inútiles, es decir, que a él ya no le sirvan pero que si pudieran servir y funcionar en otras personas.

- Disposición de fluidos no esenciales.

Puede ser aceptada la disposición de fluidos no esenciales para el ser humano, puesto que indudablemente no ponen en peligro la vida de la persona.

Los fluidos no esenciales pueden ser la leche materna para el caso de una nodriza que requiere amamantar a un niño que no sea su hijo, o en el caso de una mujer que quiera tener un hijo y requiera el semen de un hombre para que sea fecundada por medio de la llamada inseminación artificial.

“ Disposición de partes esenciales o no, para después del fallecimiento.

Se acepta el convenio de transmisión de partes esenciales o no, para después de la muerte del titular, en tanto que no se cometería ningún hecho delictivo ya que la persona esta muerta.

“ Derechos sobre el cadáver

Para abordar dicha situación, anteriormente referí que al desprender algún órgano de una persona viva, se ha conceptualizado que éste se convierte en cosa, por lo que igualmente es de considerar que al fallecer el ente jurídico deja de ser persona y su cadáver se convierte en cosa.

Es importante mencionar lo que dice al respecto, el jurista Gutiérrez y González:

"... el derecho al cadáver, no puede en rigor corresponderle al individuo en sí, pues no puede tener derecho sobre lo que no es aún, y en el momento en el que sea cadáver, deja de tener derechos, por no ser ya, un ser humano."⁵⁰

Sobre dicha opinión, es necesario mencionar que el cadáver no puede ser propiedad de la misma persona, pero sin embargo, si el propio hombre dispone en vida de sus órganos, lógico es pensar que tiene todo el derecho a disponer en vida del destino que se le dé a su cadáver.

⁵⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. op. cit, pág. 521.

CAPITULO IV

DERECHO POST-MORTEM.

DERECHO POST-MORTEM.

El derecho es un producto de la vida humana, en su desarrollo histórico dirigido a establecer condiciones normativas, es decir, constituido por normas que dimanen del poder público creado por la misma sociedad, las cuales están dirigidas al cumplimiento de los valores establecidos en la sociedad, para la protección del hombre en sus derechos inherentes como personas.

Por lo que el hombre antes de morir tiene el derecho de decidir el destino de su cuerpo; sea parte o la totalidad de él, en los términos de la Ley General de Salud que alude:

"Art. 324.- ... para efectuar la toma de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del donante originario, ..."

De esta forma determina lo que será de sus restos después de su muerte, también con ello se da cumplimiento a los derechos sucesorios que pudieran estar sujetos a esa condición mortis causa, a través de la cual surten efectos jurídicos, tales figuras pueden ser; donación y la herencia, siendo ésta testamentaria o legítima.

Pero además se pierde la capacidad jurídica según lo establecido en el Código Civil art. 22:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte;..."

Al respecto el Doctor Xavier Palacios Macedo, al referirse a la disponibilidad de un cadáver, agrega:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por nacimiento y se pierde por muerte, los cadáveres mientras no se les adjudique una categoría jurídica especial, al dejar de ser personas se convierte en "cosas», pero

las cosas pueden estar o no en el comercio."⁵¹

Para aclarar este punto recurrimos al artículo 336 de la Ley General de Salud al establecer lo siguiente:

"Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración."

Y reforzando tal precepto, el mismo ordenamiento estatuye la prohibición de comerciar con cadáveres.

Por otra parte en una entrevista realizada a uno de los facultativos encargados de los trasplantes en el hospital "Primero de Octubre" del ISSSTE, del cual omitimos el nombre por razones de ética, éste considera que efectivamente los cadáveres, dejan de tener personalidad y se convierten en materia sin vida que tiende a la descomposición, pero que "si es importante para los fines legales que de ello se deriva."

Ahora bien, cuando Quiroz Cuarón se refiere a la restauración de las funciones cardíacas y respiratorias menciona:

"... el mantenimiento artificial de una o de ambas funciones, tenemos a una persona viviente (a lo cual llama cuando se utilizan equipos especializados esos objetos inanimados restan oportunidades

⁵¹ QUIROZ CUARON, Alfonso. "Los trasplantes de órganos humanos". Criminalia (México, D.F.), 1969, Colecc. Gabriel Botas, pág. 40.

a las personas animadas que deberían beneficiarse con el tratamiento médico".⁵²

Por lo tanto, el hecho de que el hombre al morir deje de ser persona para designarse como un objeto o cosa, no quiere decir que se dejarán de tomar en cuenta ciertas circunstancias, ya que la misma muerte genera efectos jurídicos a partir del momento de sucumbir. Y a pesar de que los cuerpos sin vida son designados con carácter de cosas, no podrán ser objeto de apropiación, aunque ello implica la posibilidad de que se infrinjan las leyes haciendo un comercio clandestino.

IV.1.- CONCEPTO DE DERECHO POST- MORTEM.

El derecho Post- Mortem es el que surtirá efectos después de la muerte, siendo uno de los principales *las sucesiones* mencionadas con anterioridad,

Cabe definir al derecho sucesorio jurídicamente como:

"El régimen jurídico procesal que regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona, a otra u otras, así como el cumplimiento de sus

⁵² *idem. Medicina Forense*, 6º ed. México, Porrúa 1990, pág. 560.

declarados en el momento en que la primera fallece.⁵³

Para comprender el concepto de derecho Post - Mortem lo desglosaré en tres partes, de esta forma tendremos para una mayor precisión:

"Derecho.- Del latín *directus*, directo; de *dirigere*, enderezar o alinear; la complejidad de esta palabra aplicable en todas las esferas de la vida, y la singularidad de constituirla fundamentalmente en esta obra y en el mundo jurídico positivo, histórico y doctrinal), aconsejan más que nunca proceder con orden y detalle.⁵⁴

Post.- Preposición latina, ya castellanizada, que origina distintas locuciones inmediatas, con el sentido de posterioridad en el tiempo y también en el espacio. Se aglutina, con características de prefijo, en esta forma o en la simplificada y más eufónica en nuestro idioma de pos.⁵⁵

⁵³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, ERNESTO. EL PATRIMONIO 2ª Edic. México, Cajica, 1979. Pág., 710.

⁵⁴ CABALLENAS., Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. t. I México, Porrúa, 55 Ibid. t. 3.

⁵⁵ibid.t.3

"Mortem.- (post- Mortem), después de la muerte. Es una referencia genérica a los actos mortis causa, a cuantos surten eficacia a partir de la muerte de una de las partes o incluso con posterioridad a su fallecimiento.⁵⁶

De lo anterior podemos resaltar que, el derecho Post - Mortem no es otra cosa que el hacer uso de todas aquellas normas o leyes para que se puedan cumplir todas las figuras jurídicas sujetas a esa condición de muerte. Que en realidad haya ausencia de la vida, para que en el caso de que se quiera disponer del cuerpo o de los órganos; no se cometan ilícitos como podrían ser el homicidio, lesiones, violación a la ley sobre inhumaciones y exhumaciones, etc.

Por lo cual es comprensible la importancia de definir al cadáver; en los términos de la Ley General de Salud:

"Art. 314.- Para efectos de este título se entiende por (...) I.- Cadáver es el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida."

Esto nos lleva al artículo 317 el cual establece que para la certificación de la pérdida de la vida, deberá de comprobarse la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I.- La ausencia completa y permanente de conciencia;
- II.- La ausencia permanente de respiración espontánea;

⁵⁶ Ibid.

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

Todo ello nos interesa, ya que pudiera darse el caso que no fuera más que una presunción de muerte o, en caso de que el individuo hubiera fallecido, no existieran, previamente, constancias para la disposición de sus órganos; de darse cualquiera de las dos situaciones estaríamos frente a figuras como el homicidio y lesiones (mismas que serán desarrolladas en el último capítulo). En caso de la no existencia de el cuerpo, tendrá que haber la certeza de que éste ha sucumbido en el desastre tal y como lo establece el artículo 124 del Código Civil, el cual considero de gran importancia, ya que así se evita el que pudiera darse el delito de fraude, en casos como por ejemplo: el cobro de un seguro, el goce de una herencia, etc.

IV.2.- PROTECCIÓN LEGAL DEL CUERPO DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO.

A pesar de que el Derecho tiene como finalidad el regular las diversas conductas en la vida del hombre, también hay normas que protegen el cuerpo después del fallecimiento. De esta forma tenemos que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 117 nos dice:

“Ninguna inhumación o cremación se hará sin autorización escrita dada por el Juez del Registro Civil quien se asegurará suficientemente del fallecimiento, con certificado expedido por médico legalmente autorizado. No se procederá a la inhumación o cremación sino hasta después de que transcurran veinticuatro horas del fallecimiento, excepto en los casos en que se ordene otra cosa por la autoridad que corresponda.

Al respecto e interpretando el Reglamento de Cementerios del Distrito Federal (R.C.D.F.), podemos decir que a lo que se refiere en su última parte el artículo arriba transcrito es que cuando los cadáveres estén conservados en refrigeración deberán ser inhumados o cremados después de extraerse de las gavetas, lo mismo deberá hacerse cuando los cuerpos presente una descomposición o bien que la espera de 24 horas pudiera traer consigo contagios peligrosos, o en cualquier tiempo con la aprobación de la autoridad sanitaria, judicial o del Ministerio Público o del Departamento del Distrito Federal; todas estas medidas de seguridad se desprenden tanto del Reglamento de Cementerios como del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario, en la parte referente a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos en la cual se recomienda la inhumación urgente como medida protectora de la salud pública (art. 108).

