

231



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES "ACATLAN"

20684

EL DELITO DE COMERCIO DE ORGANOS EN MEXICO



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA: LAURA ESTHER MEDINA HERNANDEZ

ASESOR: LIC. JORGE GUILLERMO HUITRON MARQUEZ.



ACATLAN, EDO. DE MEX., SEPTIEMBRE DE 2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A DIOS: Por impulsarme a seguir en todo momento y quien hizo posible la culminación de este trabajo.

A MIS PADRES: FRANCISCO MEDINA Y GUADALUPE HERNANDEZ, porque gracias a ellos, he llegado a realizar el más grande de mis anhelos, el cual constituye la herencia más valiosa que pudiera recibir de mis seres queridos.

A MIS HERMANOS. GUADALUPE, FRANCISCO, JOSE LUIS Y RAYMUNDO, por el apoyo incondicional que siempre me brindaron a lo largo de mi vida y por estar pendientes siempre de mis triunfos y fracasos.

A LUIS FABIAN: Con todo mi amor y agradecimiento ya que haz representado en mi algo incalculable porque con tu comprensión y apoyo, fue posible la terminación de este trabajo.

A¿ HONORABLE JURADO.

A TODOS USTEDES MI MAS INFINITO AGRADECIMIENTO.

CAPITULADO

CAPITULO PRIMERO: EL IMPLANTE DE ORGANOS

- 1.1 ANTECEDENTES DEL IMPLANTE DE ORGANOS.
- 1.2 CONCEPTO.
- 1.3 LA DONACION DE ORGANOS.
- 1.4 EL CONTRATO DE DONACION
- 1.5 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE DONACION
- 1.6 CONCEPTO DE DONACION DE ORGANOS VITALES
- 1.7 EL TRASPLANTE COMO CONTRATO
- 1.8 ANTECEDENTES DE LOS TRASPLANTES EN MEXICO
- 1.9 MARCO JURIDICO PARA LA DISPOSICION DE ORGANOS VITALES.

CAPITULO SEGUNDO: EL COMERCIO DE ORGANOS

- 2.1 EL IMPLANTE
- 2.2 LA ETICA PROFESIONAL MEDICA.
- 2.3 LA ACTIVIDAD MEDICA.
- 2.4 ANALISIS DE LOS ARTICULOS 317 Y 318 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.
- 2.5 MUERTE REAL Y MUERTE CLINICA
- 2.6 COMPROBACION DE LA PERDIDA DE LA VIDA PARA REALIZAR ALGUNO DE LOS TRASPLANTES DE ORGANOS

CAPITULO TERCERO: EL COMERCIO DE ORGANOS ENCAMINADO AL DELITO

- 3.1 CONCEPTO DEL DELITO.
- 3.2 ELEMENTOS DEL DELITO DE COMERCIO DE ORGANOS.
 - 3.2.1 CONDUCTA
 - 3.2.2 TIPICIDAD
 - 3.2.3 ANTIJURICIDAD
 - 3.2.4 IMPUTABILIDAD
 - 3.2.5 CULPABILIDAD
 - 3.2.6 PUNIBILIDAD

CAPITULO CUARTO: EL DELITO DE COMERCIO DE ORGANOS EN MEXICO

4.1. LEGISLACION ACTUAL EN MATERIA DE DISPOSICION DE ORGANOS.

4.2 FORMALIDAD EN MATERIA DE IMPLANTES.

4.3 CREACION DE UNA NUEVA LEGISLACION PARA EVITAR EL COMERCIO DE ORGANOS.

4.3.1 APLICACIÓN DE UNA NUEVA LEGISLACION.

4.3.2 CONTROL EN LA APLICACIÓN DE UNA NUEVA LEGISLACION.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA.

LEGISLACION

OBJETIVO

El contenido del presente análisis del delito de comercio de órganos, es un estudio integral de los aspectos que se viven en México, en la que la tecnología médica ha sido capaz de llegar al cambio de lo que funciona mal en el cuerpo humano, obteniendo así la preservación de la vida; siendo una de las preocupaciones principales de los científicos, pero como en cualquier sistema moderno tecnológico, surgen los sujetos que con la finalidad de obtener un lucro, rebasan las leyes, cometiendo ilícitos y de este modo obstruyendo el maravilloso destello de salud que se puede brindar al enfermo, es por ello preocupante la poca importancia que se le ha dado al tema del implante de órganos por parte de las autoridades, de tal manera que únicamente se ha tratado de normar el marco jurídico, pero no se ha cubierto una excelente legislación que garantice la salud de toda la población en materia de implante de órganos, mismo motivo que fundamenta y justifica la realización de este tema, observando cada uno de los aspectos positivos y negativos que tiene la normatividad actual y proponiendo lo necesario en materia de implante de órganos, y que a su vez garantice a través de la política de la prevención legislativa, la salud del pueblo mexicano, evitando el delito, realizando además, un análisis de los aspectos jurídicos para llegar a su posible prevención tomando en consideración los aspectos positivos y negativos del delito.

INTRODUCCION

En el presente trabajo, se realiza un profundo análisis del delito de comercio de órganos, en lo que se refiere a los aspectos jurídicos para poder prevenirlo y por consecuencia, el cómo evitarlo, tomando en cuenta aspectos positivos y negativos del delito, para llegar a solucionar o evitar al máximo el comercio de órganos en México.

En el capítulo primero, trataremos lo relacionado al implante de órganos; qué es, para qué sirve, cómo se hace, qué sucede en México, considerando que en nuestro país existe una escasa cultura de la donación, la cantidad de perjuicios que lo afectan, el marco jurídico que lo rige, y, en general, los derechos de la personalidad que protegen las normas mexicanas.

En el segundo capítulo se explica la probabilidad de la existencia del delito de comercio de órganos, dada la gran necesidad de salud que existe por causa de la escasez de órganos, así del cómo y del dónde se obtienen y cuáles son los sujetos que intervienen en la donación y en el implante de órganos.

El delito de comercio de órganos es el nombre del tercer capítulo, mismo en el que se realiza un amplio análisis del delito, desde el punto de vista del Derecho Penal, así como sus formas de manifestación, aspectos positivos y negativos del delito, según la teoría del delito, para llegar al desarrollo y sus consecuencias jurídicas.

El capítulo cuarto está dirigido a tratar de solucionar de alguna manera las carencias existentes en la normatividad actual en materia de implantes de órganos, considerando la posibilidad de que en un futuro sea aplicada una propuesta, que de llevarse a cabo y ser exitosa, respetando la exacta aplicación de la ley, logre la obtención suficiente de órganos para remediar la escasez que de ellos existe y evitando así, el delito de comercio de órganos.

CAPITULO PRIMERO

IMPLANTE DE ORGANOS

1.1 Antecedentes del implante de órganos.

Existen diversas y muy variadas versiones sobre los orígenes de los implantes en el mundo, por ello es que se ha causado gran confusión sobre esta materia, y es por esto que se citan algunos comentarios de varios autores que valen la pena mencionarse.

El licenciado Ernesto Gutiérrez y González, en su obra "El Patrimonio" comenta en este texto, que existe gran duda al respecto de una inseminación artificial en seres humanos realizada en 1462 y que ya a partir de este hecho, lo denomina implante, situación que no se cree acertada para este hecho en particular, posteriormente cita que en 1967 en Johannesburgo, Sudáfrica, el médico Christian Bernard realiza el primer homotrasplante cardíaco en el cual el paciente logró sobrevivir a esta cirugía dieciocho días, asimismo cita que: "El 21 de julio de 1988 se implantó al paciente José Fernando Tafoya el corazón de una joven en el centro médico "La Raza" por un grupo de cirujanos mexicanos, encabezados por el Doctor Rubén Arguero Sánchez"¹.

El licenciado Alfredo Domínguez García Villalobos, en su obra Trasplantes de Organos, Aspectos Jurídicos, es más explicativo en sus comentarios respecto a antecedentes históricos, cita que en 1667 aconteció la primera transfusión de sangre en París utilizándose sangre de cordero, posteriormente en 1825 Blondel aconseja el uso de sangre humana, y en 1900 Landsteiner descubre los tipos sanguíneos, sentando las bases para transfusiones exitosas.

Manifiesta también que para 1799 ya se practicaba en seres humanos la inseminación artificial, sin precisar dónde ni en qué forma, fecha que contradice al Profesor Gutiérrez y González, por más de cien años, también agrega que el iniciador de los implantes de órganos fue Alexis Corel, quien entre 1902 y 1911 realiza diversos trabajos con esto, manifiesta también que en 1954 se realiza el primer implante de riñón en el estado de Boston, asimismo menciona que en 1964 en el estado de Mississippi se realizó un implante del corazón de un chimpancé a un ser humano siendo un fracaso ya que el paciente falleció a las pocas horas de realizada la cirugía.

De lo anterior se desprende una gran confusión por carecer de datos exactos, pero lo que sí podemos concluir es que el tema de los implantes es

¹ Gutiérrez y González, Ernesto, El Patrimonio Edit. Porrúa, México, 1995 p. 960, 961

reciente, ya que hace menos de cuarenta años es practicado entre cirujanos como solución a problemas de insuficiencia o mal funcionamiento orgánico humano.

1.2 Concepto.

Es considerable definir correctamente los conceptos y con ello entender qué es un tejido y un órgano desde el punto de vista científico, tal y como lo describe la enciclopedia de la ciencia que al respecto define:

TEJIDOS Y ORGANOS. "Las células se agrupan para formar tejidos, que tiene una función específica que depende del tipo de células que lo forman, el cuerpo humano tiene tejido óseo, nervioso, etc., la sangre es un tejido líquido; los tejidos se agrupan para formar órganos como el corazón, los riñones, los ojos o los pulmones, incluso la piel es un órgano, el más grande del cuerpo humano" 2.

El diccionario Léxico Hispano, define la palabra órgano como "conjunto de diversos tejidos que constituyen cualquiera de las partes del cuerpo animal o vegetal que ejercen una función específica" 3

Según la fracción VII del artículo 314 de la Ley General de Salud, tejido es la Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función, y la fracción VIII del mismo artículo manifiesta que órgano es la Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes, que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico.

De lo anterior se desprende que entre los conceptos de órgano y tejido no hay mucha discrepancia y sí existe una uniformidad de ideas.

Ahora bien, en cuanto a trasplante de órganos, el mismo diccionario da un claro significado que a la letra dice "injerto de órganos de una parte a otra del cuerpo de un individuo a otro; trasplante e injerto son sinónimos y en medicina este último término se utiliza por lo general en caso de tejido como lo son fragmentos óseos, cartilagosos o cutáneos, y en cuanto a cirugía de trasplante se dice que es la rama de reciente desarrollo que se ocupa de la situación de órganos enfermos o dañados por medio del trasplante de órganos sanos."4

Por las definiciones anteriores, es correcta la severa crítica y corrección que el Maestro Gutiérrez y González hace sobre el término trasplante, calificándolo como incorrecto ya que afirma que trasplantar es la acción de mudar una planta de un lado a otro, y manifiesta que lo correcto es implante, situación con la cual la

² Enciclopedia de la ciencia, Colección Virtual 1995, España.

³ Diccionario Léxico Hispano, Enciclopedia ilustrada de la Lengua Española, Tomo segundo W.M. Jackson Inc. , editores Mex. 1979 p. 104

⁴ IBID. P. 698

vigésima edición del Diccionario de la Lengua Española está de acuerdo, ya que implantación la define como "acción y efecto de implantar, fijación, enserción o injerto de un tejido u órgano en otro"⁵

De lo anterior, se desprende que, efectivamente como el Maestro Gutiérrez y González afirma, el término más adecuado al idioma castellano que debiera utilizarse, no es el de trasplante, sino el de implante, ya que en su única acepción se logra explicar completamente la idea de la actividad de quitar un órgano a una persona y colocársela a otra, asimismo, en cuanto al término "quitar", de igual manera está mal empleado, ya que lo correcto es el término ablación que significa "acción y efecto de cortar, separar o quitar"⁶, entonces, la palabra correcta a utilizar, cuando se necesite decir quitar separar o cortar será "ablación", ya que con esto se logrará la uniformidad en la utilización del lenguaje, con el fin de evitar confusiones posteriores.

1.3 La Donación de órganos.

La donación entre vivos, es propia de una necesidad de salud inmediata y con la oportunidad de contar con alguien que se ofrezca de manera desinteresada a cooperar y brindar salud a una gran necesidad del enfermo, y es el caso que únicamente podrá ser realizada en algunos casos, sobre ciertos órganos y bajo determinadas circunstancias médicas que deben presentarse al momento de tomar la decisión de donar órganos o tejidos a alguien.

En cuanto a cómo se hacen las donaciones de órganos para trasplantes, es necesario mencionar que en el caso de que el órgano que se requiera sea de los regenerables o que formen pares, para que pueda llevarse a cabo de un ser vivo a otro, pero existen otros órganos en donde necesariamente debe haber ablación de un cadáver o próximo al fallecimiento, de tal manera que la forma de realizar ablaciones en caso de no contar con personas dispuestas a donar en vida, se necesita un paciente que se encuentre próximo al fallecimiento, o en muerte cerebral o declarada clínicamente muerta, y en este último rubro cabe mencionar que algunos doctores comentan que después de fallecida una persona, generalmente los órganos se infartan quedando inutilizables, por lo que lo más viable es realizar la ablación en personas o con muerte cerebral o fallecimiento por paro cardíaco, siendo lo mejor en muerte cerebral denominada también muerte encefálica.