La inhumación también procederá de acuerdo a los términos señalados en el artículo 45 del RCDF el cual dice:

“Los cadáveres o restos humanos, deberán inhumarse, incinerarse o embalsamarse entre las doce y cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la Secretaría de Salud o por disposición del Ministerio Público o de la autoridad judicial.”

Antes de continuar con la exposición que nos ocupa, necesitamos definir algunos conceptos que se establecen tanto en la Ley General de Salud como en el Reglamento de Cementerios del Distrito Federal, los cuales son importantes para una mejor comprensión.

- Cremación.- "El proceso de incineración de un cadáver, de restos humanos áridos;
- Exhumación.-- "La extracción de un cadáver sepultado,"
- Exhumación prematura.- "La que se autoriza antes de haber transcurrido el plazo que en su caso fije la Secretaría de Salud."
- Fosa común.- "El lugar destinado para la inhumación de cadáveres y restos humanos no identificados."

- Inhumar.- "sepultar un cadáver "

- Restos Humanos.- "Las partes de un cadáver o de un cuerpo."

- Restos humanos áridos.- "La osamenta remanente de un cadáver como resultado del proceso natural de descomposición."

- Restos humanos cremados.- "Las cenizas resultantes de la cremación de un cadáver, de restos humanos o de restos humanos áridos."(estos están contenidos en el artículo 11 del Reglamento de Cementerios del Distrito Federal.).

Ahora bien el Lic. Javier Piña Palacios menciona en relación a las inhumaciones e incineraciones de cadáveres, lo siguiente:

"En materia de inhumación e incineración de cadáveres, desempeña un papel importante el médico forense, ya que no puede autorizarlas el Juez del Registro Civil sin la previa presentación del certificado médico de defunción.

Por otra parte, tanto en esos casos como en los de embalsamamiento, autopsia, conservación de cadáveres con cualquier fin, y depósito de restos sólo podrán llevarse a cabo de acuerdo con las disposiciones y requisitos, y en los establecimientos y lugares autorizados por la Secretaría de Salud."⁵⁷

Al respecto, los cadáveres de personas pueden ser de dos tipos: de Conocidos o de Desconocidos.

⁵⁷ QUIROZ CUARÓN, Op cit., pág. 7xl.

ESTA TESIS NO DEBE
QUITARSE DE LA BIBLIOTECA

De conocidos. "Aquí no hay ningún problema ya que de alguna manera todo se agiliza en virtud de que se tiene identificado al cadáver para su cremación o inhumación, o lo que se tenga que realizar.

•De desconocidos.- En este caso se envían al SEMEFO (Servicio Médico Forense) para determinar la causa de la muerte, incluso también podrán practicarle la autopsia en el SEMEFO a los conocidos cuando su muerte es en la vía pública o en su domicilio salvo las excepciones que determine la autoridad, pero en el caso de no haber familiares que pudieran reclamar el cuerpo después de realizar la necropsia; se guardará al rededor de dos semanas, claro que previamente serán tomadas sus señas, medidas, fotografías, etc. Lo que será llevado a cabo por un perito de identificación de cadáver, transcurrido el término si no es reclamado y sigue en calidad de desconocido pasará a la fosa común. Si se llegará a reclamar en este momento se tendrá que proceder conforme al art. 58 del RCDF. (Datos obtenidos directamente del SEMEFO).

El artículo 82, fracción primera, del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos tejidos y cadáveres de seres humanos establece:

“Art. 82.- Cuando las instituciones educativas obtengan, por parte del Ministerio Público, cadáveres para investigación o docencia, deberá observarse lo siguiente:

1.- Sólo podrá recibir cadáveres de personas desconocidas;...

Aunque debemos mencionar que cuando el cadáver sea reclamado en las instituciones, éstas deberán entregarlo siempre y cuando no haya transcurrido el plazo en el que es depositaria de éste.

Aunque debemos recordar que cuando los cadáveres son solicitados por instituciones educativas u hospitales, éstas deberán apegarse a lo establecido por el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal:

“Los cadáveres deberán ser siempre identificados por medio de testigos, y si esto no fuere posible, se harán fotografías;...

Los vestidos se describirán minuciosamente en la causa, y se conservarán en depósito seguro para que puedan ser presentados a los testigos de identidad.”

El Lic. Javier Piña Palacios al hablar sobre la identificación del cadáver nos dice que con frecuencia se encuentran cadáveres en la vía pública o en lugares lejanos, los que se deben identificar; por lo que intervienen los peritos médicos forenses cuyo dictamen forma parte de tales diligencias

CAPITULO V

**DISPOSICIÓN DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES
HUMANOS.**

DISPOSICIÓN DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES HUMANOS.

En esta sociedad se cuenta con óptimos resultados científicos y en la medida de los avances de la ciencia, se desarrollan actividades sociales y en esa misma medida se debe adecuar el derecho con el fin de que caminen paralelamente y no ocasionen, con la estatización de la legislación, conflictos sociales.

Al justificarse los trasplantes en seres humanos; por el éxito obtenido en las intervenciones, si médicamente es factible su realización a consecuencia de los grandes avances científicos, se debe estar actualizado en el sistema jurídico hasta ahora implantado para evitar un desequilibrio social.

México como país en desarrollo en un futuro próximo contará sin duda con los avances más recientes que la ciencia médica ponga al alcance de los grandes centros hospitalarios. Y a pesar de que existen dificultades para solucionar los problemas elementales de salud pública, es importante mencionar algunos avances que ha alcanzado la ciencia médica, entre ellos, se encuentran los trasplantes de órganos y tejidos (de entre los más destacados: el trasplante de corazón, de glándulas suprarrenales para la cura del Mal de Parkinson, de riñón, páncreas, pulmón, córneas, de hueso y cartilago, de hígado, de tejido nervioso embrionario, entre otros).

Siendo necesario que dichos eventos se acompañen de un marco legal, en este capítulo analizaremos las leyes aplicables y relacionadas al tema de trasplantes de órganos, tejidos y cadáveres humanos.

V.1.- REGLAMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRASPLANTE DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES HUMANOS.

El primer ordenamiento jurídico que reglamentó en México en lo relativo a la disposición de la sangre, fue el Reglamento de Bancos de Sangre, Servicios de Transfusión y derivados de la Sangre publicado el ocho de noviembre de 1961, que determinaba la forma de organización y funcionamiento a que debían someterse los Bancos de Sangre y Servicios de Transfusión, facultando a la anteriormente llamada

Secretaría de Salubridad y Asistencia; hoy Secretaría de Salud, a otorgar la licencia sanitaria respectiva, así como vigilar la debida aplicación de dicho ordenamiento.

Para 1967, la transfusión de sangre, el injerto de piel y diversos tejidos de estirpe mesenquimatosa y el renal ya habían conseguido que se les considerara como admitidos dentro del tratamiento quirúrgico. La Academia Mexicana de Cirugía argumentaba que los trasplantes de órganos y en especial los de pulmón, hígado, intestino delgado, páncreas y corazón se hallaban en período experimental. Indicaban que no se tenían resultados satisfactorios puesto que había principalmente un problema de carácter biológico consistente en la reacción de rechazo y que era conveniente además, poner en claro distintos aspectos aún no resueltos del problema de los trasplantes, como eran los relativos a la selección de donadores y receptores, al dictamen de muerte, problemas éticos y legales (había pocas disposiciones legales al respecto); así como la necesidad de actualizar la legislación mexicana.

“El día 13 de marzo de 1968, por dudas de carácter legal se impidió en el Hospital General del Centro Médico del Instituto Mexicano del Seguro social, el primer trasplante de corazón que se iba a realizar en México, dicha intervención tuvo que ser suspendida, porque las autoridades consideraron pertinente estudiar de manera más profunda, los aspectos legales de la cuestión”⁵⁸

El 13 de marzo de 1973 se expide el Código Sanitario, el cual en su título décimo, faculta a la Secretaría de Salubridad y Asistencia a establecer normas técnicas generales para su debida aplicación.

Con fecha 25 de octubre de 1976 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Reglamento Federal para Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres Humanos. La principal finalidad de dicho ordenamiento era la de hacer operantes las disposiciones del Código Sanitario de 1973.

⁵⁸ PALACIOS MACEDO, JAVIER. “Los Trasplantes de corazón y algunos médicos legales en México” Criminalia. (México, D.F.), 1969 num. 2, pág. 64.

Dentro de las disposiciones de mayor importancia para nuestro estudio, que se encuentran compiladas en el Reglamento Federal citado están las siguientes:

En el Capítulo Primero denominado "Disposiciones Generales" se asentaron entre otras cosas, que el reglamento sería aplicable a todo lo referente sobre disposiciones de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, con fines médicos, de investigación, científicos y de docencia. Facultando a la denominada en ese entonces Secretaria de Salubridad y Asistencia para que aplicara dicho reglamento.

En este mismo capítulo se define a la disposición como: la obtención, conservación y suministro de órganos y tejidos en seres humanos vivos o de cadáveres para fines terapéuticos, de investigación o de docencia.

El artículo 10 del Reglamento referido declara que toda donación de órganos y tejidos para trasplantes debería ser gratuita.

Por lo que se refiere al capítulo IV llamado "De las donaciones y trasplantes de órganos y tejidos", se establecen los requisitos técnicos jurídicos aplicables en sí, al acto de la donación y el trasplante. Da el concepto de donación y respecto a la donación de corazón sólo se autoriza cuando el donante hubiera fallecido. Aclaraba que toda donación de órganos y tejidos implicaba también la extracción de las partes relacionadas con ellos.

Define en su capítulo VIII al cadáver como: los restos de persona física en la que se haya comprobado la pérdida de la vida. Determinaba asimismo, que los cadáveres no podían ser objeto de apropiación o propiedad.

Finalmente, por lo que se refiere a las sanciones, el capítulo denominado "De las sanciones administrativas y su procedimiento" autoriza a la Secretaría de Salubridad y Asistencia a imponer multas, cancelar las autorizaciones, clausurar

temporal o definitivamente los establecimientos e imponer arrestos hasta por 36 horas a los que infringieran dichos preceptos.

Analizando brevemente este reglamento, se puede afirmar que contiene reglas eminentemente administrativas de carácter sanitario, y que además atentan contra los derechos de la personalidad; concretamente del derecho a la disposición del propio cuerpo.

Dicho reglamento fue derogado al igual que la Ley Sanitaria de 1973, por la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día siete de febrero de 1984 y por el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de febrero de 1985, legislaciones que más adelante analizaré.

V.1.1.- MARCO CONSTITUCIONAL.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no hace referencia directa al trasplante de órganos y tejidos, pero si protege dentro de sus garantías individuales; la vida, la integridad corporal y la salud.

Es indudable que el derecho a la vida es reconocido por todo el mundo, como el derecho mayormente protegido, pues sin él los demás no existen. Es lógica por lo tanto, la prohibición de transmitir órganos únicos y vitales de un ser humano vivo a otro, puesto que atentan contra la vida del disponente originario y la existencia del receptor, en muchas ocasiones se pone en peligro. Situaciones que transgreden el derecho a la vida.

Y aunque el artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos establece que en el trasplante de órgano único no regenerable esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver; en la gran mayoría de los trasplantes (corazón, pulmón, hígado, páncreas, riñones e intestinos), se requiere que el corazón no haya dejado de latir y esos órganos reciban

irrigación sanguínea puesto que de lo contrario son órganos inútiles para trasplantarlos.

Como ya lo hemos dicho con anterioridad y en repetidas veces, el derecho a la vida es el derecho más valioso y mayormente protegido. La Constitución estipula de manera indirecta en su artículo 14 el valor de la vida en todas sus etapas, por lo que nadie está facultado para privar de la vida a las personas estableciendo:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales..."

Nuestra Carta Magna no dedica un artículo a la consagración y regulación jurídica de la vida, tampoco en ella se contempla de manera directa el trasplante de órganos y tejidos.

Algunos trasplantes ponen en peligro la vida tanto del disponente originario como del receptor. Es por esto que se debe atender a lo que dispone el artículo 321 de la Ley General de Salud acerca de los trasplantes en seres humanos vivos, los cuales sólo podrán llevarse a cabo con fines terapéuticos cuando representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del disponente originario y del receptor.

El Doctor Ruben Argüero menciona:

"El trasplante de corazón incluye dos intervenciones quirúrgicas; una a corazón abierto para extraer e implantar el órgano, la primera intervención se realiza en el donador, por lo general

pacientes que presentan muerte cerebral, el órgano se pone inmediatamente sobre hielo permaneciendo de 2 a 5 horas máximo, antes de ser insertado en el paciente cuyo corazón enfermo ha sido extraído. Si se presenta rechazo de órgano, no se puede operar de corazón sólo están las posibilidades de vida o de muerte.”⁵⁹

El artículo 22 constitucional contempla el derecho a la integridad corporal; preservar la condición física y mental del ser humano, es la finalidad que tiene una disposición como la que establece dicho artículo:

“Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie...”

Tomando de dicho precepto, la prohibición de mutilación y entendiendo a ésta como:

“Cortar o cercenar una parte del cuerpo y más particularmente del cuerpo viviente”⁶⁰.

Y entendiendo como trasplante:

“La aplicación en una parte del cuerpo, de tejidos tomados de otra parte del mismo cuerpo o de otro cuerpo”⁶¹

⁵⁹ MARTHA ELER "De corazón a corazón". Primer trasplante en México. Información científica y tecnológica.,(México,D.F.), Agosto 1988. vol.. X,núm. 143, Pag. 4-7

⁶⁰ Diccionario Enciclopédico Salvat, vol. 9 salvat, México, 1988, Pag. 2323. Ibid, pag. 409.

⁶¹ Ibid, pág. 4009.

Se estaría violando el derecho de protección del cuerpo de la persona, al cortar un miembro, parte o partes del cuerpo para aplicarlos a otra persona, como sucede en los trasplantes de órganos y tejidos, situaciones que traen, al llevarse a cabo, consecuencias como las lesiones corporales y que precisamente el artículo 22 trata de evitar al establecer la prohibición de mutilación.

También en el campo penal, el artículo 288 del Código Penal vigente, protege al individuo contra las lesiones corporales; el artículo cuarto constitucional, refuerza el precepto legal que comprende la integridad corporal al establecer el derecho a la salud y entendiendo a ésta como el disfrute del más alto nivel del bienestar físico, mental y social.

Y precisamente la Ley General de Salud reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo cuarto constitucional y que comprende esta forma en su título décimo cuarto, el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos.

Es importante mencionar que en ocasiones, los trasplantes producen daños a la salud cuando existe la reacción de rechazo.

Para no atentar contra éstos derechos, es necesario entonces, que los resultados de las investigaciones realizadas para poder llevar a cabo un trasplante entre vivos, hayan sido satisfactorias y que representen un riesgo aceptable para la salud del donante originario y del receptor.

V.1.2.- CÓDIGO CIVIL

El Código Civil para el Distrito Federal en su Libro Primero, Título Primero, denominado "De las personas físicas" en su artículo 22 establece:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el

momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley..."

El artículo 314 de la Ley General de Salud, en su título llamado "Del control sanitario" de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos da el concepto de pre-embrión, embrión y feto, reforzando la protección establecida en el Código Civil en su artículo mencionado anteriormente.

De la misma manera, establece que cuando el consentimiento para la toma de tejidos con fines terapéuticos, provenga de una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor correspondiente estuviera en peligro de muerte y siempre que no resulte o implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción. Limitantes para el trasplante de tejidos, que ponen de manifiesto la protección del ente desde el momento en que es concebido.

La legislación, penal vigente refuerza este derecho, al contemplar en su artículo 329, la figura típica del aborto, estableciendo tanto el concepto como la penalidad aplicable en los artículos siguientes:

Dicho artículo estipula:

"Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

El Código Civil contempla que tanto la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades son restricciones a la personalidad jurídica, pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes. En atención a esto, la Ley General de Salud en su artículo 326 invalida el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces o personas que por cualquier circunstancia no puedan expresarlo libremente para poder considerarlos como disponentes originarios en los trasplantes de órganos.

El artículo 24 del Código Civil comprende que el mayor de edad, tiene facultad para disponer libremente de su persona o de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley. De ello se desprende que el ser humano puede disponer de su propio cuerpo a una determinada edad, pudiendo ser considerado como donante originario, al poder otorgar su consentimiento, para que se pueda disponer de sus órganos y tejidos.

En la actualidad, la reglamentación vigente para disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos, no utiliza el vocablo donador, sino donante originario para referirse a la persona que puede disponer con respecto a su propio cuerpo, la toma de órganos y tejidos. El Reglamento Federal para la disposición de órganos y tejidos de 1976, si utilizaba el término de donante, dando de la misma manera el concepto de donación entendiéndola como:

"...la cesión gratuita, voluntaria y revocable para quien la hizo, de un órgano o tejido hecha por una persona física, pudiendo ser afectada para que en vida se disponga del órgano o tejido o para que se tome de su cadáver después de fallecido, en cuyo caso no podrá ser revocada por los familiares, la voluntad manifestada en vida por el donante."

El Código Civil vigente manifiesta que donación es un contrato por el cual una persona transfiere a otra, gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes, y si consideramos que dentro de las características específicas de los órganos y tejidos humanos éstos son considerados como:

- a) Bienes accesorios; en tanto que en su conjunto forman la unidad llamada cuerpo.
- b) Bienes indivisibles; porque no pueden ser fraccionados sin alterar su utilidad.

Podríamos decir entonces que se trata de una donación gratuita, revocable y escrita, y así lo manifiesta aunque de manera indirecta el artículo 24 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos, al determinar que el documento en el que el disponente originario exprese su voluntad, para la disposición de sus órganos y tejidos para fines de trasplante, deberá contener el señalamiento de que por propia voluntad y a título gratuito permita dicha disposición, identificando claramente y de forma precisa el órgano o tejido, objeto del trasplante; se trata así de una donación entre vivos (disposición que se puede llevar a cabo ya sea en vida del disponente originario o para después de su muerte). Situaciones que regula el Código Civil referente a las donaciones.

La Ley General de Salud da el concepto de cadáver en su artículo 314 definiéndolo como:

"Cadáver es el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida."