Bajo estas circunstancias, es necesario dar un concepto correcto de muerte, y atinada es la explicación que da César Augusto Osorio y Nieto, quien manifiesta que "muerte proviene del vocablo latino Mors, amargura, y es la muerte

⁵ Diccionario de la Lengua Española, Op. Cit... p. 759

⁶ Diccionario de la Lengua Española, Op. Cit. p. 5

un trance fatal e inevitable, motivo de meditación y estudio a través de la historia, a su vez, Bender define la muerte como la cesación final e irreversible de la vida, "de latido cardíaco y respiratorio perceptibles"⁷.

La muerte cerebral es explicada médicamente de la siguiente forma: "el cerebro del paciente en muerte encefálica es un órgano en el que se han perdido todas las funciones intrínsecamente neurológicas, no obstante, pueden persistir, durante algún tiempo algunas funciones neuroendócrinas, existiendo además, en la mayoría de los pacientes, algún grado de actividad metabólica, atribuible a la persistencia de actividad de las células y de algunos grupos neuronales"⁸

Previo a la realización de la ablación, deberán emplearse todos aquéllos métodos que la prudencia de los médicos que diagnostican la muerte del paciente exija, como ejemplo tendrá que realizarse una exploración clínica completa y un electrocardiograma, y de ser posible, las pruebas que demuestren el cesamiento circulatorio cerebral, no obstante, y dada la trascendencia del diagnóstico, deberán utilizarse aquéllos medios de los que dispongan los hospitales.

Después de haberse reunido las exigencias anteriores, se estaría en posibilidad de realizar la ablación de aquella persona, previa autorización de sus familiares, si en vida no lo hubiese dispuesto así el posible donante, así como verificar si el receptor de la posible donación es genéticamente compatible con el donante, de este modo si existe compatibilidad es llevada a cabo la cirugía, y en el caso que resultase exitosa, al receptor se le suministrarán cierta cantidad de inmunodepresores, previéndose así un posible rechazo del organismo al órgano implantado.

1.4 El contrato de donación.

Según el artículo 2332 del Código Civil para el Distrito Federal, la donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes; quien realiza esta acción es el donante y quien recibe el beneficio de la donación es el donatario; el donante debe reservarse lo suficiente en bienes para substituir y cumplir con sus obligaciones.

Entre las características del contrato de donación se tiene que es un acto unilateral, pero en ocasiones bilateral por excepción de los artículos 2336 y 2368 del mismo código civil, cuando por oneroso se imponen algunas cargas al donatario o en donaciones universales, donde el donatario también absorbe las deudas del donante, aunque su característica más mencionada es la gratitud, y puede ser instantáneo o de tracto sucesivo dependiendo del instante en que se realice la entrega del bien, y en cuanto al objeto pertenece a los traslativos de

⁷ Osorio y Nieto, César Augusto, *El homicidio* Porrúa, Méx. 1992, p.314

⁸ *Transplant Procurement Management* TPM 1996 Barcelona, 1996

dominio; asimismo, de los elementos formales que se requieren para su validez y existencia, se encuentran los siguientes:

ESENCIALES:

Consentimiento
Objeto.

FORMALES:

Capacidad
Forma.⁹

Entre los anteriores requisitos para la existencia de un contrato de donación, se encuentran los generalmente constantes para cualquier contrato, pero el más importante para efectos de este tema, es el OBJETO, que es la transmisión de dominio de un bien. El artículo 1825 del Código Civil dispone que son objeto de los contratos, la cosa que el obligado debe dar, y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer; pero el artículo 1825 del mismo ordenamiento menciona que, la cosa objeto del contrato debe:

- 1-. Existir en la naturaleza
- 2-. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie
- 3-. Estar en el comercio.

En cuanto a este último rubro, es donde los órganos ya no entran en este tipo de contratos de donación, ya que los órganos no son bienes susceptibles de estar en el comercio, ya que se encuentran regulados por una disposición especial de carácter prohibitivo y de orden público que es la Ley General de Salud y que incluso sanciona como delito al que comercie con órganos humanos; y al respecto el artículo 462 dispone que: Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo vigente en la zona económica de que se trate:

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

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

⁹ Treviño García Ricardo, Los contratos civiles y sus generalidades, Mc Graw Hill, México, P. 93-96

1.5 Elementos del contrato de donación.

- A) Elementos personales. El donante no necesita la capacidad general de ejercicio, no siendo indispensable agregar que deba tener de aquella capacidad, la legitimación o facultad para disponer gratuitamente del bien que se trate. En el donatario no se exige la capacidad de ejercicio, ni la capacidad de goce, pues ésta puede anticiparse por una ficción legal para permitir recibir la donación a través de quien lo va a representar en caso de que nazca vivo y viable.
- B) Elementos reales. El elemento real es la cosa donada; hay bienes que solo pueden ser objeto de donación y que no puede ser objeto de una enajenación a título oneroso, tal es el caso de la sangre humana (art. 322 de la Ley General de Salud), y de los demás tejidos y órganos de un ser humano, y existen también bienes que no pueden ser objeto de donación ni de enajenación a título oneroso como son los órganos únicos esenciales para la conservación de la vida.
- C) Elementos formales. "Salvo la donación de bienes muebles con valor menor a doscientos pesos, es consensual o verbal, todas las donaciones son formales¹⁰

1.6 Concepto de donación de órganos vitales.

Donación de órganos vitales: es la extracción de los órganos esenciales y no regenerables de una persona para ser transferidos a otra persona para que recupere su salud.

En la donación de órganos vitales se da la muerte del donante y la posibilidad de seguir viviendo del donatario, que recibe el órgano que requiere para que se restablezca su salud; pero para hacer una diferenciación correcta entre las partes que intervienen tanto en el contrato civil como en la donación de órganos vitales, se les debe reconocer de la manera siguiente: donatario y donante en la donación como contrato civil y disponente originario (respecto de su propio cuerpo) y receptor, y disponente secundario (quien otorga el consentimiento y pueden ser los familiares del disponente originario y el receptor).

En la donación e implantes de órganos y tejidos de seres humanos, intervienen como partes el receptor y el disponente y este puede ser el disponente originario respecto de su propio cuerpo y productos del mismo incluyendo el propio cadáver o parte del mismo, o el disponente secundario que es

¹⁰ Sánchez Medal Ramón, De los Contratos Civiles, p. 195

uno de ciertos familiares de aquel y en su defecto, la autoridad sanitaria, artículos 315 y 346 de la Ley General de Salud.

1.7 El Trasplante como contrato.

*Al hablar del consentimiento, es necesario referirnos al trasplante como contrato. Desde luego el estudio del consentimiento es uno de los actos de mayor importancia jurídica y son los siguientes:

I Cuando se trata de órganos simples con regeneración, de dobles con compensación en uno y en otro sin rechazo, por ser la admisibilidad jurídicamente más amplia en comparación con los órganos simples sin regeneración, dobles sin compensación y con rechazo, será posible un consentimiento sin mayores exigencias legales.

II Cuando han cesado las tres funciones: circulatoria, respiratoria y cerebral, será igualmente más fácil admitir un consentimiento sin mayores exigencias legales, por parte o representación del disponente.

III. Otro aspecto de notoria importancia, es el referente a la edad, lógicamente, a un mayor de edad le será más fácil dar su consentimiento que un menor de edad.

Las partes que intervienen en el contrato son los siguientes:

- a) Del disponente
- b) Del receptor
- c) Del disponente y receptor¹¹

Si se trata de disponente vivo, conceptuamos que toda extracción causa daño, riesgo o por lo menos se alteran desfavorablemente las funciones orgánicas, si se trata de disponente muerto clínicamente, la extracción de órganos puede atentar contra el derecho de agotar la última posibilidad de revertir la muerte clínica, es decir, que aún cuando el cadáver es un bien jurídicamente protegido, con frecuencia los médicos se ven calificados por los familiares del difunto como seres profanos cuando han practicado cualquier extracción en el cadáver.

¹¹ Luna Bisbal Mauricio, Trasplantes, bases para una legislación, Edit. Themis p. 43

1.8 Antecedentes de los Trasplantes en México.

Las disposiciones legales acerca de los trasplantes de órganos y tejidos de seres humanos en nuestro país, han sido las siguientes:

- 1928. Reglamento Federal de Cementerios, Inhumaciones, Exhumaciones, Conservación y traslación de cadáveres (abrogado)
- 1961. Reglamento de Banco de Sangre, Servicios de Transfusión y Derivados de la Sangre (abrogado)
- 1969. Proyecto sobre bancos y trasplantes de tejidos y órganos humanos y disposición de cadáveres.
- 1970. Proyecto sobre trasplantes y otros aprovechamientos de órganos y tejidos humanos.
- 1973. Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos (comprendía un título dedicado a la disposición de órganos y tejidos de cadáveres humanos). (abrogado)

La Ley General de Salud, a diferencia del Código Sanitario, sí establece los signos de muerte que deben presentarse para certificar la pérdida de la vida para poder separar un órgano de un cadáver para poder ser implantado.

El Código de 1973 sólo requería que para efectuar la toma de órganos y tejidos, el consentimiento del disponente fuera por escrito, en cambio, la Ley General de Salud, exige que ese consentimiento además de ser expreso y por escrito, sea ante Notario Público o en documento expedido ante dos testigos. El código referido, prohibía tajantemente que las personas privadas de su libertad, los enajenados mentales, los que se encontraban en estado de inconsciencia, las mujeres embarazadas y los menores de edad, donaran algún órgano o tejido; la ley actual establece que no será válido el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces o personas que por cualquier circunstancia no pueda expresarlo libremente, y que por lo tanto las personas privadas de su libertad como las mujeres embarazadas, podrán autorizar la ablación de algún órgano o tejido.

El Código Sanitario contemplaba la posibilidad de que los proveedores autorizados recibieran alguna contraprestación por donar sangre, en cambio, la Ley General de Salud establece que no sólo podrá obtenerse de voluntarios que la proporcionen gratuitamente y en ningún caso, podrá ser objeto de remuneración.

- 1975. Reglamento de Banco de Ojos de la Dirección de Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal (abrogado)
- 1976. Reglamento Federal para la Disposición de Organos y Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos (abrogado).

Este reglamento preveía la existencia del Consejo Nacional de Trasplantes como órgano colegiado y especializado en la materia que actuaba como organismo asesor de la entonces Secretaría de Salubridad y Asistencia.

- 1983. Reforma al artículo 4° Constitucional (vigente)

El 3 de Febrero de 1983 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la adición del artículo 4° Constitucional, en cuyo párrafo tercero se dispone que toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general conforme lo dispuesto en la fracción XVI del artículo 73 de la constitución.

- 1984. Ley General de Salud (vigente con reformas en 1987 y 1991)
- 1985 Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos (vigente con algunas reformas en 1987)
- 1988. Norma Técnica 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos (vigente)¹²

1.9 Marco jurídico para la disposición de órganos vitales.

LEY GENERAL DE SALUD

Artículo 317. Para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos:

- I. Ausencia completa y permanente de la conciencia,
- II. La ausencia permanente de la respiración espontánea,
- III. La falta de percepción y respuesta de estímulos externos,
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y los reflejos medulares,
- V. La atonía de 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 código correspondiente.

¹² Domínguez García Villalobos Jorge Alfredo, Trasplante de Organos Aspectos Jurídicos, Edit. Porrúa p. 3, 4.

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

I. Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno durante el tiempo indicado

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

De acuerdo a los artículos anteriores de la Ley General de Salud, una vez que se presente el diagnóstico, se procederá a certificar la muerte, excluyendo la posibilidad de rehabilitación al paciente y de acuerdo a lo que establece el artículo 318 se procederá a la extracción de órganos vitales de aquella persona que se encuentre en muerte clínica.

CAPITULO SEGUNDO

COMERCIO DE ORGANOS

2.1 El implante.

Los problemas de salud, tienen diversas y múltiples posibilidades de solución, y puede ser dependiendo de los síntomas y de los diagnósticos realizados que el experto en medicina designará varias terapias, de las cuales escogerá la mejor para curar las enfermedades, pero en algunas circunstancias no es posible optar por alguna terapia y la única opción es la de un implante, el cual tiene la finalidad de curar la enfermedad, es decir, poner un remedio que mejore la salud del paciente.

Ahora bien en cuanto a injertos e implantes se refiere, hay muchos y con diversas finalidades, como es el caso de injertos de piel para quemaduras o implantes estéticos, es decir, los utilizados e implantados en cirugías plásticas de distintas especies, que aumentan o reducen medidas de ciertos lugares del cuerpo; pero el que realmente nos ocupa es el implante de órganos con fines terapéuticos para una probable recuperación o estabilización de la salud.

Al respecto, la Norma Técnica 323 Para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de noviembre de 1988, en su artículo 6 en relación a los órganos y tejidos susceptibles de ser implantados, establece la siguiente clasificación:

- I. Órganos que requieren anastomosis vascular y
- II. Órganos y tejidos que no requieren anastomosis vascular.

"Por anastomosis vascular, debemos entender las comunicaciones que se establecen entre dos o más arterias, venas o nervios que están situados en lugares cercanos entre sí"¹³

El artículo 33 de la citada norma señala que los órganos y tejidos susceptibles de ser trasplantados que requieren anastomosis vascular se pueden obtener de cadáveres y donantes originarios que los otorguen en vida.

¹³ Ruiz Lara Rafael, Nuevo Diccionario Médico, Edit. España 1984

El artículo 34 enumera los órganos susceptibles de ser trasplantados que requieren anastomosis vascular y que pueden ser obtenidos de cadáveres y son los siguientes:

- I. Riñón
- II. Hígado
- III. Páncreas
- IV. Corazón
- V. Pulmón
- VI. Intestino delgado

2.2 La ética profesional médica.

La ética, en gran parte del estudio de la filosofía, que precisamente se encarga del estudio del deber ser, de las obligaciones del hombre, de lo moral, de lo honesto, que lo que correctamente se debe hacer, pero no por ello negamos la existencia de médicos que jamás hayan practicado un aborto o hayan mal aconsejado a un paciente, pero sería aventurado afirmar que quien llega a ciertas especializaciones o niveles de reconocimiento y prestigio internacional hayan actuado en forma contraria a la ley, la ética y las buenas costumbres, término difícil de definir, ya que lo que en una sociedad es correcto, en otra es reprobable, dependiendo de los paradigmas establecidos en la misma.

También es necesario reconocer que la ética en su máxima expresión, ha sido llevada hasta el Código Penal Federal, en su Título Decimosegundo, dedicado a la responsabilidad profesional, en la que el tipo es descrito en el artículo 228 haciendo la descripción de la siguiente conducta:

Los profesionistas, artistas y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley general de Salud o en otras normas sobre el ejercicio profesional en su caso,

- I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicarán suspensiones de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitivamente en su caso de reincidencia, y
- II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

2.3 La actividad Médica

"La medicina se define como la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, arte y ciencia de conocer y tratar las enfermedades, especialmente las internas.

La medicina es una ciencia biológica referida al conocimiento, prevención y curación de las enfermedades con el fin de preservar la salud y la vida de los individuos; es una actividad en la que por la aplicación de técnicas quirúrgicas o administración de medicamentos, puede producirse la muerte del paciente por múltiples razones no atribuibles al médico.

"No debe hacerse referencia a las lesiones o muertes causadas con motivo de tratamientos quirúrgicos, ya que la cirugía es una parte de la medicina y no solo mediante intervenciones quirúrgicas puede producirse la muerte de las personas, la administración de un medicamento, por diversas circunstancias, puede, en lugar de aliviar al enfermo o lesionado, producir su muerte."¹⁴

"En la medida en que la vida sea mantenida por mecanismos espontáneos, la muerte cerebral puede existir con vida vegetativa espontánea, debemos mantener la terapéutica que nos parezca más conveniente, sabiendo que como individuo, aquél sujeto es un muerto vivo"¹⁵

"Eutanasia. El vocablo eutanasia fue compuesto por el canciller inglés Francis Bacon, y proviene del griego eu (bien o bueno) y tanathos (muerte), por lo cual atendiendo a una interpretación exclusivamente gramatical, la eutanasia es la buena muerte o muerte dulce. Entre estos dos extremos se pueden encontrar otras acepciones como son el privar de su vida sin sufrimiento físico a otra persona, a su requerimiento y en su interés o la causación de la muerte querida y pedida por motivos humanitarios, es decir, para evitar más sufrimientos"¹⁶

Bajo estas circunstancias, la intervención quirúrgica, es también nombrada como cirugía de trasplantes, implantación de órganos o cirugía substitutiva terapéutica, actualmente y cada día más practicada en todo el mundo y en nuestro país, definida como: "Rama de reciente desarrollo, que se ocupa de la substitución de órganos enfermos o dañados por medio del trasplante de órganos sanos"¹⁷

El problema principal en este tipo de intervención lo constituye el hecho de que las defensas naturales del organismo contra los gérmenes y otros organismos

¹⁴ Osorio y Nieto César Augusto, El homicidio, p. 70-71

¹⁵ Quiroz Cuarón Alfonso, Medicina Forense p. 549

¹⁶ Díaz Aranda Enrique, Del suicidio a la Eutanasia, p. 191

¹⁷ Diccionario Médico Familiar p. 160

invasores reacciones reaccionan de igual manera contra los tejidos vivos de otros sujetos (reacción de rechazo); estas defensas de tipo inmunitario tienden a destruir el órgano trasplantado, por lo que el trasplante falla a menos que se procure impedir el proceso de rechazo; en cambio, es menor el problema de rechazo en el caso de sustitución de vasos sanguíneos, válvulas cardíacas y huesos, ya que para su implante se utilizan generalmente tejidos muertos procedentes de cadáveres, las fibras de los tejidos implantados son rápidamente invadidas por células vivas de organismos huéspedes, por lo que al no haber células vivas del donante, la reacción de rechazo es mucho más débil.

Las córneas son uno de los pocos tejidos que pueden ser implantados sin riesgo de rechazo; ante todo, el órgano implantado debe estar sano y en buenas condiciones; en cuanto el corazón deja de latir y la circulación se detiene, los órganos del cuerpo comienzan a morir por falta de oxígeno, la experiencia nos ha enseñado que el riñón o el hígado, si se extraen antes de una hora después de la muerte, funcionan idóneamente cuando son implantados antes de ese término.

El órgano extraído puede ser liberado de sangre mediante un adecuado lavado y conservarse a baja temperatura hasta unas doce horas, por ello, debe examinarse la sangre antes del implante para comprobar que es del grupo justo y para identificar cualquier signo de incompatibilidad, por lo que en los últimos años se han generalizado numerosos controles a la dosis de los inmunodepresores.

En concreto, es obligación de los cuerpos médicos el buscar las mejores técnicas de obtención de órganos y las estrategias organizativas más adecuadas, teniendo como características más sobresalientes la simplicidad, la efectividad y la eficiencia.

2.4 Análisis de los artículos 317 y 318 de la Ley General de Salud.

Artículo 317. Para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos:

- IX. Ausencia completa y permanente de la conciencia,
- X. La ausencia permanente de la respiración espontánea,
- XI. La falta de percepción y respuesta de estímulos externos,
- XII. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y los reflejos medulares,
- XIII. La atonía de los músculos,
- XIV. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal,
- XV. El paro cardíaco irreversible y,
- XVI. Las demás que establezca el código correspondiente.

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

- I. Electroencefalograma isoelectrico que no se modifique con estímulo alguno durante el tiempo indicado
- III. Ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresivos del sistema nervioso central o hipotermia

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

La certificación del fallecimiento de la persona no debe efectuarse por alguno de los médicos que realizará la ablación de los órganos o tejidos, esto resulta importante ya que de este modo se protege la posibilidad de que exista algún interés de los médicos sobre los órganos del cadáver.

2.5 Muerte real y muerte clínica.

Muerte real y muerte clínica. Signos negativos de la vida: El derecho protege la vida mientras subsiste su funcionamiento orgánico, cualquiera que sea la diferencia fisiológica, aún tratándose de vidas inútiles o en la seguridad de que no podrán sobrevivir, y que desde el punto de vista de que una persona está muerta o privada de la vida cuando el funcionamiento natural o artificial de su organismo ha cesado, antes de ese final, existe el período de muerte clínica, que no consiste en una alteración de las estructuras orgánicas sino en una paralización total que constituye la muerte real cuando es definitiva que es diagnosticada mediante los signos negativos de la vida los cuales son la pérdida de la movilidad, paralización de la respiración y principalmente de la circulación, es decir, muerte real.

Establecidos estos puntos se deduce que cuando se mantiene el cuerpo con los signos vitales circulatorios y respiratorios, la persona sigue viva y que si se lleva a cabo la ablación de algún órgano, se cometen lesiones o en su caso homicidio y no se le da la posibilidad al lesionado que se recupere, ya que inmediatamente como se diagnostique la pérdida de la vida, el trabajador social es

el que interviene para que los familiares otorguen su consentimiento para que se extraigan los órganos, no dando oportunidad para que el paciente pueda recuperarse, debido a la manera en que se plantea la muerte a los familiares y otorguen su consentimiento sin tomar en cuenta la voluntad del paciente.

Analizando el artículo 317 y 318 de la Ley General de Salud, se deduce que cuando se dan las condiciones que establece como requisitos para la certificación de la muerte y que se pueda autorizar la ablación de órganos, se les está negando la posibilidad de que se recupere y pueda gozar de las garantías que le establece la Constitución a tener derecho a la vida y a la integridad física.

2.6 Comprobación de la pérdida de la vida para realizar alguno de los trasplantes de órganos.

A lo largo de la historia, han sido diferentes las manifestaciones físicas que se han tomado en cuenta para determinar el momento de la muerte; en la antigüedad la falta de respiración era signo inequívoco, después el paro cardíaco constituía el síntoma por el que se consideraba que una persona había muerto. Desde principios del siglo pasado el concepto de muerte se hacía coincidir con el cese de las tres funciones vitales la respiratoria, circulatoria y la nerviosa, pero el cese de la circulatoria, implicaba el cese de las otras dos, ya que la interrupción del flujo sanguíneo ocasionaba en pocos minutos la destrucción definitiva e irreversible de los centros nerviosos.

“Las técnicas modernas de reanimación, así como los avances de cirugía sustitutivas han hecho necesario el determinar de una manera más segura y precisa cuando se puede afirmar que una persona ha dejado de vivir; han sido varios los intentos para distinguir el momento en el que se ha pasado de la vida a la muerte, y por consiguiente, diferentes han sido los tipos de muerte que se han definido dependiendo del síntoma de referencia. Entre los más importantes tipos de muerte que se han definido existen tres y que se mencionan a continuación:

- A) Muerte Orgánica. Biológicamente la muerte no es un acontecimiento que sucede en un solo instante sino que es un proceso gradual, las células del cuerpo dejan de vivir paulatinamente dependiendo de su composición química y de la resistencia que tenga a la falta de oxígeno. El cabello y las uñas siguen creciendo aún después de la muerte del sujeto.
- B) Muerte Legal. La cesación de las funciones y la necrosis de los tejidos siguen una secuencia lógica; los sistema respiratorio y cardiovasculares dejan de funcionar casi al mismo tiempo, con la consecuente suspensión de la irrigación cerebral concluyendo así lo que conocemos como reacciones vitales. El proceso mortal afecta básicamente la actividad cerebral ya que para este órgano, la oxigenación es vital debido a que su corteza no puede subsistir sin

oxígeno por más de tres a seis minutos. Para dar mayor seguridad al diagnóstico casi todas las legislaciones prohíben la inhumación y práctica de la necropsia antes de las 24 horas de haber ocurrido la muerte. Así en México, el artículo 45 del Reglamento de Cementerios del Distrito Federal y el 339 de la Ley General de Salud, establecen que los cadáveres o restos humanos deberán inhumarse o incinerarse o embalsamarse entre las 12 y 48 horas siguientes a la muerte, salvo autorización específica de la Secretaría de Salud o por disposición del Ministerio Público o autoridad judicial.

- C) Muerte Clínica o Cerebral. Una tercera acepción de muerte es la vinculada al carácter clínico de su comprobación. "Los trasplantes de órganos han sido los principales motivos por los que se hizo necesario detectar el momento en el que la recuperación del disponente fuera imposible, admitiendo el daño a ciertas funciones vitales debía tomarse como signo definitivo de muerte, no obstante que biológicamente otras partes del cuerpo siguieran viviendo"¹⁸

Con respecto a nuestro tema, el tipo de muerte que nos interesa es la muerte anatomopatológica que es la cesación de las constantes vitales en forma total y permanente y que para poder llevar a cabo la ablación de algún órgano, es requisito establecer el cronotanatódiagnóstico y que se define como el tiempo transcurrido después de la muerte, y a su vez, estos fenómenos son producidos por agentes físicos, químicos y microbianos.

FENOMENOS FISICOS

- **Enfriamiento.** Es un fenómeno espontáneo que se produce al momento de morir un individuo, la producción de calor cesa y la temperatura desciende en forma paulatina aproximadamente de 0.8 a 1 grado centígrado por hora en las siguientes doce horas hasta cumplir las 24 horas después de la cesación de las constantes vitales en forma total y permanente dependiendo también de los agentes aceleradores y retardadores del enfriamiento cadavérico.
- **Lividez cadavérica.** Este signo también se le conoce como manchas hipostáticas en los órganos, manchas de posición o sugilaciones, son manchas de color rojo vino que aparecen entre la tres y cuatro primeras horas post mortem y se localizan en las partes más declives del cuerpo salvo en los sitios de apoyo, se deben al escurrimiento de sangre por acción de la gravedad, alcanzan su máxima intensidad entre la sexta y octava hora y a partir de las 25 y 30 horas se fijan y no cambian de situación anatómica.
- **Deshidratación.** El cadáver pierde de 10 a 15 gramos por kilogramo de peso corporal por día debido a la evaporación del agua corporal, esto condiciona la aparición de signos de deshidratación en globos oculares producida por la pérdida de líquidos a partir de la octava hora post mortem.

¹⁸ Domínguez García Villalobos Jorge Alfredo, Derecho Civil p. 89

- Tela glerosa corneal o signo de Steno0n Louis. Consiste en la aparición de una opacidad en la córnea y se inicia aproximadamente después de la doceava hora post mortem.
- Mancha negra esclerotical o signo de Sommer. Consiste en la aparición a nivel de los ángulos externos del segmento anterior del ojo en forma inicial y en los ángulos internos posteriormente, es una mancha irregular de color negro y que se debe a la oxidación de la hemoglobina contenida en los vasos coroideos y a la deshidratación, aparece a partir de las cinco horas si los párpados se encuentran abiertos.
- Desepitelización de las mucosas. Se produce como consecuencia de la deshidratación del cadáver, los epitelios de las mucosas presentan signos de deshidratación y los más afectados son la región de los labios de la boca, escroto y labios mayores de los genitales femeninos, siendo presente desde las setenta y dos horas post mortem.
- Momificación. Se presenta por un desecado progresivo de la piel y se caracteriza por que ésta se adosa al esqueleto, torna al organismo un color oscuro, la piel se vuelve dura con disminución del volúmen y el peso y endurecimiento de los órganos, aparece al sexto mes post mortem.