Y aunque en su artículo 336 estipula que los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración, tal mandato se desvirtúa al introducir en sus preceptos el vocablo disponente secundario; cuando la disposición es una de las características principales de la propiedad y que significa:

"Determinar, mandar lo que ha de hacerse. Enajenar o gravar las cosas que nos pertenecen."⁶²

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, estipula en su artículo sexto, fracción décima, que:

"artículo 6° Para los efectos de este reglamento se entiende por: X.-

⁶² DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 17ª ed. México, Porrúa, 1991, pág. 251.

Disponente: Quien autorice, de acuerdo con la ley y este reglamento, la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres."

La Ley General de Salud, en su artículo 316 y el reglamento vigente de la materia en su artículo 13; determinan quien puede ser disponente secundario:

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

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

II.- La autoridad sanitaria competente;

III.- El Ministerio Público;

IV.- La autoridad judicial;

V.- Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

VI.- Las instituciones educativas que con respecto a ... que les sean proporcionados para investigación y docencia...;

VII.- Los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter;...»

Los cadáveres, en tanto no les atribuya una categoría jurídica especial, al dejar de ser personas se convierten en "cosas". Aunque interpretando el concepto de cadáver que menciona la Ley General de Salud, entendiéndolo como el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida; y si por cuerpo entendemos como cosa u objeto material o conjunto de partes materiales de un ser,

podríamos decir que tal ordenamiento le da la categoría de casa. Tal disposición, se refuerza con el artículo 22 que ya mencionamos con anterioridad y que establece que la capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte.

Las "cosas" pueden encontrarse o no, en el comercio, y los cadáveres, de conformidad con variadas interpretaciones que se pueden aplicar a la ley, podrían ubicarse dentro o fuera del comercio.

De conformidad con la disposición del artículo 749 del Código Civil, que menciona que están fuera del comercio por su naturaleza, las cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, pudiéramos decir que de los cadáveres puede disponer alguna persona en particular, y así lo determinan la Ley General de Salud en su artículo 316 y el Reglamento de la Ley General de salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos en su artículo 13 al establecer quienes podrán ser donantes secundarios. dichos cadáveres. se encontrarían dentro del comercio y según lo estipula el artículo 747 del Código Civil, acerca de que pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio; los cadáveres podrían ser objeto de apropiación.

Podría pensarse que esta situación traería como resultado la venta y un mercado negro de cadáveres, pero en la legislación mexicana subsisten normas, que aunque no hacen referencia directa a la probable venta de cadáveres, la previenen adecuadamente: el artículo 1830 del Código Civil determina que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, dicha venta de cadáveres sería ilícita, puesto que nadie podría negar que estaría en contra de las buenas costumbres.

Tal interpretación podría desmantelarse si consideramos lo que determina la Ley General de Salud acerca de que los cadáveres no pueden ser objeto de apropiación; entonces diríamos que por disposición de la ley, los cadáveres están fuera del comercio y por lo tanto, no pueden ser materia de apoderamiento y tomar el carácter de propiedad de un particular.

Todo depende del punto de vista que se tome para interpretar tales ordenamientos. Al abordar ambas posturas, se puede concluir que los cadáveres, no pueden estar dentro del comercio por la simple razón de que tal acto estaría en contra de las buenas costumbres y sería considerado como ilícito, ya que la Ley General de salud en su artículo 462, fracción segunda prohíbe y sanciona el comercio de cadáveres.

V.1.3.- LEY GENERAL DE SALUD.

La Ley General de Salud, como ya mencionamos anteriormente, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día siete de febrero de 1984, entrando en vigencia hasta el primero de julio del mismo año; derogando al Código Sanitario de 1973.

Dicha ley, reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo cuarto constitucional, detalla al igual que los anteriores ordenamientos, el aspecto sanitario de los actos de disposición de los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. En general, la estructura jurídica de su articulado no modifica substancialmente a la anterior legislación, sin embargo si cuenta con algunas innovaciones:

En su artículo 313 da facultad, a la Secretaría de Salud para que ésta, controle de manera directa la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y cadáveres de seres humanos.

Enumera con mayor precisión los conceptos de cadáver, células germinales, preembrión, embrión, feto, producto, órgano, tejido y destino final:

"Art. 314. Para efectos de este título se entiende por:

I. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación,

suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes, y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación;

II. Cadáver: El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida; (....)

VI. Órgano: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico,

VII. Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función;

IX. 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 pre-embrión, embrión y feto.

Distingue en sus artículos 315 y 316 entre disponente originario y disponente secundario:

Art. 315.- Es disponente originario la persona con respecto a su propio cuerpo y a los productos del mismo.

Art. 316.- Serán disponentes secundarios de acuerdo al siguiente orden de preferencia, los siguientes:

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

II. La autoridad sanitaria competente;

III. El Ministerio Público;

IV. La autoridad judicial;

V. Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

VI. Las instituciones educativas...;

VII. Los demás a quienes las disposiciones generales les confieran tal carácter...;

El artículo 317 contiene los requisitos para certificar la pérdida de la vida:

"Art. 317.- Para certificar la pérdida de la vida se comprobarán previamente los siguientes signos:

1.- La ausencia completa y permanente de conciencia;

2.- La ausencia permanente de respiración espontánea;

3.- La falta de percepción y respuesta a estímulos externos;

4.- La ausencia de reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;

5.- La atonía de todos los músculos;

6.- El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;

7.- Paro cardíaco irreversible, y

8.- Los demás que establezca el reglamento correspondiente.»

El artículo 318 menciona que para los casos de trasplantes, además de comprobarse la persistencia por seis horas de los cuatro primeros signos del artículo 317, se deberán tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

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

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

Reduce de 12 a 6 horas, el lapso en que debe comprobarse la persistencia de los signos de muerte, ya que éste, junto con el estudio electroencefalográfico, son suficientes para certificarla, favoreciendo de alguna manera los trasplantes de pulmón y corazón.

El artículo 321 estipula que para poder llevarse a cabo un trasplante con fines terapéuticos, éste sólo podrá realizarse, si los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante originario y del receptor, y la justificada del donante originario y del receptor, y la justificación para llevarlo a cabo sea de orden terapéutico.

Los artículos precedentes mencionan que la obtención de órganos o tejidos de personas vivas para trasplante, sólo podrán ejecutarse cuando no sea posible emplear órganos y tejidos obtenidos de cadáveres. Quedando prohibido realizar el trasplante de un órgano único esencial para la conservación de la vida y no regenerable, de un cuerpo humano vivo a otro cuerpo humano vivo.

Para la toma de dichos órganos y tejidos, el disponente originario deberá haber otorgado su consentimiento expreso y escrito ante notario o dos testigos, libre de toda coacción; consentimiento que podrá ser revocado por dicho disponente, sin responsabilidad de su parte:

Los disponentes secundarios, podrán otorgar el consentimiento para la disposición de órganos o tejidos, cuando el disponente originario no lo hubiera hecho en vida; pero de ninguna manera podrán revocar el consentimiento hecho en vida por el disponente originario.

Contempla en su articulado, que tanto los establecimientos de salud como los bancos que realicen actos de disposición de órganos, tejidos, sus componentes y partes del cadáver, deben contar con la autorización, control y vigilancia de la Secretaría de Salud.

De la misma manera estipula en su artículo 330, que la extracción de la sangre humana con fines terapéuticos, su análisis, funcionamiento, conservación y aplicación correrá a cargo de los bancos de sangre. Dicha obtención sólo podrá obtenerse de voluntarios que la proporcionen gratuitamente y en ningún caso podrá ser objeto de comercio.

Menciona que los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto y consideración. Para la utilización de cadáveres o partes de ellos, de personas desconocidas con fines de docencia o investigación, se da el permiso otorgado en vida del disponente originario y a falta de tal permiso, entonces los disponentes secundarios podrán autorizarlo o consentirlo.

Cuando se trate de cadáveres de personas desconocidas, las instituciones educativas podrán obtenerlos del Ministerio Público o establecimientos de prestación de servicios de asistencia social o atención médica. Dichas instituciones serán depositarias de los cadáveres durante un término de 10 días, con objeto de dar oportunidad a sus familiares para reclamarlos.

El título V, de la Ley General de Salud, precisa las normas que contienen las sanciones aplicables para los que infrinjan las disposiciones relativas a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos.

Los artículos 459.- Al que por cualquier medio pretenda sacar o saque del territorio nacional, sangre humana, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa por el equivalente de cien a quinientos días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Artículo 460.- Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional derivados de la sangre humana sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a cinco años y multa por el equivalente de diez a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

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

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

Sanciona así mismo, al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos, incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos. Si el responsable fuera un profesional o interviniera en la comisión del hecho, entonces se le aplicará además suspensión en el ejercicio profesional. Lo mismo sucederá con los técnicos o auxiliares que intervengan.

Como nos podemos dar cuenta, todas las disposiciones en relación con los actos de transmisión- de -órganos y tejidos, son eminentemente sanitarias y las que no lo son, contienen una serie de aberraciones en contra de la libertad de las personas (ya que tanto en vida como después de muertos, pueden disponer de nosotros de una manera arbitral), y esencialmente contradicen a varios preceptos contenidos en el Código Civil y en la Constitución.

Encontramos que los preceptos relacionados con la conservación de la vida desde el momento de la concepción hasta el nacimiento, se desvirtúan con lo regulado en relación a los pre-embryones, embryones y fetos.