FENOMENOS QUIMICOS

- Rigidez cadavérica. Se inicia a las tres horas y alcanza su máxima rigidez entre las doce y quince horas, tomando en consideración la aceleración debido al clima frío.
- Piloerección o piel anserina. Es un cambio cutáneo debido a la contracción de los músculos piloerectores y se encuentra presente desde la tercera hasta la doceava hora post mortem.
- Autólisis. Son procesos anaeróbicos de fermentación en enzimas de las células sin intervención de las bacterias; afecta a todos los órganos vgr. El encéfalo presenta reblanquedimiento por autólisis hasta llegar a la colicación, el útero y el corazón son los últimos afectados por este fenómeno, mientras que el cabello y los huesos no presentan esta acción.
- Adipocira. Es la transformación jabonosa de grasa subcutánea del cadáver, este fenómeno se produce en un medio húmedo y sin aire que produce que las grasas se transformen en glicerina y ácidos grasos, formando jabones con calcio potasio y sales, aparece entre los tres y seis meses post mortem.
- Corificación. Es una forma mixta de momificación y saponificación como paso previo o incompleto de la adipocira.

AGENTES MICROBIANOS

- Putrefacción. "Es la descomposición del organismo por acción de las bacterias, se inicia en el aparato digestivo y posteriormente se extiende a todo el organismo"¹⁹

Una vez que se ha analizado el cronotanatodiagnóstico en relación a nuestro tema, me permito opinar que para que se pueda considerar como cadáver al cuerpo humano, se deben presentar los signos físicos, químicos y microbianos y para que se den estos signos, necesariamente debe haber una cesación de las constantes vitales en forma total y permanente que los origina, y en el caso de los trasplantes de órganos vitales, se requiere que el órgano se encuentre en buenas condiciones, es decir, que funcionen y no se encuentre infartado o descompuesto, esto es que en el cuerpo que presenta aún funciones vitales, no se da la condición que establece el artículo 318 de la Ley General de Salud que manifiesta que la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos podrá realizarse de cadáveres en los que se haya certificado la pérdida de la vida en los términos del artículo 317 de la misma ley, no cumpliéndose esta situación ya que no se puede considerar como cadáver al cuerpo humano aún cuando no han cesado las funciones vitales en forma total y permanente, y en estas circunstancias si se les extraen los órganos vitales al paciente, no se le da la posibilidad de recuperación y como todavía existen signos vitales, se comete por lo tanto, un homicidio.

¹⁹ Grandini González Javier Medicina Forense p. 30-32

CAPITULO TERCERO

EL COMERCIO DE ORGANOS ENCAMINADO AL DELITO

3.1 Concepto del delito

De acuerdo al diccionario de derecho del autor Rafael de Pina Vara, "delito es acto y omisión constitutivo de una infracción de la ley penal"²⁰, mientras que el artículo 7 del Código Penal Federal estipula que es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

La profesora Amuchategui nos señala que "existen tantas definiciones de delito como corrientes, disciplinas y enfoques, desde un ángulo jurídico, el delito sólo atiende a dos aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, ni psicológicas o de otra índole. El delito como noción jurídica es contemplado en dos aspectos:

Jurídico formal.- Se refiere a entidades típicas que traen aparejada una sanción, no es la descripción de un delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena; la definición contenida en el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia federal es jurídico formal.

Jurídico sustancial.- Consisten en los elementos de los que consta el delito, aquí encontramos desde la corriente bitómica que enfoca al delito por dos elementos hasta la pentatómica, con cinco elementos"²¹

De acuerdo a la noción clásica del delito, Carrara lo define de la siguiente manera "consiste en la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."²²

En materia penal, la escuela positiva se presenta "como la negación clásica, pues pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva al dar preponderante estimación al delincuente."²³

Rafael Garófalo en su noción de delito, comenta "El delito como tal, es un concepto formado en la mente por uno de los llamados juicios sintéticos a priori, el contenido de este concepto no existe integrado en la naturaleza, sino por el

²⁰ Rafael de Pina Vara Diccionario de derecho. Edit. Porrúa, México 1988. p. 210

²¹ Amuchategui Requena Irma Derecho Penal, Ed. Harla, p. 43

²² Castellanos Tena Fernando Lineamientos elementales de derechos penal, Ed. Porrúa México 1975 1ª. Edición p. 58

²³ Castellanos Tena Fernando Op. Cit. P. 61

hombre en una relación estimativa entre determinados actos, frente a la vida social."²⁴

De acuerdo a esta definición, Ignacio Villalobos opina "el ilustre jurista del positivismo, Rafael Garófalo distinguió el delito natural del legal, entendió por el primero la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad; consideró como delito artificial o legal, la actividad humana que contrariando a la ley, no es lesiva de aquellos sentimientos."²⁵

La escuela del positivismo crítico o terza escuela, para distinguirse del positivismo y de la dirección clásica, "admite de aquél la negación del libre albedrío y concibe al delito como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta a la escuela clásica el principio de la responsabilidad moral, negando al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad."²⁶

El maestro Castellanos Tena, señala que, "la palabra delito deriva del verbo deliquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley".²⁷

En mi opinión, el delito siempre será un comportamiento corporal humano, voluntario, el cual contiene los dos elementos que son la voluntad y la manifestación de la voluntad en la cual se enfoca la conducta, la cual va a ser acción u omisión, de lo que se deriva el resultado que es consecuencia necesaria de la misma, por lo que se entiende que no habrá delito si no existe resultado material o jurídico formal.

Cristina Amuchategui señala "el artículo 7 de nuestro código penal vigente es de carácter formal, ya que se refiere a la entidad típica que trae aparejada una sanción, ya que no es la descripción de un delito concreto, sino la enunciación de un ilícito penal".²⁸

De los conceptos anteriores Castellanos Tena explica "la verdadera noción formal del delito, la suministra la ley positiva mediante amenaza de una pena para la ejecución u omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal, sin una ley que sancione no es posible hablar de delito. En cuanto al estado jurídico sustancial del delito, que son los dos principales para realizar el estudio jurídico del delito. El unitario o totalizador y el

²⁴ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 62

²⁵ Castellanos Tena Fernando cita a Ignacio Villalobos Ob. Cit. p. 64

²⁶ Ob. Cit. p. 69

²⁷ Op. Cit. p. 125

²⁸ Amuchategui Requena Irma Op. Cit. p. 43, 44

atomizador o analítico, el primero no admite división en el delito y el segundo estudia los elementos constitutivos del delito".²⁹

De lo anterior se puede apreciar que los dos autores coinciden en sus conceptos, por lo cual, en lo personal, me inclino a favor del estudio del delito desde el punto de vista jurídico sustancial, ya que si no se estudian todos los elementos que le integran, no se podría llegar a establecer una pena como castigo llamada también sanción que amerita cualquier ser humano que ha infringido la ley.

3.2 Elementos del delito de comercio de órganos.

Para iniciar con el inicio del estudio de los elementos del delito, debemos entender que, son las partes que lo integran a saber, conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad.

"Los aspectos negativos del delito, son la contraposición de los positivos, y llegan a ser la negación de aquél, significa que anula o deja sin existencia al positivo y por tanto, al delito".³⁰

El Derecho Positivo Mexicano, por medio del Código Penal Federal, define en su artículo séptimo al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, así la conducta o hecho se obtiene de este artículo y del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal. La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descrito en el código penal, la antijuricidad se presentará cuando el sujeto no esté protegido por una causa de licitud descrita en el artículo 15 del mismo código, la imputabilidad se presenta cuando concurre la capacidad de obrar en el derecho penal, es decir, que no se presente la causa de inimputabilidad descrita en la fracción VII del artículo 15 del código penal; habrá culpabilidad de acuerdo a los artículos 8 y 9 del mismo código penal; la punibilidad surge cuando no se presentan las excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho Positivo, las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal, puedan o no presentarse.

²⁹ Castellanos Tena Fernando Op. Cit. p.. 128 129

³⁰ Amuchategui Requena Irma Op. Cit. p. 45

3.2.1 Conducta.

Conducta es un término correcto para representar lo dispuesto por el artículo 7 del Código Penal Federal, al puntualizar acto u omisión, ya que diversos autores han deseado adoptar otras denominaciones por ejemplo hecho, acción, actividad, acto, movimiento, y otros términos inadecuados para representar a la conducta que totalmente cubre la acción y la omisión, además de adecuarse perfectamente únicamente a la especie humana, ya que esa conducta tiene como finalidad un propósito, además de ser voluntaria y es manifestada en el mundo exterior por un hacer o no hacer, por una actividad o una inactividad, de tal manera que es correcto el mencionar la conducta como un elemento fundamental del delito. Y esta conducta a su vez, es dividida por dos grandes extremos: el hacer o acción y el no hacer u omisión.

La acción es un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior, necesita de una voluntad, de un querer actuar, de una actividad que es la actuación ya representada en el mundo exterior, un resultado que es un propósito deseado y fundamentalmente, sancionado por las leyes penales, sin este elemento se estaría en el supuesto del axioma "nullum crimen, nulla poena sine lege"³¹, que significa que no hay pena crimen ni pena sin ley, es por ello que el resultado se encuentra sancionado por la legislación penal, y finalmente un nexo causal, que es un vínculo existente entre la causa o conducta voluntaria de hacer algo y el resultado o vínculo entre la causa y el efecto.

La omisión es el extremo de actuar, es decir, la abstención de comportarse de determinada manera bajo ciertas circunstancias en las que debiera haber intervenido, ésta puede ser simple o de comisión por omisión; según Cuello Calón "es la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar"³², asimismo en el libro de derecho penal de Amuchategui Requena nos dice que "consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer, constituye el modo o la forma negativa del comportamiento."³³

Es necesario reunir también, algunos elementos en los delitos de omisión, primero la manifestación de la voluntad, después una inactividad tal, que precisamente sea un no actuar ante un deber jurídico de sí actuar y un resultado previsto, y sancionado por la legislación penal.

En los delitos de omisión simple o propia, lo constituye la inactividad del sujeto, por ejemplo, el no denunciar un delito estando obligado a hacerlo, con esto omite la ley, viola un precepto jurídico y no provoca directamente un resultado

³¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal, Edit. Porrúa México 1994 p.21

³² López Betancourt Eduardo, Teoría del Delito Edit. Porrúa México 1997 p.92

³³ Requena Amuchategui Irma Op. Cit. p 155

material, a diferencia de los delitos por omisión por comisión o impropia, la inactividad del sujeto causa un cambio material en el mundo exterior, se viola una norma preceptiva y una prohibitiva.

En cuanto a los aspectos negativos de la conducta, surgen algunas circunstancias que auxilian a esta ausencia de conducta, como lo son la vis absoluta, vis maior, actos reflejos, sueño, sonambulismo e hipnosis.

La vis absoluta es cuando el sujeto activo se encuentra en posición de instrumento del cual se vale el auténtico sujeto activo, y consiste en que una fuerza exterior irresistible que proviene de otra voluntad utiliza a un sujeto para lograr su propósito, ni desde el punto de vista de la lógica ni el jurídico, puede ser responsable quien es usado como medio para cometer un delito.

La vis maior es una fuerza física exterior irresistible que proviene de algún fenómeno de la naturaleza, y que utiliza al sujeto como instrumento; los actos reflejos, mismos que obedecen a estímulos o excitaciones no percibidas por la conciencia, al estar impedido para controlarlos y será considerada como una conducta involuntaria. En el caso particular de actos reflejos, no se contempla el estado de ebriedad o el envenenamiento, ya que se consideran como estados voluntariamente provocados, salvo que dichos estados no los hubiere provocado el agente; esto es, que los actos reflejos son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa al centro y de éste a un nervio periférico; en cuanto al sueño y el sonambulismo, se considera como un estado de inconsciencia temporal, en el que la persona puede actuar involuntariamente; el sonambulismo es la capacidad de movimientos coordinados (deambulación, gesticulación, etc.) durante el sueño; al despertarse el sonámbulo, no recuerda nada de sus actividades nocturnas. La hipnosis de igual modo, es un estado de inconsciencia dirigido, aunque algunos piensan que en tal estado, el sujeto no realizará conductas alejadas de sus principios aún cuando fuere influenciado por el que dirige su estado, "debido a que la sugestión es de gran potencia sobre el hipnotizado se considera como un estado involuntario"³⁴.

La Ley General de Salud, contiene en materia de disposición e implantes de órganos diversas disposiciones prohibitivas, que no constituyen propiamente un delito, pero finalmente caen dentro de la descripción del delito de comercio de órganos, como son las siguientes:

Artículo 320: Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres, a aquella que se realiza en contra de la ley y el orden público.

También dentro de aquellas disposiciones que no constituyen delito por sí solas, pero son prohibitivas y finalmente lo constituyen, se encuentra el artículo 332 que dispone: La sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras

³⁴ Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntes de la parte general de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México 1983 p. 356.

hematopoyéticas, sólo podrán obtenerse de voluntarios que los proporcionen gratuitamente y en ningún caso podrán ser objeto de actos de comercio.

El comercio de órganos sí es un delito, aunque no previsto en el Código Penal, al que últimamente se le han sumado delitos previstos en leyes especiales, no obstante con fundamento en el artículo 6 del mismo, permite que solo por tener aquella calidad, sea considerado como delito, tal y como lo estipula el mismo artículo 6 que a la letra dice:

Artículo 6: Cuando se cometa un delito previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código, y en su caso, las conducentes del libro segundo. Esto significa que cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

La Ley General de Salud, misma que es la ley especial para los asuntos de salud, como por ejemplo los órganos y todo lo relacionado con ellos, en su Título decimoctavo, capítulo VI dedicado exclusivamente a los delitos, describe el tipo penal en circunstancias que la conducta determinada para la comisión del delito sea de acción, tal y como lo prevé en el artículo 462 que a la letra dispone:

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

- I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos y,
- II. Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos.

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

La Ley General de Salud, también contempla una conducta omisiva dentro del mismo capítulo de los delitos, y la sanciona de la siguiente manera:

Artículo 462-bis. Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de los locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I y II del artículo anterior, o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, se le impondrá de tres a ocho años de prisión y multa por el equivalente de veinte a

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

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

Es conveniente comentar, que aunque no se encuentran tipificados específicamente como delitos, efectivamente son actividades prohibitivas las enumeradas por 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 los artículos 21, 22 y 23, por lo tanto, la violación de las mismas, incurrirá en la ilicitud de las actividades realizadas.

Artículo 21. La disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos será a título gratuito.

Artículo 22. Se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito.

Artículo 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.

Conociendo qué es la conducta y sus diversas manifestaciones en relación con el delito de comercio de órganos, podemos decir que de forma regular es un delito de acción ya que reúne todos los elementos de la misma, como es la voluntad de comerciarlos y las actividades encaminadas a ello; un resultado previsto en la ley que es un "comerciar" y un nexo causal entre la voluntad de querer comerciar y comerciarlos.

En forma irregular existiría la omisión simple si algún sujeto sabe del comercio de órganos y no lo denuncia, la omisión de quienes tienen el deber de no permitir o impedir que se den estas situaciones en establecimientos o locales destinados al depósito de órganos, ya que tienen el deber jurídico de resguardar que no ocurran situaciones previstas en el artículo 462 bis de la Ley General de Salud.

Es muy posible pensar que sería difícil que el delito, por sus características pudiera tener aspectos negativos o ausencias de conducta, tal vez podría darse únicamente la vis absoluta al amenazar o forzar por medios ilícitos a comerciar órganos o en estado hipnótico el agente comerciara con órganos, esto sería difícilmente posible.

3.2.2 Tipicidad.

El tipo penal, es aquella conducta antisocial, que por ser así, se encuentra plasmado en una forma de figura delictiva, constituyendo un delito, sancionado por el derecho de manera tal que el tipo penal es la descripción de la conducta antisocial que al momento de presentarse, se estará ya en la comisión de un delito. La tipicidad es la correcta adecuación del tipo penal a la conducta manifestada, es decir, cuando se realice la descripción prevista por la figura delictiva, se estará en la perfecta adecuación del tipo a la conducta. El tipo tiene una función que es la de señalar cuándo una conducta es antijurídica; la penalidad no forma parte del tipo. Y si no existe el tipo en nuestros preceptos penales, aún cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquel cometió un delito por lo que no es, y sobre todo, no se le podrá castigar, más bien se estaría en presencia de conductas antisociales o asociales pero no de delitos, al respecto, la criminología estudia comportamientos que por no estar contemplados en la ley penal, carecen de penalidad como son la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción entre otros.

De acuerdo con el maestro Rafael de Pina Vara, "la tipicidad es la coincidencia de la conducta del imputado con la descripción legal del delito descrito en la ley penal"³⁵, mientras que Porte Petit define "la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo, que resume a la fórmula nullum crime sine tipo."³⁶

En un breve comentario, me permito observar que todos los autores coinciden en su definición del tipo, y lo entenderemos como la descripción de una conducta establecida en los preceptos penales, mientras que la tipicidad se puede observar como la conducta típica, antijurídica, salvo que exista alguna justificante, que le pueda excluir del delito, propiamente será el encuadramiento de la conducta a la descripción hecha por el legislador; y que el tipo no es la descripción de un delito, sino de la conducta, porque todavía quedan los elementos imputabilidad, antijuricidad y culpabilidad.

En el siguiente cuadro realizado por la Lic. Cristina Amuchategui, autora del libro de derecho penal, se presentan los principios generales de la tipicidad:

³⁵ De Pina Vara Rafael, Op. Cit. p. 461

³⁶ Celestino Porte Petit, citado por Castellanos Tena Fernando Op. Cit. p. 168

Principios Generales de la Tipicidad:	Se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad.
Nullum crime sine lege	No hay delito sin ley
Nullum crimen sine tipo	No hay delito sin tipo
Nullum poena sine tipo	No hay pena sin tipo
Nullum poena sine crimen	No hay pena sin delito
Nullum poena sine lege	No hay pena sin ley

De la misma autora del cuadro anterior, se realiza una:

CLASIFICACION DE LOS TIPOS

Por la conducta	De acción	Cuando el agente incurre en una actividad, es decir la conducta típica consiste en un comportamiento positivo, por ejemplo, robo por apoderamiento.
	De omisión	Cuando la conducta consiste en un no hacer una actividad, o sea un comportamiento negativo.
	Omisión simple	Consiste en no hacer, es decir, no se realiza lo que la ley prohíbe, sin que se produzca un resultado material sino formal.
	Comisión por omisión	Consiste en no hacer, pero que tiene como resultado un daño o afectación al bien jurídico.
Por el daño	De daño o lesión	Cuando se afecta efectivamente el bien tutelado, vgr. Robo,

	<p>De peligro</p> <p>De peligro efectivo</p> <p>De peligro presunto</p>	<p>homicidio, violación.</p> <p>Cuando no se daña el bien jurídico, sino sólo se pone en peligro el bien jurídico; la ley castiga por el riesgo en que se colocó dicho bien.</p> <p>Cuando el riesgo es mayor o existe más probabilidad de causar afectación.</p> <p>Cuando el riesgo de afectar el bien es menor, vgr. Abandono de cónyuge e hijos.</p>
Por el resultado	<p>Formal, de acción o mera conducta</p> <p>Material o de resultado</p>	<p>Para la integración del delito, no se requiere que se produzca un resultado, pues basta con realizar la acción para que el delito nazca y tenga vida jurídica.</p> <p>Es necesario un resultado, de manera que la acción u omisión del agente debe ocasionar una alteración en el mundo vgr. Lesiones y fraude.</p>
Por su estructura	<p>Simple</p> <p>Complejo</p>	<p>Cuando el delito producido sólo consta de una lesión.</p> <p>Cuando el delito en su estructura consta de más de una afectación y da lugar al surgimiento de un delito distinto y de mayor gravedad, vgr. La violación tiene cierta penalidad, pero si la comete un ascendiente será agravada.</p>

Por el número de sujetos	Unisubjetivo	Se requiere en su integración un solo sujeto activo.
	Plurisubjetivo	Se requiere para su integración, la concurrencia de dos o más sujetos.
Por el número de actos	Unisubsistente	Para integrarlo se requiere de un solo acto.
	Plurisubsistente	El delito se integra por la concurrencia de varios actos, cada conducta por sí sola de manera aislada no constituye un delito.
Por su duración	Instantáneo	El delito se consuma en el momento en que se realizaron todos sus elementos, en el mismo instante de agotarse la conducta se produce el delito, vgr. Homicidio.
	Continuo	Cuando la consumación se prolonga en el tiempo.
	Continuado	Cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.
Por su procedibilidad	De oficio	Se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito; la autoridad debe proceder contra el probable responsable en cuanto se entere de la comisión del delito, de modo que no solo el ofendido puede denunciar la comisión del delito; vgr. Homicidio, lesiones graves, violación, etc..

	De querella	Este solo puede ser a petición de parte, o sea, por medio de querella del sujeto pasivo o de sus legítimos representantes, vgr. Estupro, el abuso de confianza.
Por la materia	Común	Es el emanado de las legislaturas locales.
	Federal	Es el emanado del Congreso de la Unión, en el que se ve afectada la Federación.
	Militar	Es el contemplado en la legislación militar, es decir, afecta solo a los miembros del ejército nacional.
	Político	Es aquel que afecta al Estado, tanto por lo que hace a su organización, como en lo referente a sus representantes
	Contra el derecho internacional	Afecta bienes jurídicos del derecho internacional, vgr. Piratería, violación de inmunidad, etc.
Por el bien jurídicamente tutelado	<ul style="list-style-type: none"> • Contra la vida • Contra el patrimonio • Contra la nación • Contra la libertad sexual, etc. 	
Por su ordenación metódica	Básico fundamental	Tipo que sirve de eje o base y del cual se derivan otros, con el mismo bien jurídico tutelado.
	Especial	Incluye otros elementos que le dan vida propia, vgr. El aborto.

	Complementado	Es un tipo básico, adicionado de otros aspectos o circunstancias que modifican su penalidad, de manera que lo agravan o atenúan, además no tienen vida autónoma como el especial, vgr. Robo en casa habitación con la penalidad agravada, según el lugar donde se cometa.
Por su composición	Normal	La descripción legal solo contiene elementos objetivos, vgr. Homicidio.
	Anormal	Se integra de elementos objetivos, subjetivos o normativos, vgr. Parricidio.
Por su autonomía o dependencia	Autónomo	Tiene existencia por sí solo. Vgr. Robo.
	Dependiente subordinado	o Su existencia depende de otro tipo, vgr. Homicidio en riña.
Por su formulación	Casuístico	El tipo plantea diversas hipótesis o posibilidades para integrarse el delito, el cual puede ser alternativo acumulativo.
	Amplio	El tipo no precisó un medio específico de comisión, de manera que puede ser cualquiera, vgr. Homicidio.
Por la descripción de sus elementos	Descriptivo	Describe con detalle los elementos que contiene el tipo.
	Normativo	Hace referencia a lo antijurídico y generalmente va vinculado a la conducta y medios de ejecución y se

	Subjetivo	conoce por frases como: <ul style="list-style-type: none"> • Sin derecho • Indebidamente • Sin justificación Se refiere a la intención, el motivo del porqué de la conducta, es decir, el estado de ánimo.
--	-----------	---

En lo conducente a los aspectos objetivos, subjetivos y normativos del tipo se dice: la diferencia entre el tipo normal y anormal, estriba en que el primero contiene conceptos puramente objetivos, y el segundo describe situaciones valoradas y subjetivas; si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo como la cópula en el estupro, cuando las frases usadas por el legislador constituyen elementos normativos del tipo (casta y honesta), puede contener la descripción legal, conceptos cuyo resultado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se estaría en presencia de los elementos subjetivos del tipo.

En mi opinión del anterior concepto considero que los elementos objetivos van a ser aquellos que solamente se aprecian con los sentidos, o sea corpóreos, mientras que los subjetivos serían los motivos de la conducta, propiamente, la intención o el estado de ánimo y los normativos cuando existe una valoración jurídica; verbigracia, en el delito de robo se contiene el elemento de objetividad, que sería el apoderamiento de la cosa, tomando en cuenta que sería propiamente tener en las manos el objeto, el aspecto subjetivo la palabra "apodere", que sería la intención de apropiación, y por último el normativo el cual enfocaría la cosa ajena y se le daría evidentemente, el valor jurídico que contempla nuestro código.

En cuanto al aspecto negativo de la tipicidad, tenemos a la atipicidad, misma que es la falta de adecuación de la conducta al tipo por carecer de requisitos necesarios para la exigibilidad del tipo, es decir, que hay ausencia del tipo, cuando la conducta aunque antisocial, no se encuentra prevista en la ley como delito.

Aplicando la tipicidad al delito en particular que ocupa el presente trabajo, es menester mencionar exactamente el tipo, para que con ello pueda hacerse un buen análisis, mismo que está contenido en la fracción segunda del artículo 462 de la Ley General de Salud vigente mismo que dispone que: .se impondrá de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

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

Es de considerarse que el legislador tiene la intención de evitar el comercio de órganos, o al menos eso parece, por lo que no es conveniente la redacción del tipo penal, ya que se utilizó la preposición "con" en la frase "comercie con órganos", pero la preposición "con", tiene un significado que a continuación se verifica:

"Con. Prep. Que se aplica al medio, modo o instrumento que sirve para hacer algo. Juntamente y en compañía, pre. Insep. Que expresa reunión, cooperación o agregación."³⁷

De lo anterior se desprende que el legislador, aún con buena intención, deja la duda en la expresión de la ley, ya que entonces la expresión "comercie con órganos", en una interpretación literal, sería lo mismo que negociar, promover u ofrecer acompañado de órganos, o juntamente a los órganos, cuestión que en esta materia es ridículo, ya que se necesitaría ser adivino para negociar algo y llevarlo a la negociación, sin saber si se es compatible en cuanto a medidas, grupo sanguíneo o genéticamente, por lo que es de pensarse que si existió un error en la redacción, si la intención del legislador es evitar el comercio en cuanto a órganos se refiere, se escucha menos elegante, pero es más claro decir "comercio de órganos". El diccionario Léxico Hispano, en la sexta aceptación de la preposición "De" manifiesta que: "indica también el asunto o materia de que se trata"³⁸ y la frase del tipo penal diría "al que comercie órganos" y quedaría clarísimo, sin embargo de la forma en como se encuentra, al que entienda correctamente el castellano, le parecerá imposible lo que exige el tipo penal.