V.1.4.- REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS.

Este reglamento, como lo manifiesta su artículo primero, tiene por objeto proveer en la esfera administrativa, el cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, derivados, productos y cadáveres de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación y de docencia. Siendo aplicable en toda la República.

El reglamento fue publicado en el Diario Oficial a la Federación el día 20 de febrero de 1985, y su aplicación corresponde a la Secretaría de Salud, así como la emisión de normas técnicas a las que se sujetará la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, derivados, productos y cadáveres de seres humanos, así como los de embrión y fetos.

La mayoría de sus conceptos, se encuentran plasmados en la Ley General de Salud en lo que corresponde a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos, por lo que ya fueron contemplados en el tema anterior, por lo tanto sólo mencionaremos los aspectos nuevos y más sobresalientes.

El artículo sexto comprende:

"Para los efectos de este reglamento se entiende por: (...)

II. Banco de órganos y tejidos: Todo establecimiento autorizado que tenga como finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su preservación y suministro terapéutico;

III. Banco de sangre: el establecimiento autorizado para obtener, recolectar, analizar, fraccionar, conservar, aplicar y proveer los componentes de la misma;

X. Donante: Quien autorice, de acuerdo con la ley y este reglamento, la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres;(...)

XII. Donante de sangre humana: La persona que suministra gratuitamente su sangre; (...)

XX. Receptor. La persona a quien se trasplantará o se haya trasplantado un órgano o tejidos o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimientos terapéuticos;..."

En atención a lo anterior, el Reglamento manifiesta que, en ningún caso se podrá disponer de órganos, tejidos, productos y cadáveres, en contra de la voluntad del donante originario.

El artículo 15 manifiesta que la preferencia entre los donantes secundarios, a los cuales les unían lazos de familiaridad (cónyuge, concubinario, la concubina, los ascendientes y descendientes, y los parientes hasta el segundo grado), con el donante originario, se definirá conforme a las reglas de parentesco que establece el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.

Ordena igualmente que sólo el donante originario puede revocar el consentimiento que haya otorgado acerca de la disposición de sus órganos, tejidos o de su propio cadáver. Cuando no haya podido hacerlo, no tendrá validez la revocación hecha por los donantes secundarios. Así mismo estipula, que de

conformidad con la propia ley, en los casos en que la autoridad competente ordene la necropsia no se requerirá de autorización o consentimiento alguno para la disposición de órganos y tejidos, debiendo sujetarse a las normas técnicas que se expidan.

El artículo 16 establece:

"Tratándose de trasplante entre vivos, el donante originario del que se tomen sus órganos y tejidos deberá:

I. Tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta;

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

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

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

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

Refiere los requisitos que deberá reunir el receptor de un órgano o tejido y entre los más importantes se encuentran:

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

- No presentar otras enfermedades que predeciblemente interfieran con el éxito del trasplante.
- Tener un estado de salud físico y mental capaz de tolerar el trasplante.
- Ser compatible con el disponente originario, y
- Haber manifestado su voluntad por escrito, una vez enterado del objeto de la intervención, de sus riesgos y probabilidades de éxito.

La selección del disponente originario y del receptor se harán siempre bajo prescripción y control médico. La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será título gratuito y por lo tanto se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito.

El Ministerio Público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos o productos de los cadáveres de personas conocidas o que hayan sido reclamados y que se encuentren a su disposición, y cuente con la anuencia del disponente secundario.

Para el caso de trasplante de órganos y tejidos, obtenidos de un cadáver, este reunirá las siguientes condiciones previas al fallecimiento, según el artículo 28 del mencionado Reglamento:

- 1.- "Haber tenido edad fisiológica útil para efectos de trasplante";
- 2.- "No haber sufrido el efecto deletéreo" de una agonía prolongada,
- 3.- "No haber padecido tumores malignos con riesgo de metástasis" al órgano que se utilice;
- 4.- No haber presentado infecciones graves y otros padecimientos que pudieran, a juicio médico, afectar al receptor o comprometer el éxito del trasplante.»

Para la disposición de sangre, no es necesario que el disponente exprese en forma escrita su consentimiento; en ningún caso la sangre podrá ser objeto de comercio.

Para la disposición de cadáveres, la Secretaria de Salud dictará normas técnicas relacionadas con las condiciones necesarias para el manejo, utilización, conservación y disposición de cadáveres. Tal disposición de cadáveres sólo podrá hacerse previa la certificación de la pérdida de la vida.

Cuando en los cadáveres se haya practicado la necropsia por orden del Ministerio Público o autoridad judicial, estos podrán ser utilizados con fines de docencia, investigación y trasplante reuniendo ciertos requisitos que exige la ley, de entre los cuales el más importante es el certificado de defunción, el cual será expedido una vez que se haya comprobado el fallecimiento.

El disponente originario podrá autorizar en documento escrito y con ciertos requisitos que establece el artículo 80, para que su cadáver o parte de él pueda ser utilizado para investigación o docencia. Pero, cuando no lo hubiera podido otorgar en vida, los disponentes secundarios (familiares o representantes legales, específicamente), podrán consentir que el cadáver sea utilizado para fines de docencia o investigación. Las instituciones educativas podrán obtener, previa autorización del Ministerio Público, cumpliendo con los requisitos que marcan los artículos 82 y 84 del reglamento analizado, solamente cadáveres de personas desconocidas.

Las instituciones educativas estarán obligadas a entregar los cadáveres que hubieren recibido para investigación o docencia, aunque haya concluido el plazo de depósito (10 días), cuando lo solicite la autoridad competente o exista reclamación del disponente secundario, siempre y cuando no se le haya dado destino final.

Será la Secretaria de Salud la encargada de otorgar las autorizaciones, de la vigilancia e inspección, dictar medidas de seguridad, a los establecimientos médicos, públicos, sociales y privados que realicen cualquier acto de disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos.

El capítulo Décimo "De las sanciones administrativas" en su artículo 130 contempla que las violaciones a las disposiciones del reglamento, serán sancionadas por la Secretaría de Salud, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.

Podríamos concluir de dicho reglamento que al igual que la Ley General de Salud, en los que se refiere a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, en su gran mayoría contiene resoluciones de carácter administrativo y sus extensos ordenamientos de índole sanitaria podrían justificarse, por el título que lleva tal reglamento.

Lo que encontramos sorprendente, es que no conforme con incluir un gran numero de sujetos que pueden disponer de un cadáver en su articulado, establece en sus preceptos, que en caso de urgencia para la realización del trasplante, si no se encuentra al familiar del disponente originario que puede autorizarlo, entonces el comité interno de trasplantes de la institución hospitalaria de que se trate, podrá hacerlo.

CAPITULO VI

DE LOS BIENES JURÍDICOS AFECTADOS EN UN TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS.

DE LOS BIENES JURÍDICOS AFECTADOS EN UN TRASPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS.

El principal bien jurídico afectado en un trasplante de órganos y tejidos es la vida y la integridad física del ser humano, posesión primordial a través de la cual deriva todo lo que somos como personas, toda vez que el ser humano solo lo es verdaderamente cuando lo consideramos en términos de personalidad, y no en términos de superioridad animal, ni a nivel de tejidos u órganos, o muerte cerebral, como refiere Quiroz Cuarón:

"Es posible que cualquier otra cosa sea más fuerte que el hombre o más sensible que él, pero en donde el hombre es superior es en la arquitectura de su personalidad, aunada a una exclusiva percepción y capacidad ética: es en el ser personal que el hombre se define como tal"⁶³

Para una mayor comprensión estableceremos el concepto de vida:

"Vida.- es el estado de actividad de los seres organizados, tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta la muerte. La vida se caracteriza principalmente por el empleo de los sentidos y la locomoción voluntaria, así como del ejercicio de la razón "⁶⁴

⁶³ QUIROZ CUARÓN, Alfonso. "Un nuevo concepto en crisis, nuevas fronteras de la muerte." Revista mexicana de derecho penal (México, D.F.) Enero- marzo de 1975, núm. 15, pág. 60 -

⁶⁴ Diccionario terminológico de ciencias médicas, 6ª ed. México, Salvat, 1992, Pág. 1502

Esta claro que la vida es el resultado del buen funcionamiento y equilibrio de nuestro organismo y ello permite el desarrollo normal de nuestras actividades y formación como ser humano;

Aunque esto no nos exime de poder ser afectados en nuestra integridad física, entendiéndola:

"Integridad: Cualidad de Integro, completo sin falta. Física (o corporal): Físico; relativo a la física, relativo a la constitución y naturaleza corpórea." ⁶⁵

Por lo que tratándose de un trasplante entre vivos podrán resultar afectados tanto el disponente originario como el receptor, y sólo resultará afectado el receptor cuando el disponente originario es un cadáver; esto hablando en cuanto a los bienes jurídicos afectados en un trasplante.

En ambos casos, ya sea cuando el receptor y el disponente originario están vivos o bien cuando solo en el receptor hay vida, en ningún momento hay certeza de que todo salga bien en la operación y aún cuando lo hubiere, existe la incertidumbre en cuanto a los resultados postoperatorios, ya que pudieran resultar lesiones, secuelas o producirse la muerte.

Es decir, que hay la posibilidad de que la salud quede afectada, en virtud de las lesiones que puedan presentarse posteriormente, en la cual se engloban las heridas, excoriaciones, daño que deje huella material en el cuerpo humano, etc.