En cuanto a la clasificación de los tipos penales, nos ocupa en particular el de comercio con órganos, es factible comenzar señalando que el comercio con órganos o de órganos, implica en sí una acción que contiene movilidad y la realización de una conducta de hacer, por lo que se deduce de acción aunque la omisión, es decir, el permitirlo o no impedirlo cuando se está obligado, implica otro tipo penal, otro delito tipificado en el artículo 462 bis de la Ley General de Salud, la cual describe que "Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de los locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I y II del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, se le impondrá de tres a ocho años de prisión, y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate"; entonces la omisión constituye en sí otro tipo penal, dando por resultado una comisión por omisión ya que sí se causa un resultado material y afecta a un bien jurídicamente tutelado.

³⁷ Diccionario Léxico Hispano, Op Cit. p. 363

³⁸ IBID p. 467

Es un delito doloso, por las circunstancias en que se presenta, se comete el delito con toda la intención de realizarse, por lo que no ha lugar a la culpa o a la imprudencia.

En cuanto a su estructura, es simple cuando el órgano se consiguió o se obtuvo por medios lícitos, y posteriormente se comercia, así es simple, pero será complejo cuando primero se negocia o comercia y dependiendo de las especificaciones de lo solicitado, se obtiene por medios ilícitos, adecuando la conducta al tipo de la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, en donde se sanciona igual que la fracción II pero la conducta exigida es "al que ilícitamente obtenga, conserve utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos", en este caso ya es complejo.

Plurisubjetivo, en cuanto al número de sujetos que participan, ya que el comercio necesita de dos sujetos, es decir, el oferente y el demandante, por tal motivo es imposible que un mismo sujeto reúna las dos características.

Unisubsistente, dado que para su integración se requiere de un solo acto, que es el comerciar con órganos.

Por su duración es de los clasificados como instantáneos, ya que la conducta se agota al momento mismo de comerciar el órgano.

Por su procedibilidad, y siguiendo el principio que si el delito, capítulo o título donde se encuentre no menciona que sea perseguible por querrela con lo que se pudiera obtener el perdón del ofendido, será de oficio, perseguible y procedente por medio de denuncia y tal es el caso del delito de comercio con órganos.

Es autónomo aún cuando el órgano fue obtenido por medios lícitos o ilícitos, ya que con el sólo hecho de comerciar con dichos órganos, se tipifica el delito de comercio de órganos.

La atipicidad en el caso del delito de comercio de órganos, se lograría no realizando el comercio, es decir, no negociando, ofreciendo, prometiendo favores o retribuciones a quien done órganos, de este modo no se estaría en el supuesto hipotético de la conducta exigida por el tipo penal.

3.2.3 Antijuricidad.

El delito es una conducta humana, pero no toda conducta humana es delictuosa, se requiere además, que sea típica, antijurídica y culpable.

“Como la antijuricidad es un aspecto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva, sin embargo, comúnmente se aceptaba como antijurídico, lo contrario a derecho.”³⁹

Para Mariano Jiménez Huerta, “la antijuricidad no es otra cosa, que la conducta que lesiona un bien jurídico y ofende los ideales valorativos de la comunidad.”⁴⁰

Según el Maestro Rafael de Pina Vara, la antijuricidad es “la contradicción al derecho o ilicitud jurídica”.⁴¹ Independientemente del concepto, es una acepción negativa desde su gramática, al anteponerle el prefijo “anti” a lo jurídico, es decir, lo contrario al Derecho, y según Franz Von Liszt, “el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos”⁴²

La profesora Irma Amuchategui señala que en el ámbito penal la antijuricidad radica precisamente en contrariar a lo establecido en la norma, situación en la que no se está de acuerdo por seguir las precisiones que realiza Carlos Binding, quien ha escrito que el delito no es contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta en la ley penal, siendo cierto, ya que cuando un sujeto priva de la vida a otro, estuvo en lo establecido en la norma jurídico-penal, sin embargo al contrariar la norma jurídico-penal se estaría aceptando al que no prive de la vida a otro como la antijuricidad, lo cual sería incorrecto.

López Betancourt señala a la antijuricidad como el choque de la conducta con el orden jurídico, y menciona que se le puede considerar como “un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como un delito”.⁴³

El aspecto negativo de la antijuricidad, son las causas de justificación con esto se forma una causa justificadora del actuar y por lo tanto lícita, esto anula el delito, siempre y cuando la causa de justificación se encuentre contenida en la norma penal. Las causas de justificación, tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica, suele catalogárseles como circunstancias excluyentes de responsabilidad, ya que como el maestro Carrancá y Trujillo las denomina causas que excluyen la incriminación.

Las causas de exclusión del delito se encuentran legisladas en el artículo 15 del Código Penal Federal, clasificadas de la siguiente forma:

³⁹ Castellanos Tena Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal p. 175

⁴⁰ Jiménez Huerta Mariano Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa México 1960 p. 249

⁴¹ De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, Edit. Porrúa, México 1994 p.84

⁴² Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. p. 180

⁴³ López Betancourt, Eduardo. Op. Cit. p. 139

- Legítima defensa
- Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado)
- Cumplimiento de un deber
- Ejercicio de un derecho.

Según Jiménez de Asúa, la legítima defensa es "la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios".⁴⁴

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, dispone que el delito se excluye cuando: Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. De la definición anterior, la cual es aplicable para estos casos, pueden desprenderse varios elementos, como lo son repeler, que significa rechazar, evitar o impedir, por agresión, según Mezger, la conducta que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos, real, con esto significa que no sea imaginaria e hipotética, ser actual o inminente, es decir presente o muy próxima, que dicha agresión sea injusta y sin derecho, esto es, antijurídica, dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados propios o ajenos, "entendiéndose que los bienes pueden pertenecer a personas físicas o morales, y pueden ser ataques a personas físicas en sus vidas, integridad corporal, o en su libertad física o sexual, el honor o en otros bienes como son los de la naturaleza patrimonial corpórea o incorpórea y de los derechos subjetivos susceptibles de agresión".⁴⁵

En el estado de necesidad, el cual es otra de las causas de justificación, consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, Von Liszt, ha manifestado que el estado de necesidad es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley, y en el cual no queda otro recurso sino el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos. Porte Petit menciona que "estamos frente al estado de necesidad cuando para salvaguardar un bien mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesione otro bien igualmente amparado por la ley."⁴⁶

La fracción V del artículo 15 del mismo código, legisla el estado de necesidad, disponiendo que se excluye la responsabilidad del delito, cuando se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. Los casos específicamente tipificados son el aborto terapéutico o

⁴⁴ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. P. 191

⁴⁵ IBID p. 194-197

⁴⁶ López Betancourt Eduardo, Op. Cit. P.P 153, 154

necesario y el robo de indigentes o de famélico, éstos, según la legislación, se constituyen en estado de necesidad.

La fracción VI del mismo artículo y código, dispone que se excluye el delito cuando la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista racionalidad del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro: en esta disposición se abarcan los conceptos de cumplimiento de un deber o de una obligación y el ejercicio de un derecho.

El ejercicio de un derecho es cuando se causa un daño, pero en virtud del ejercicio del ejercicio de un derecho derivado de una norma jurídica e inclusive otras situaciones como el ejercicio de una profesión o un deporte, en los cuales pueden afectarse derechos, pero estarán excluidos del delito en virtud del permiso en el ejercicio de ese derecho.

En cuanto al cumplimiento de un deber, en donde si la acción o la omisión están permitidas y mandatos de ley, entonces el daño ocasionado no será ilegítimo, López Betancourt distingue entre cuatro posibilidades, "los deberes impuestos a un individuo en instantes de necesidad o urgencia, el deber de denuncia o urgencia, el deber de denuncia o revelación impuesta a ciertos profesionales, el caso de deberes de una profesión, entre los que se encuentra el de guardar secreto y el de los deberes del testigo; todo lo anterior independientemente de los deberes de obediencia que deben actuar los militares y policías correspondientes".⁴⁷

Por último, en el aspecto negativo de la antijuricidad o causas de justificación, tenemos al impedimento legítimo, que más bien que una excluyente de responsabilidad, es un derecho de excepción ya que este supuesto se presenta cuando un sujeto teniendo la obligación de actuar en el cumplimiento de una ley, no lo hace, con base en una causa igualmente fundada en la ley; es una conducta de omisión y algunos autores han manifestado que es una excepción a la obligación de cumplir con la ley; esto es que el impedimento legítimo equivaldría a contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que la misma manda.

Las demás fracciones del artículo 15 del Código Penal Federal no mencionadas anteriormente, son igualmente positivas y aplicables a los casos en particular, pero la doctrina no los denomina ni menciona con absoluta claridad, dada la misma reacción de las fracciones y que no se ocupan para efectos de antijuricidad, sino en otros aspectos positivos o negativos del delito.

⁴⁷ IBIDEM, p. 153

3.2.4 Imputabilidad

La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, es decir es un conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor al momento de la comisión del delito y que lo capacitan para responder por el mismo, o bien es la capacidad de actuar con entendimiento y discernimiento que lo hace producir un comportamiento en el campo del derecho penal.

Algunos autores manejan que aquel juicio de reprochabilidad o discernimiento podrá o no hacerse dependiendo de las características del sujeto activo del delito, de tal modo que según el maestro Castellanos Tena, "la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y de la salud mental"⁴⁸, es decir, que tenga la capacidad de entender y comprender la antijuricidad de su conducta, siendo el responsable de la misma. Para tener la capacidad, es necesario el poder actuar, es decir, contar con una salud mental suficiente como para ser consciente de su conducta; Es también sabido que si no se está con la capacidad mental provocado por un estado de inconsciencia, tampoco se estará ante un aspecto negativo de la imputabilidad.

El aspecto negativo de la imputabilidad, es la inimputabilidad, la cual puede manifestarse en el desarrollo intelectual retardado, trastorno mental o circunstancia en la que el sujeto no sea capaz de comprender, tal y como lo dispone la fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal, que manifiesta que "al momento de realizar un hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental y desarrollo intelectual retardado, a ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible. Cuando la capacidad a que se refiere el artículo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 de este código. (Se dará tratamiento al inimputable, que no exceda del tiempo de la pena máxima del delito).

En cuanto al delito de comercio con órganos o de órganos, es de suponerse la gran dificultad, de que alguien no pueda comprender o entender la realización del ilícito al comerciar algo tan raro para el mismo sujeto, aunque no imposible, es difícil que esté en el supuesto de la inimputabilidad, al menos en la comisión de este delito en particular.

⁴⁸Castellanos Tena Fernando Op Cit. p.201

3.2.5 Culpabilidad.

Maggiore define la culpabilidad como la desobediencia consciente y voluntaria y de la que el sujeto está obligado a responder ante alguna ley, mientras que Jiménez de Asúa la define como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁴⁹

En otras palabras, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto; para explicar la culpabilidad, existen dos teorías, la teoría psicologista y la teoría normativista y que a su vez, manejan tres elementos que son:

- Un acto de voluntad
- Una norma jurídica
- Un resultado

- A) Teoría psicologista: ésta le da más importancia al acto de voluntad y al resultado, esto es, que se basa principalmente en la actitud de desprecio del sujeto activo que desprecia voluntariamente el orden jurídico, lo que da lugar a la culpa y al dolo.
- B) Teoría normativista: le da más importancia a la norma jurídica y al resultado, aquí el sujeto culpable lo es porque existe una norma que le impone un deber que no observa, pudiendo hacerlo.

Existen dos especies de culpabilidad, el dolo y la culpa, de igual manera, han sido considerados como grados de la misma, siendo más grave el dolo que la culpa y a su vez, el dolo es la absoluta manifestación de la intencionalidad de infringir la ley como principal propósito, y la culpa es la no-intencionalidad de infringir la ley, pero por descuido, imprudencia o negligencia, ocurre la comisión de un delito.

Para Fernando Barrita López, las primeras teorías del dolo pedían dos elementos, primero conocer los hechos y querer los hechos, después se consideró también el conocimiento de la ilicitud de los hechos; ahora afirma que: "los finalistas han mandando al dolo y la culpa en la conducta, así para los finalistas, la culpabilidad es la imputabilidad, el conocimiento de la ilicitud y exigibilidad, de tal manera que al sujeto se le reprocha no haber actuado conforme a la norma de derecho".⁵⁰

El dolo tiene diversas concepciones y elementos, dependiendo del autor, por ejemplo, la profesora Amauchategui menciona que el dolo es compuesto por

⁴⁹ López Betancourt Eduardo, Op. Cit. p. 203

⁵⁰ Barrita López, Fernando. Avriguación Previa, Edit. Porrúa México 1997 p.37,38

dos elementos: "el primero es ético porque consiste en saber que se infringe la norma, y el segundo es volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica".⁵¹

Carrara, máximo representante de la Escuela Clásica, define al dolo como "la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley, mientras que Cuello Calón afirma que el dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso".⁵²

Según Maggiore, el dolo tiene dos elementos: el primero "es la previsión o representación del resultado, y el segundo es la violación de él, si alguno faltare, no puede haber dolo".⁵³

El Doctor Eduardo López Betancourt menciona que "el dolo está compuesto por un elemento intelectual y otro emocional, el elemento intelectual, implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, y el elemento emocional, es la voluntad de la conducta o del resultado".⁵⁴

De las opiniones anteriores, se desprende que el sujeto que realice la acción, deberá de conocer que el resultado, es decir su acción y la consecuencia de la misma, se encuentran señalados como una conducta típica, o sea que está descrita por la ley, constituyendo así un delito la misma, no obstante siendo sabedor de ello, su voluntad es la realización de esa conducta.