Ahora bien, el trasplante de algún órgano es actualmente una posibilidad, por no decir la única forma, para conservar la vida y la salud de todas aquellas personas cuya esperanza es recuperarse, aún cuando no haya seguridad total de éxito en la intervención quirúrgica.

⁶⁵ ibid pág. 411 y 533.

Pero en el caso de que el disponente originario esté con vida, en ningún momento deberá extraérsele un órgano considerado como único, puesto que el artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Salud en la materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos establece:

"Art. 23.- El trasplante de órgano único no regenerable esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver. Para efectos de este reglamento, los ojos serán considerados como órgano único."

Por lo que en ningún momento, el disponente originario (hablando de trasplante entre vivos) podrá donar un órgano cuya función sea única ya que esto le causaría la muerte. Al respecto tenemos que cada órgano posee características propias para ejercer una función específica, como se verá a continuación: 66.

66

ÓRGANO	PESO	UBICACIÓN	FUNCIÓN QUE DESEMPEÑA
CEREBRO	Hombre: de 1350 a 1500 grs. Mujer : 1200 grs.	Materia Nerviosa. Ocupa el cráneo.	Rige los actos voluntarios y autónomos
CORAZÓN	Tanto en Hombre como en Mujer : de 380 a 400 grs.	Lado izquierdo del pecho.	Impulsa la sangre a todas las partes del cuerpo.
HÍGADO	Hombre: 1500 grs. Mujer: 1250 grs.	Situado en la cavidad abdominal.	Almacena alimento para la digestión.
RIÑÓN	Hombres: 300 grs. Mujeres: 250 grs.	Están a ambos lados de la columna vertebral.	Purificar la sangre

⁶⁶ ibid.

ESTOMAGO	En ambos de 170 a 230 grs.	Es un ensanchamiento del esófago que se continúa en su extremidad inferior por el intestino delgado.	Primeros procesos de la digestión
PÁNCREAS	En ambos de 66 a 100 grs.	Glándula abdominal localizada detrás del estómago.	Producción de insulina.
INTESTINO DELGADO	0 a 700 grs.	Se extiende desde el estómago hasta el ano de 6 a 8 mts.	Digestión y eliminación de desechos orgánicos
INTESTINO GRUESO	En ambos de 400 grs.	Se extiende desde el estómago hasta el ano de 6 a 8 mts.	Digestión y eliminación de desechos orgánicos.
MÉDULA SPINAL	En ambos de 34 a 8 grs.	Contenida en el onducto vertebral.	Conductor de los reflejos y de los impulsos.
MÉDULA SPINAL	En ambos de 34 a 8 grs.	Contenida en el onducto vertebral.	Conductor de los reflejos y de los impulsos.
CÓRNEAS	En ambos de 1 a 2 grs.	Membrana transparente situada en la parte interior del del ojo.	Transmite las sensaciones visuales

Tratándose de trasplante de órganos pares podríamos decir que, al extirparle uno de ellos al disponente originario no se pondría en peligro su vida, puesto que subsistiría normalmente sin grandes riesgos para el órgano restante.

Por otra parte tenemos que hay dos clases de trasplantes en el organismo:

"LOS HOMOVITALES":

De tejidos que necesitan nutrirse de sangre, las cuales producen anticuerpos, hasta conseguir rechazar al órgano incompatible.

"LOS HOMOPLÁSTICOS":

De tejidos sin vasos sanguíneos ejemplos de éstos, las corneas. la cornea ofrece, además dos ventajas:

A).- Que puede extraerse hasta unas horas después de la muerte del donador y conservarse fácilmente unas cuantas horas más.

B).- Que no requiere una minuciosa coincidencia entre las características del donante originario y las del paciente receptor.⁶⁷

En estos casos se demuestra que la disyuntiva es así clara: "... o el cuerpo repele el órgano ajeno, o se le hace soportarlo al precio de quedar inerte ante cualquier agente infeccioso; y ambos extremos de la alternativa resultan, necesariamente fatales.⁶⁸

Lo antes ya mencionado tiene mucha importancia, ya que para llevar a cabo un trasplante es necesario que exista compatibilidad, ya que podríamos tener la idea de que cualquier persona es idónea para que pueda donar cualquier órgano y en base a eso trasplantárselo a la persona que en esos momentos lo requiera, pero esto no es así, y al respecto, en una entrevista hecha a un médico, (del cual omito su nombre por cuestiones de ética), de la Unidad de Trasplantes del Hospital Siglo XXI del IMSS, afirmó que no cualquier órgano podría servir, ya que es necesario que tal órgano guarde las dimensiones necesarias; es decir, que si un niño necesitará de un riñón, éste deberá ser de un infante de las mismas dimensiones, incluso tendría mayor éxito si fuera de algún familiar con esas características. (Anexo 1)

⁶⁷ RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel "Los trasplantes de órganos humanos ante el derecho" Revista mexicana de derecho penal. (México, D.F.), abril-junio 1976, núm 20, pág. 36.

⁶⁸ Loc. cit.

Aunque se considera que un trasplante sin riesgos y con total éxito sólo podrá darse entre gemelos univitelinos, (provenientes de un mismo óvulo y provistos, por tanto, de la misma información y dotación cromosómica), ya que aún tratándose de familiares en línea recta existe la posibilidad de rechazo aunque sea mínima; este riesgo aumenta cuando entre el donante originario y el receptor no hay lazos de consanguinidad.

De esta manera cabe mencionar la clasificación de los trasplantes de acuerdo con la relación entre donador y receptor:

- 1.- AUTOINJERTO: Se realiza en la misma persona o en gemelos idénticos.
- 2.- ISOINJERTO: Entre individuos de la misma descendencia.
- 3.- ALOINJERTO: (homoinjerto) Entre individuos de dos especies diferentes.
- 4.- XENOINJERTO: (heteroinjerto) Entre individuos de dos especies diferentes".⁶⁹

Como se puede apreciar tanto el primero como el segundo son de mayor éxito que los posteriores, pero es preciso aclarar que no sólo el éxito del trasplante va a depender de la compatibilidad, sino también de la conservación o buen estado del órgano, así como de alguna posible enfermedad que pudieran tener ya sea el donante originario o el receptor, por lo que se deberá de realizar una serie de estudios para verificar que los genes de los leucocitos, los grupos sanguíneos del sistema ABO o HC - A y anticuerpos circulantes estén en condiciones normales. Así como realizar la prueba del SIDA, por el virus VIH ya que el síndrome podría adquirirse al momento de realizar el trasplante de órganos, poniendo en peligro la salud y la vida misma, ya que aún no se encuentra el método para contrarrestar el mal. Por lo que es importante señalar los tipos de rechazo:

⁶⁹ Loc. cit.

"El rechazo Hiperagudo".- Ocurre poco después de realizado el trasplante, se atribuye a anticuerpos preformados en el suero del receptor los cuales reaccionan directamente contra los antígenos del tejido del donador. Por lo común estos anticuerpos son el resultado de inmunización con leucocitos extraños administrados en transfusiones de sangre previa.

"Rechazo tardío".- Se debe predominantemente a inmunidad celular. (Se atribuye al sistema representado por el linfocito T, que al pasar por el timo no regresan anticuerpos sino que al ponerse en contacto con los antígenos emergen células que almacenan las células afectadoras que se encargan de atacar y destruir al enemigo).⁷⁰

Así mismo existe un refuerzo inmunológico y la tolerancia inmunológica:

"El refuerzo inmunológico: es un fenómeno caracterizado por la presencia de anticuerpos de refuerzo en el receptor, puede conseguirse mediante una transferencia pasiva de un inmunosuero o por una inmunización activa con cepa del donador.???

Tolerancia Inmunológica: Consiste en la falta de reacción inmunológica ante la inoculación de un antígeno, el cual de este modo puede ser inoculado posteriormente sin hallar respuesta alguna"⁷¹.

VI.1.- DERECHOS DEL DISPONENTE ORIGINARIO.

⁷⁰ Diccionario de Deontología médica. vol. 9, Madrid, Berbera, 1989, pág. 900. ...

⁷¹ Ibid.~ pág. 902.

La Ley General de Salud no prohíbe el derecho de disponer en vida de lo que debe hacerse del cuerpo de la persona después de su muerte, de tal manera establece parámetros para la realización de la disposición de los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Por lo que en términos de la Ley General de Salud (L.G.S.) se entiende por **Disponente Originario**:

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

Así como se hace necesario precisar los disponentes secundarios de conformidad al art. 316 de la L.G.S.

I.- El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendentes, descendentes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario.

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

III.- Los demás a quienes esta ley y otras disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que señalen en las mismas".

Los disponentes secundarios serán los que tienen derecho a decidir del destino del cadáver del disponente originario cuando éste no haya otorgado su consentimiento en vida sobre el destino de su cuerpo. Esto en relación a que es sólo el disponente originario quien puede disponer de partes o la totalidad de su cuerpo, en vida o en condición mortis causa.

Por lo que no solo puede disponer en vida sino para después de su muerte siempre y cuando sean en los términos de la Ley General de Salud, la cual establece los pasos a seguir en cuestión de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, puesto que de lo contrario, al no acatar lo establecido sería violatorio de la Ley, pudiéndose encuadrar en algún tipo penal.