Existen diversas clases sobre el dolo, dependiendo del autor y la época, entre los que más se mencionan, son el dolo directo, indirecto o eventual, el genérico, el específico y el indeterminado.

En el dolo directo, el sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico, en otras palabras, el resultado que el sujeto obtiene, coincide con su intención. En el dolo indirecto o eventual, es cuando el sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades que surjan otros resultados diferentes, en el dolo genérico, la intención es causar un daño o afectación, o sea la voluntad consciente encaminada a producir el delito, el dolo específico consiste en la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, y el dolo indeterminado consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, es decir que el sujeto tiene la intención genérica de delinquir, los resultados que obtiene no los desea específicamente, pero los prevé y los acepta en atención al fin propuesto y necesariamente deben existir tres elementos que son la falta de precaución, el resultado previsible y el resultado evitable.

⁵¹ Amauchategui Requena Irma G. Op. Cit. p. 83

⁵² López Betancourt Eduardo, Op. Cit. p. 208

⁵³ IBID p. 219

⁵⁴ IDEM p.219

En cuanto a la culpa, como segundo elemento de la culpabilidad, es el daño que se ocasiona por falta de cuidado o por hacer las cosas sin la debida precaución o previsión.

"Para que se configure la existencia de la culpa, es necesario comprobar que exista la ausencia delictiva, la presencia de un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional, la relación de la causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada, además que el daño sea producto de una omisión de voluntad necesaria para preservar un deber de cuidado indispensable para evitar un mal, dicha omisión de la voluntad, exige que el hecho sea previsible y previsible".⁵⁵

La inculpabilidad, como aspecto negativo de la culpabilidad existirá cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad, es decir, todas aquellas causas que al presentarse anulan el dolo y la culpa, en el actuar del sujeto, en otras palabras, en el actuar del sujeto incurre en resultados dañoso, pero el sujeto lo causó sin intención pero con imprudencia, por lo tanto no hay responsabilidad penal, y refiriendo a las causas son las siguientes:

- Error
- Caso fortuito
- No-exigibilidad de otra conducta

Es necesario mencionar la fracción VIII del artículo 15 del mismo ordenamiento, ya que es una excluyente del delito y es muy importante para el tema tan especializado que se desenvuelve en el presente trabajo y que a continuación se transcribe:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal
- B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código.

En cuanto a la excluyente anterior, es importante mencionar que el código manifiesta la intención de excluir el delito a los que estén en los supuestos que doctrinaria y respectivamente se denominan error de tipo y error de prohibición, indirecto o de permisión.

⁵⁵ IBIDEM P. 223

Sobre el error de tipo, es claro distinguirlo, ya que sí cabe el error sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, y además ocurren invenciblemente, se excluirá el delito, pero en cuanto al error de prohibición es más complejo ya que en México tradicionalmente se ha manejado una máxima italiana que estipula que "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento", pero en materia penal y en ciertos casos, como el manifestado en el inciso B) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal, sí se acepta esta ignorancia de la ley como excluyente del delito, y por tanto, de su cumplimiento.

El error de prohibición directo o error de derecho, se da cuando el agente realiza la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya porque desconozca la ley o el alcance de la misma, no basta que el sujeto se encuentre inmerso en el error desconocer la ley o de ignorar su verdadero alcance, para integrar la causal de exclusión del delito; se precisa que dicho error sea invencible o insuperable, esto es que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su sentido y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea inculpable.

En el error de permisión o error de prohibición indirecto, la diferencia es que el sujeto, al realizar la acción u omisión se encuentre en un error invencible, por creer que su conducta se encuentra justificada.

Bajo estas circunstancias, tenemos que el error invencible se puede dar en los siguientes casos:

- "Error invencible.- por estimarse que el hecho típico ejecutado no está prohibido.
- Error invencible.- por estimarse que el hecho típico, siendo en general prohibido, en el caso particular se encuentra justificado en virtud de una circunstancia que en realidad no tiene esa eficacia.
- Error invencible.- al considerarse que el hecho típico, si bien está prohibido en general, en el caso particular se encuentra comprendido en una auténtica causa de justificación que en realidad no ocurre"⁵⁶

En cuanto al tipo penal, el comercio de órganos o comercio con órganos, materia del presente trabajo, se está en posibilidad de mencionar que opera la antijuricidad en la conducta y quizás habría una pequeña posibilidad, sobre todo por lo especializado del tema, que existiera un aspecto negativo, es decir, una causa de justificación, consistente en los tres casos anteriores del error de prohibición, por parte del oferente, en caso de absoluta ausencia de preparación verdaderamente casi imposible, por la naturaleza de lo comercializado, y por otro lado, el demandante, a quien lo único que interesa es poder aliviar su salud o la de su ser querido, siendo ignorante de las leyes o creyéndose justificado al

⁵⁶ Pavón Vasconcelos Francisco, Op Cit. p 470-471

realizar una conducta de este tipo, por lo que es factible esta causa de justificación del inciso B) de la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal Federal.

En cuanto al error, tenemos que es la falsa apreciación de la realidad, algunos autores lo consideran como un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto que conoce y el objeto por conocer (el sujeto conoce pero equivocadamente); el error y la ignorancia son excluyentes de responsabilidad, por lo tanto en el error, el sujeto no debe tener ni culpa ni dolo. En el caso fortuito, se causa un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia y observando las reglas de cuidado, en tanto que la ausencia de exigibilidad de otra conducta, es una excluyente de responsabilidad porque el derecho no puede exigir una conducta a realizar, es decir no exige que se sacrifique algún bien jurídico tutelado.

La profesora Irma Amauchategui, como causas de inculpabilidad, menciona al "error esencial de hecho invencible, las eximentes putativas, la no exigibilidad de otra conducta, el temor fundado y el caso fortuito."⁵⁷

En cuanto al error, coincidimos que es una falsa concepción, la ignorancia es la ausencia del conocimiento, en cuanto al error de hecho, es el que recae sobre la relación fáctica, aquí se dan las eximentes putativas que son los movimientos en circunstancias de cólera o bien son los casos cuando el agente que por error esencial de derecho se está amparando por una circunstancia justificativa, porque se trata de un comportamiento ilícito, situación con la cual se está de acuerdo como ya se comentó, donde se mencionó el error de permisón, aunque el Doctor López Betancourt no lo esté, e inclusive afirme que la ignorancia de las leyes a nadie le beneficia, es cierto que esto es distinto a que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento, pero la intención de su expresión parece similar, y como ya se comentó el desacuerdo fundado de esta opinión en cuanto a materia penal se refiere y en algunos casos; el error accidental, es cuando recae sobre aspectos accesorios e intrascendentes para la configuración del tipo.

Por las consideraciones anteriores, es de concluir que el delito de comercio con órganos o de órganos, es cometido con dolo, ya que se sabe que está prohibida la conducta y aún a sabiendas se comete; también es de considerarse que es imposible que el delito de comercio de órganos acepte la culpa, ya que sería sumamente difícil la situación que por falta de cuidado o negligencia médica o imprudencialmente se negociara con órganos, no es una situación concordante o de acuerdo a una conducta esperada o posible a la realidad.

⁵⁷ Amuchategui Requena Irma C. Op. Cit. . 103

3.2.6 Punibilidad

La punibilidad es el merecimiento de una pena de acuerdo a la realización de una conducta, un comportamiento siempre va a ser punible cuando se haga merecedor de una pena, la que será aplicada por una disposición legal de aplicación de esa sanción.

El maestro Rafael de Pina Vara distingue los conceptos de punición y pena, considerando a la punición como el determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto, mientras que a la pena la considera como la restricción o privación de derechos que se le impone al autor de un delito, implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad.

Cuello Calón, considera que "la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción encaminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo"⁵⁸, mientras que maestro Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad es la amenaza de la pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social, en tanto que para el profesor López Betancourt, la punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por la razón de la comisión de un delito, dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal.

Fernando Castellanos, en cuanto al aspecto negativo de la punibilidad, es decir su ausencia en donde no es posible la aplicación de la pena, la define como "aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena, ya que el Estado, en razón de la justicia y la equidad y de acuerdo con la política criminal, no sanciona determinadas conductas, entre ellas se encuentran la excusa en razón de la cuantía, como el robo del artículo 375 del Código Penal, cuando el valor de lo robado no exceda de diez veces el salario mínimo"; la excusa en razón de la maternidad consciente del artículo 333 para el caso en particular del aborto causado por imprudencia o permitido cuando el embarazo es el resultado de una violación; otras excusas por inexigibilidad, como en el caso del encubrimiento, la excusa por graves consecuencias sufridas, cuando por senilidad o precario estado de salud fuere notoria e irracional la imposición de la pena".⁵⁹

Por las características que ocupa el tema del presente trabajo y por las de las excusas absolutorias, es seguro que ninguna opera como justificación o excusa absoluta en el delito de comercio de órganos, por lo cual no podrían presentarse en la vida misma o bien a través de la comisión del delito supraindicado.

⁵⁸ López Betancourt Eduardo, Op. Cit. p.253

⁵⁹IBID p. 253

CAPITULO CUARTO

EL DELITO DE COMERCIO DE ORGANOS EN MEXICO

4.1 Legislación actual en materia de disposición de órganos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 4º, párrafo IV, garantiza la protección de la salud, mismo artículo que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

En cuanto a la legislación actual en materia de implantes, existe la legislación, su reglamento y la norma técnica 323.

La Ley General de Salud, contempla en su título décimo cuarto, el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, dividido en tres capítulos respectivamente. (Promulgada el siete de febrero de 1984, última reforma el 7 de mayo de 1997).

El Reglamento específico es el de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, promulgada el 20 de febrero de 1985; existe también una norma técnica, la 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos promulgada el 14 de noviembre de 1988.

Es menester transcribir preceptos de las disposiciones existentes para observar las reglas a seguir en materia de implantes, por lo que a continuación se mencionan algunas de las aplicables al tema.

La Ley General de Salud, inicia en el título décimo cuarto, artículo 313, que compete a la Secretaría de Salud, ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Al efecto, la Secretaría de Salud tendrá a su cargo el Registro Nacional de Trasplantes y al Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea.

Artículo 314. Para efectos de este título, se entiende por:

I Disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos: el conjunto de actividades relativas a la obtención, análisis, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, confines terapéuticos, de docencia o investigación.

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

III Células germinales: las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión,

IV Preembrión: el producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación,

V Embrión: el producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana y hasta el término de la decimasegunda gestacional,

VI Feto: el producto de la concepción a partir del inicio de la decimatercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno,

VII Tejido: entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función,

VIII Organo: entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico,

IX Productos: todo tejido o substancia excretada o expedida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este Título, la placenta y los anexos de la piel, y

X Destino final: la conservación permanente, inhumación, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos en condiciones sanitarias permitidas por esta ley y demás disposiciones aplicables.

El artículo 315 del mismo ordenamiento, estipula que se considerará como donante originario, para efectos de este Título, a la persona con respecto de su propio cuerpo y los productos del mismo.

El artículo 316, menciona que serán donantes secundarios:

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

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

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

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

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

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

Si antes de este 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 será expedida por dos profesionales distintos de los que integren el cuerpo técnico que intervendrá el trasplante.

El artículo 319. expone las autorizaciones en cuanto a establecimientos se refiere, disponiendo que los establecimientos en los cuales se realicen actos de disposición de órganos, tejidos, y células, requieren de autorización sanitaria.

En el caso de establecimientos en los que se realicen actos relacionados con cadáveres de seres humanos, se deberá presentar el aviso correspondiente a la Secretaría en los términos de esta Ley y demás disposiciones generales aplicables.

Los profesionales responsables de los actos a que se refiere los párrafos anteriores, también deberán presentar aviso.

El artículo 322, dispone que salvo tratándose de la sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas, la obtención de órganos o tejidos y sus componentes de seres humanos con fines terapéuticos, se hará preferentemente con cadáveres.

Artículo 323. La selección del donante originario y del receptor de órganos y sus componentes y células, para trasplante o transfusión, se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.

Asimismo, el sexto capítulo del Título Segundo del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, se encuentra denominado como "De la investigación en órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos", comprendido en dos artículos:

Artículo 59. La investigación a que se refiere este capítulo comprende la que incluye la utilización de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, así como el conjunto de actividades relativas a su obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final.

Artículo 60. Esta investigación deberá observar, además del debido respeto al cadáver, las disposiciones aplicables estipuladas en el presente ordenamiento y lo establecido en el Título decimocuarto de la Ley y su Reglamento en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

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 realidad resume lo que la Ley General de Salud manifiesta, de una manera explicativa, cumpliendo así, con la finalidad de los Reglamentos; entre las disposiciones más importantes que presenta el Reglamento, es, entre los que se encuentra el fundamento legal, en el artículo cuarto del mismo que menciona lo siguiente:

Artículo 4°. Corresponde a la Secretaría emitir las normas técnicas a que se sujetará, en todo el territorio nacional, la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos. Asimismo, compete a la Secretaría la emisión de los instructivos, circulares y formas que se requieran para la aplicación del presente reglamento.