Para los efectos del art. 322 de la Ley General de Salud, la sangre sólo será obtenida de vivos, al igual que sus componentes.

De esta forma el donante originario debe llenar requisitos de edad, un historial clínicamente aceptable, aparte de la compatibilidad de grupos sanguíneos y tejidos con el receptor.

En cuanto a la edad no debe ser mayor de 50 años, y en cuanto a los antecedentes, deben excluirse los pacientes que sufren arteriosclerosis generalizada, hipertensión grave, infección generalizada como septicemia, choque prolongado y tumores malignos, salvo tumores de piel y de cerebro, así como infecciones venéreas, el SIDA entre otros. Y en caso de donación de sangre el peso del donante originario deberá ser mayor de 50 kilogramos.

Desafortunadamente las diferentes culturas no han permitido que sean aprovechados los cadáveres de seres humanos que reúnen las condiciones adecuadas para el trasplante, esto debido a tabúes y creencias, etc. Situaciones que ponen barreras para el restablecimiento de una persona en espera de algún órgano, que pudiera equilibrar su salud.

VI.1.1.- DEL TRASPLANTE CON CONSENTIMIENTO.

De conformidad con el art. 324 de la Ley General de Salud se establece:

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

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

"Cuando el disponente originario no ha otorgado su consentimiento en vida para que se puedan utilizar sus órganos y tejidos y su cadáver en sí, podrán dar el consentimiento los disponentes secundarios que establece el artículo 316 de la Ley General de Salud

Ahora bien, el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces o personas que por cualquier circunstancia no puedan expresarlo libremente, no será válido, será nulo y en caso de que se trate de una mujer embarazada será válido siempre que el receptor estuviere en peligro de muerte.

Y precisamente al buscar información, se pudo constatar que actualmente existen una diversidad de formatos en los que el disponente originario puede otorgar su consentimiento, como se muestra en la tarjeta expedida por diversas instituciones como son: el Instituto Mexicano del Seguro Social, DIF, la Secretaría de Salubridad, el ISSSTE, la CRUZ ROJA, etc y en general el Sector Salud, de los cuales con la simple firma y la especificación del órgano se está dando el consentimiento; pero al respecto el Doctor que fue entrevistado (anexo 2), manifestó que no es tan simple tal otorgamiento, ya que en el debe intervenir la autoridad competente, para que todo se haga conforme a la ley, incluso, si bien es cierto que no se requiere el

consentimiento escrito para donar sangre en vida, existe un documento (anexo 3) expedido por la Secretaria de Salud, en donde además de solicitar la firma, establece de manera indirecta el consentimiento al incluir la siguiente frase: "Acepto donar voluntariamente", el cual contiene una nota que a la letra dice: "Esta historia clínica, deberá conservarse durante 5 años en el banco de sangre, bajo estricta confidencialidad y estará a la disposición de la Secretaria de Salud cuando así lo solicite."

Se Considera que la inclusión de la nota anterior le da seguridad a la persona en quien se realiza la transfusión sanguínea. Asimismo obtuve un formato para donación de córneas en la condición mortiscausa, donde el disponente originario las otorga al Centro de Donación de Córneas de la Cruz Roja, ya sea para comeas el trasplante de ellas o para fines de investigación en caso de no ser idóneos.. (Anexo 4).

De hecho tanto en la familia del donador como en la del receptor hay aspectos psicológicos, morales, religiosos, etc., para tomar la decisión ya sea de donar o recibir un órgano o tejido. La familia del donador puede consentir más fácilmente la donación cuando el receptor es miembro de la misma familia, condición que asegura un menor riesgo de incompatibilidad.

En caso del donador vivo, la donación que él hace es considerada como un acto heroico, por lo que se hace merecedor de mayor estimación dentro de su familia; aunque se puede dar una situación contraria, donde, aunque el disponente originario sea compatible con el receptor se niega a que se lleve a cabo en él el trasplante, haciéndose acreedor al repudio familiar.

Por otro lado cuando existe la posibilidad de un trasplante de órganos entre familiares o no, tanto el disponente originario (en vida o fallecido) como el receptor, se sujetan a una serie de estudios preliminares a efectos de investigaciones satisfactorias para el trasplante, ante un Comité de Trasplante.

Dicho comité esta compuesto por médicos neurólogos, psiquiatras, cirujanos y pediatras, además por la enfermera de trasplante, un dietista, un psicólogo, un trabajador social, una enfermera supervisora, la unidad de diálisis y el Coordinador de trasplante. Una vez que es aceptado, lo siguiente es disipar las dudas que pudieran existir al respecto, en el cual deberán dar a conocer los riesgos que están latentes en el trasplante del órgano que está a disposición o que está cediendo el disponente originario.

Cuando una persona ha sufrido un accidente y que como consecuencia presenta un traumatismo craneoencefálico o muerte cerebral, teniendo identificado al sujeto, el Ministerio Público llamará a sus familiares y en caso de no haber alguna voluntad para disponer del cuerpo del accidentado, habiendo las condiciones suficientes para un buen trasplante, se requerirá el consentimiento de los disponentes secundarios, para ello se necesitará que exista una valoración de por medio y que el médico que va a intervenir en la cirugía acepte ante el Ministerio Público su participación y que también exista el consentimiento expreso de los disponentes secundarios, así como la autorización de el Ministerio Público para que se pueda intervenir, en los términos que marca la ley. Para ello se anexa una averiguación para la mejor comprensión (Anexo 5).

Así mismo es importante mencionar que es un derecho, en todo caso del disponente originario, el de disponer de alguno de sus órganos, en el caso de que algún familiar esté grave y lo requiera o simplemente que esté en condiciones de dar un órgano para un amigo que lo requiera, para ello deberá reunir los requisitos ya estipulados, principalmente el de compatibilidad, por lo que en este caso, el Ministerio Público no tendrá injerencia alguna y sólo tendrá conocimiento el Comité de Trasplantes para efectos de establecer las condiciones del trasplante, todo esto se hace de una manera interna.

VI.1.2. DEL TRASPLANTE SIN CONSENTIMIENTO

En cuanto al trasplante sin consentimiento tenemos que, es cuando no existe consentimiento alguno para poder disponer del órgano, en este caso, se está transgrediendo la ley.

Esto es, si estamos hablando de un trasplante en el que no existe consentimiento de los disponentes (originario o secundario en primer grado preferencialmente), o que no están enterados de que habrá una intervención quirúrgica para efectos de trasplante y que en consecuencia no hay autorización para realizarlo, pero también podemos mencionar, que cuando no se tiene conocimiento de quien es la persona, es decir, cuando está en calidad de desconocido, y el Ministerio Público lo tiene a su disposición, en este caso se podrá dar a instituciones u hospitales para investigaciones científicas o destinado al trasplante de órganos, si es que está en condiciones para su intervención.

Al respecto investigué y tuve conocimiento que cuando esto sucede, el Ministerio Público hace las diligencias necesarias e inicia los trámites para que pueda ser trasladado a alguna de las Universidades, como podría ser el Instituto Politécnico Nacional o la Universidad Nacional Autónoma de México o bien a otra institución que lo solicite.

Por otra parte un médico de urgencias en la Villa que fue entrevistado, menciona la existencia de un convenio entre los hospitales para la disposición de órganos. Por lo que al comenzar a investigar al respecto los hospitales que deberían saber al respecto como es el Hospital Siglo XXI, éste no tenía conocimiento de tal convenio.

Por lo que hace a la autorización del Ministerio Público para fines científicos, o bien para beneficio del servicios de atención medica y de asistencia social, se encuentra regulado en el artículo 346 de la Ley General de Salud;

Incluso, aún después de haberse dado el consentimiento éste puede revocarse, y por tal desistimiento el trasplante no podría llevarse a cabo, pero, puede suceder que se arguya que por el hecho de haber un consentimiento anterior, la intervención siguiera adelante.

Entonces se estaría transgrediendo lo que establece la ley de la materia en su artículo 24 al señalar:

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

Por último, cabe mencionar que cuando los cadáveres de personas desconocidas se hayan utilizado para investigación, los restos deberán incinerarse e igualmente se procederá con los identificados en dichas instituciones, previo reclamo.

CONCLUSIONES

1.- Es de vital importancia dejar establecido que el derecho a la vida, a la salud, al propio cuerpo, son derechos de la personalidad, que no son patrimoniales, por consecuencia, los órganos, tejidos o fluidos esenciales para la vida, están fuera del comercio.

2.- La disposición de órganos, tejidos o fluidos esenciales para la vida, con propósito de salvar la vida o la salud de una persona, debe de ser gratuita, no cabe la comercialización por tratarse de derechos de la personalidad.

3.- En México, la Ley General de Salud, su Reglamento, así como otras disposiciones aplicables contemplan el marco jurídico en materia de trasplante de órganos, tejidos y fluidos esenciales para la vida.

4.- La disposición de órganos, tejidos y fluidos esenciales para la vida se encuentran regulados por la Ley, para proteger tanto a los donantes de órganos

asi como a los receptores de los mismos, quienes podrán disponer de dichos órganos y tejidos con planes terapéuticos, siempre que tengan conocimiento de los riesgos que implique el trasplante, se produzca voluntariamente y su consentimiento sea expresado cuando menos por escrito ante dos testigos o ante Notario Público en el caso de disponentes originarios (donadores), y en el caso de receptores si estos son menores o incapaces, el consentimiento de quien legalmente pueda hacerlo.

5.- El estado reconoce que el ejercicio de la medicina y en este caso de los trasplantes de órganos, tejidos con la finalidad social o individual de preservar la vida y la salud. En el mismo sentido se tendría que resolver respecto a la disposición de órganos , tejidos de cadáveres y fluidos esenciales para la vida, y no podría hablarse de profanación de cadáveres, pero, se debe analizar detenidamente que no se prive de la libertad, propicie o cause la muerte ó se produzca la perdida total de la conciencia para obtener de manera ilegal los órganos, tejidos y/o fluidos esenciales para la vida que pudieran ser extraídos sin consentimiento, para un trasplante con fines más de lucro que de salud.

El tráfico de órganos humanos, será cualquier acción realizada o encaminada a sustraer del cuerpo de la víctima, dichos órganos, con el fin de obtener una utilidad o beneficio de cualquier tipo.

La penalidad que corresponda a este tipo de delito debe de contemplar a todos los individuos que intervengan en la comisión del mismo, incluyendo al receptor final del órgano u órganos.

Por ser éste un delito que atenta contra la vida y la integridad corporal, que además deja secuelas de tipo físico y psíquico, esta tesis propone una penalidad de 50 años.

BIBLIOGRAFIA.

- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal. Harla México, 1996.
- BURGOA ORIHUEÑA, Ignacio. Las garantías individuales. 5° de. México, Porrúa, 1995.
- CABALLENAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. t. 1, México. Porrúa, 1995.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. 19ª ed. México, Porrúa, 1996.
- CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Parte General. t 1,v. 2, 9° de. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1995.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal. 37ª ed. México, Porrúa, 1997.
- DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho 21ªed. México, Porrúa, 1997.
- Diccionario de Ciencias Médicas. Deontología Médica. v 9, Madrid, Berbera, 1995.
- Diccionario Enciclopédico Salvat. v 9, México, Salvat, 1996
- Diccionario de Órganos. 14ªde. México, Salvat, 1996.
- Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. 6° de. México, Salvat, 1996.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 8ª ed. Porrúa 1995.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. 26ª ed. México, Porrúa, 1993.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. El Patrimonio, México, 5ª de. Porrúa, 1995
- INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, (INACIPE). Legislación Penal Mexicana. t 1, México 1997.

- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. t 1, 2º de. Buenos Aires, Lozada, 1987.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. t 1, La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana, México, Porrúa, 1995.
- KUMERUM, Gert. Perfiles Jurídicos de los Transplantes en Seres Humanos. Centro de Jurisprudencia e Investigación. Facultad de Derecho, Mérida Venezuela, 1996.
- PALACIOS VARGAS, J. Ramón. Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal. 3º de. México, Trillas, 1995
- PORTE PETIT CANAUDAD, Celestino. Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal. 10ªed. México, Porrúa, 1995.
- QUIROZ CUARON, Alfonso. Medician Foense. 7ª ed. México, Porrúa, 1993.

HEMEROGRAFIA.

- ANTONI, Jorge S. Los Derechos de la Personalidad. Revista Jurídica. (Tucumán, Argentina), 1971, num. 22.
- BADANES GASSET, Ramón, Naturaleza Jurídica del Cuerpo Humano. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. (Madrid, España), Dic. 1967, año CV. num.6.
- MARTHA ELENA. De Corazón a Corazón. Primer Transplante en México. Información Científica y Tecnológica. (México, D.F.), Agosto de 1988, v. 10. num. 143.
- PALACIOS MACEDO, Xavier, Los Transplantes de Corazón y algunos Médicos Legales en México. Criminalia. (México D.F.), 1969, año XXXV, num. 2.
- QUIROZ CUARON, Alfonso, Los Transplantes de Órganos Humanos. Criminalia. (México, D.F.), 1969, colecc. Gabriel Botas.
- QUIROZ CUARON, Alfonso. Un Concepto en Crisis. Nuevas Fronteras de la Muerte. Revista Mexicana de Derecho Penal. (México, D.F.), Enero- Marzo de 1975, num. 15.
- RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel. Los Transplantes de Órganos Humanos ante el Derecho. Revista Mexicana de Derecho Penal. (México, d.f.), Abril-junio de 1976, num. 20.
- SERRA ROJAS, Andrés. Los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Internacional. El Foro. (México, D.F.), 1970, número especial.
- VERA, Rodrigo. Acelerar la Declaratoria de Muerte para disposiciones de Órganos Transplantables. Proceso. (México, D.F.), 2 de octubre de 1989, num. 674.

LEGISLACION CONSULTADA.

- Código Civil para el Distrito Federal. 64° de. México, Porrúa, 1998.
- Código Penal para el Distrito Federal. 53° de. México, Porrúa, 1998.
- Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos y sus Disposiciones Reglamentarias.
Reglamento Federal para la Disposición de Órganos y Tejidos. México, Porrúa, 1998.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 98° de. México, Porrúa, 1998.
- Ley General de Salud 11° de. México, Porrúa, 1998.
- Ley General de Salud. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. 11° de México, Porrúa, 1998.
- Norma Técnica No. 323. Para la Disposición de Órganos y Tejidos de Seres Humanos con Fines Terapéuticos. Diario Oficial de la Federación, México, 1988.

INDICE.

	PAG.
INTRODUCCION.....	3
CAPITULO I.	
MARCO JURÍDICO DE LA PROTECCION LEGAL DEL CUERPO.....	4
1.1 ANTECEDENTES.....	5
A). DERECHO PRECORTESIANO.....	5
B). EPOCA COLONIAL.....	6
C). EPOCA INDEPENDIENTE.....	7
1.2.- NORMATIVIDAD DE LA PROTECCION LEGAL DEL CUERPO A PARTIR DEL PRIMER CODIGO PENAL EN MEXICO Y DE LA LEGISLACION SANITARIA.	
1). CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MEXICO DE 1831.....	8
2) CODIGO PENAL DE VERACRUZ DE 1835	9
3). CODIGO PENAL DE 1871.....	11
4). CODIGO PENAL DE 1929.....	15
5). CODIGO PENAL DE 1931.....	19
6). LEY GENERAL DE SALUD.....	21
CAPITULO II.	
<u>DE LA PROTECCION LEGAL DEL INDIVIDUO.....</u>	27
2.1.- PROTECCION LEGAL DEL ENTE CONCEBIDO Y EFECTOS QUE PRODUCE SU NACIMIENTO.....	30

CAPITULO III.

<u>DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA</u>	39
3.1.- DERECHOS HUMANOS.....	40
3.1.1.- CLASIFICACION DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	43
I) DERECHOS RELATIVOS A LA VIDA.....	44
1.- DERECHOS A LA VIDA.....	44
2.- DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.....	45
II) DERECHOS RELATIVOS A LA LIBERTAD E IGUALDAD.....	45
1.- DERECHO A LA LIBERTAD.....	46
2.- DERECHO DE PROPIEDAD.....	46
3.- DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO (EXPRESION), DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN.....	46
III) DERECHOS RELATIVOS A LA JUSTICIA.....	47
1.- DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA.....	47
2.- DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.....	47
3.2.- DERECHO DE LA PERSONALIDAD.....	48
I) PARTE SOCIAL PUBLICA.....	49
II) PARTE AFECTIVA.....	54
III) PARTE FISICO SOMATICA.....	54
3.2.1.- PARTE FISICO SOMATICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.....	56
I) DERECHO A LA VIDA.....	57
II) DERECHO A LA LIBERTAD.....	60
III) DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA O CORPORAL.....	61

IV) DERECHO RELACIONADO CON EL CUERPO HUMANO.....	62
1.- DERECHOS SOBRE LA DISPOSICION TOTAL DEL CUERPO.....	64
2.- DERECHO DE DISPOSICION SOBRE LAS PARTES DEL CUERPO.....	65

CAPITULO IV

DERECHO POST-MORTEM.....	70
4.1.- CONCEPTO DE DERECHO POST-MORTEM.....	73
4.2.- PROTECCION LEGAL DEL CUERPO DESPUES DEL FALLECIMIENTO.....	76

CAPITULO V.

<u>DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS TEJIDOS Y CADÁVERES HUMANOS.....</u>	<u>83</u>
5.1.- REGLAMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRANSPLANTE DE ÓRGANOS TEJIDOS Y CADÁVERES HUMANOS.....	84
5.1.1.- MARCO CONSTITUCIONAL.....	86
5.1.2.- CODIGO CIVIL.....	90
5.1.3.- LEY GENERAL DE SALUD.....	95
5.1.4.- REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE CONTROL SANITARIO DE LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANO, TEJIDOS Y CADÁVERES DE SERES HUMANOS.	101

CAPITULO VI.

<u>DE LOS BIENES JURÍDICOS AFECTADOS EN UN TRANSPLANTE DE ÓRGANOS Y TEJIDOS.....</u>	<u>107</u>
6.1.- DERECHOS DEL DISPONENTE ORIGINARIO.....	115
6.1.1.- DEL TRANSPLANTE CON CONSENTIMIENTO.....	117
6.1.2.- DEL TRANSPLANTE SIN CONSENTIMIENTO.....	120

CONCLUSIONES	122
BIBLIOGRAFÍA	124
HEMEROGRAFÍA	126
LEGISLACIÓN	127
INDICE	128