Por el motivo expuesto en el artículo anterior, y con fundamento en el mismo, el catorce de noviembre de 1988 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Norma Técnica 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, misma que es una acumulación o una reseña que resume todas las disposiciones importantes en materia de control de disposición de órganos y tejidos de seres humanos.

En la revisión del Reglamento, se detectó un error importante de redacción, lo que muestra de nueva cuenta, la ausencia de cuidado en la elaboración de legislaciones al momento de aplicar la correcta técnica legislativa necesaria para la elaboración de leyes, dicho error se encuentra en el artículo séptimo, que dispone lo siguiente:

Artículo 7. Será considerado destino final de órganos, tejidos, productos y cadáveres de seres humanos:

- I. La inhumación.
- II. La incineración
- III. La inclusión en acrílico y otras sustancias plásticas
- IV. La conservación permanente mediante tratamiento a base de parafina
- V. La conservación permanente de esqueletos con fines de docencia
- VI. El embalsamamiento permanente con fines análogos a los de la fracción anterior
- VII. La conservación permanente de órganos y tejidos mediante sustancias fijadoras para fines de docencia y,
- VIII. Los demás que tengan como fin la conservación permanente o desintegración en condiciones sanitarias, que autorice la Secretaría.

Es de pensarse que faltó la disposición primordial, de una manera exageradamente especificada, ya que se trata del Reglamento que rige el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, por lo anterior, para ser que el legislador omitió dentro del artículo siete del Reglamento, una fracción que mencionara, como destino final, “la implantación de órganos con fines substitutivos terapéuticos”.

4.2 Formalidad en materia de implantes.

Cuando la donación se realiza entre vivos, o con la debida prevención y se dispone para después de la muerte, los elementos personales deberán sujetarse a las formalidades requeridas por el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, que el contenido de su articulado dispone ciertas reglas, las que deberán ser aplicadas, para no incurrir en una obtención ilícita de órganos, las cuales son expresadas de la manera siguiente:

La fracción V del artículo 16 del Reglamento, dispone que tratándose de trasplantes entre vivos, el disponente originario del que se tomen órganos y tejidos, deberá haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos o ante un notario público.

Ahora bien, el artículo 24 del Reglamento, muestra el contenido mínimo de validez legal en el cual el disponente originario expresará su voluntad para la disposición de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos de la siguiente forma:

- I. Nombre completo del disponente originario
- II. Domicilio
- III. Edad
- IV. Sexo
- V. Estado civil
- VI. Ocupación
- VII. Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario si tuviere
- VIII. Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos, alguno de sus familiares más cercanos
- IX. El señalamiento de que por propia voluntad y a título gratuito, consciente en la disposición del órganos o tejido de que se trate, expresándose si esta disposición se entenderá hecha por vivos o para después de su muerte
- X. Identificación clara y precisa del órgano o tejido del trasplante

- XI. El nombre del receptor del órgano o tejido, cuando se trate de trasplante entre vivos, o las condiciones que permitan identificar al receptor si la disposición fuese para después de su muerte
- XII. El señalamiento de haber recibido información a su satisfacción sobre las consecuencias de la extirpación del órgano o tejido
- XIII. Nombre, firma y domicilio de los testigos cuando se trate de documento privado
- XIV. Lugar y fecha en que se emita, y
- XV. Firma o huella digital del disponente.

El receptor, también deberá sujetarse a lo dispuesto por el Reglamento, para que no exista el problema de incurrir en el delito, en su modalidad de obtención, utilización, conservación y suministro ilícito de órganos y tejidos por falta de observancia del artículo 26 del Reglamento el cual señala los requisitos mínimos para la expresión manifestada de la voluntad del mismo, documentada por escrito, siendo los siguientes:

- I. Nombre completo del receptor
- II. Domicilio
- III. Edad
- IV. Sexo
- V. Estado civil
- VI. Ocupación
- VII. Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario si tuviere
- VIII. Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres, y a falta de éstos, de alguno de sus familiares más cercanos
- IX. El señalamiento preciso de que por su propia voluntad consciente en la realización del trasplante, y que fue enterado suficientemente del objeto y clase de la intervención y de las posibilidades de éxito terapéutico
- X. Firma o huella digital del receptor
- XI. Lugar y fecha en que se emita
- XII. Nombre, firma y domicilio de los testigos si se trata de documento privado.

Existe también el caso cuando hay la intervención del Ministerio Público, en cuanto tenga conocimiento de que se llevará a cabo una donación de órganos, y el disponente no tenga el tiempo, la posibilidad o la capacidad para decidir sobre la disposición de sus órganos o tejidos para ser utilizados con fines terapéuticos, y deberá sujetarse exactamente al Instructivo 1/002/89 del Procurador de Justicia del Distrito Federal para los Agentes del Ministerio Público sobre la solicitud de disposiciones de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, enumerado a continuación.*

PRIMERO. Para la tramitación de solicitud, ante el Ministerio Público, disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, será necesario iniciar averiguación previa, ya sea directa o relacionada, según lo amerite el caso-

SEGUNDO. La solicitud de disposición de órganos, tejidos o cadáveres de seres humanos, será presentada en comparecencia directa ante el Ministerio Público, por persona debidamente acreditada por la Secretaría de Salud para realizar actos de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, tal solicitud deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. La denominación y domicilio del establecimiento solicitante
- II. El número y la fecha de la licencia sanitaria del establecimiento
- III. El número y la fecha de la autorización para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, expedida por la Secretaría de Salud
- IV. El lugar donde se encuentre el lesionado o cadáver objeto de la disposición
- V. Nombre, en su caso, sexo y edad cierta o aproximada de la persona objeto de la disposición
- VI. Causa de la muerte
- VII. Los órganos o tejidos de los que se pretende disponer
- VIII. El nombre del personal autorizado por el establecimiento para la toma de órganos y tejidos
- IX. El nombre y firma del representante del establecimiento y,
- X. Autorización, en su caso, del disponente original.

TERCERO. Con la solicitud a que se refiere el artículo anterior, se acompañará el certificado médico de defunción del paciente, suscrito por el médico encargado del servicio y por un especialista en neurología, anexando el resumen clínico del tratamiento médico aplicado y las constancias de las pruebas respectivas, con base en las cuales se determinó fehacientemente el fallecimiento en cualquiera de las clases a que hace referencia el artículo 317 y 318 de la Ley General de Salud.

CUARTO. El Ministerio Público dará intervención a peritos médico-forenses de esta institución a fin de que emitan técnica respecto de si el lesionado objeto de la disposición, realmente se encuentra clínicamente sin vida en los términos de la Ley General de Salud, y además si la disposición de órganos, tejidos y cadáver solicitado no impedirá dictaminar posteriormente sobre las causas del fallecimiento.

QUINTO. Satisfechos todos los requisitos y siempre que no exista causa legal para desestimar la petición de referencia, previo acuerdo de su superior inmediato, el Agente del Ministerio Público que instruya la indagatoria girará oficio al peticionario autorizando la disposición de los órganos, tejidos o cadáver solicitados, oficio que deberá llevar el visto bueno del Jefe de Departamento de Averiguaciones Previas o del Delegado Regional correspondiente.

SEXTO. Los solicitantes de disposición de órganos, tejidos o de cadáveres de seres humanos, asumirán la obligación de notificar al Ministerio Público, por escrito, el fallecimiento de la persona de la cual se hayan dispuesto sus órganos, tejidos o del cuerpo, acompañándolo de la relación quirúrgica respectiva.

SEPTIMO. Recibida la notificación del fallecimiento, el Ministerio Público iniciará las diligencias de estilo para el delito de homicidio y se ordenará la práctica de la necropsia de ley, remitiendo el cadáver a donde corresponda.

OCTAVO. Si los familiares lo solicitaren, el cadáver les será entregado para su inhumación o incineración. Si el cadáver no fuere reclamado, el Director General de Averiguaciones Previas, resolverá lo procedente

NOVENO. Cualquier duda sobre las disposiciones del presente instructivo, será comunicada al Subprocurador de Averiguaciones Previas, quien acordará lo conducente, en ausencia de éste, resolverá el Director General de Averiguaciones Previas.

El artículo 325 expresa que cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos y tejidos de su cadáver, se requerirá el consentimiento de los disponentes secundarios mencionados en el artículo 316, excepto cuando la autoridad competente, de conformidad con la ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos y/o tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.

Bajo estas circunstancias, la Ley General de Salud dispone en su artículo 326 que no tendrá validez el consentimiento otorgado por:

- I. Menores de edad
- II. Incapaces o,
- III. Personas que por cualquier circunstancia no puedan expresarlo libremente.

Asimismo, en el caso de las mujeres embarazadas, su consentimiento para la toma de tejidos, será admisible solo si el receptor se encuentra en peligro de muerte y siempre y cuando esto no implique riesgo para la madre ni para el producto; para el caso de las personas privadas de su libertad, podrán otorgar su consentimiento para la utilización de sus órganos con fines terapéuticos, siempre y cuando el receptor sea el cónyuge, concubina o familiar del disponente originario que se trate.

4.3 Creación de una nueva legislación para evitar el comercio de órganos.

"De acuerdo a la ONU (Organización de Naciones Unidas), los países en desarrollo y los países en transición, destinan del 10 al 14% de sus presupuestos gubernamentales destinados a la policía y la justicia penal"⁶⁰

Con fundamento en lo actual, es necesario comentar que la salud se encuentra "garantizada constitucionalmente por el artículo 4º, de donde deriva la Ley General de Salud, que rige desde el 1º de julio de 1984, es reglamentaria del citado artículo constitucional y por ella, entre otras múltiples disposiciones, se desarrolla el concepto del derecho de protección a la salud (art. 2), se precisa lo que en materia de salubridad general (art. 73) cómo se integran al Sistema Nacional de Salud y el Consejo de Salubridad General, fijándose las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y para la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general"⁶¹

Apegados a una interpretación lógica y sistemática, encontramos que de ser posible la revisión de la legislación aplicable, no existe alguna que realmente garantice el no comercio de órganos, que sería la situación deseada, es decir, algunas legislaciones sancionan, pero ninguna se encarga real y verdaderamente de prevenirlo como debiera ser, no se pone remedio claro para aquél que esté falto de salud, no se le da la oportunidad de que goce de una garantía de salud llegado el momento de requerir un implante y que lo obtenga tan fácilmente como conseguir una medicina, un suero o hasta un litro de sangre, por lo que sería ideal realizar una legislación ad hoc con las necesidades sociales y tecnológicas del momento que vivimos; una sugerencia es seguir en buena forma el método español en cuanto a la organización para la detección de probables donadores y receptores, de una manera instantánea, utilizando la tecnología que brinda la computación y las telecomunicaciones que en cuestión de segundos comunican cualquier lugar del mundo por más lejano y remoto que se encuentre, así como el sistema estadounidense, que obliga a todo conductor de automotor a portar

⁶⁰ Transplant Procurement Management TPM 1996, Barcelona

⁶¹ Reyes Tayabas Jorge, Derecho Constitucional aplicado a la especialización en amparo Edit. Themis México, 1997 P. 239

licencia de manejo, misma que al reverso, en la mayoría de los estados, dispone que se hará en el caso de estar en posibilidad de donar y ser buen candidato para ello, es decir, en caso encontrarse aquel cuerpo en muerte cerebral o ya después de fallecido, aquel documento menciona si se donará o no, y en caso de donar, qué es lo que se donará, si algún órgano específicamente a todos los que, llegado el momento, sirvan para realizar con ellos cirugías substitutivas terapéuticas, y para tal efecto, al reverso de dicha licencia de manejo, se les pega un holograma, que contiene aquella decisión, y que es el primer documento que revisan los paramédicos al momento de brindar los primeros auxilios para verificar el tipo sanguíneo en caso de accidente.

Es increíble pensar que la gran mayoría de los cien millones de mexicanos existentes en la actualidad, no nos preocupemos por acudir ante un notario público para disponer de nuestros órganos para después de la muerte, o aún más sencillo, si en México no acostumbramos a hacer testamento para cuando llegue la muerte, ninguno nos preocupemos para ese momento, salvo contadas excepciones; más aventurado sería pensar que se realizará un documento entre dos testigos para la disposición de órganos, o en el mejor de los casos, portar una tarjeta de donador.

Es claro que en múltiples ocasiones se ha brindado la oportunidad de elección al pueblo mexicano en muchos y diversos aspectos así como en distintas circunstancias, pero se ha visto reflejado el desinterés de lo no obligatorio, del pensamiento aquel del "no, para qué", o las bromas que se generan en base a estas situaciones; entonces es claro que no funciona el hacer disposiciones no obligatorias, porque se toman por chuscas o en broma, inclusive las que a todos nos afectan, tal es el caso de la verificación vehicular en cuanto a contaminantes, en un principio no fue obligatoria y un mínimo y sinceramente ningún porcentaje de conductores de vehículos acudió a ello, comparado al número de automotores que circulan en el Distrito Federal y zona metropolitana, y esto debido a sinnúmero de pretextos, falta de tiempo, dinero o hasta considerarlo innecesario, hasta que finalmente la autoridad gubernamental dirigente del destino del país y de la ciudad al observar que nadie hacía caso de lo que no es obligatorio, lo dictaron como obligatorio.

En este orden de ideas, es necesaria la creación de una legislación obligatoria, o una disposición obligatoria ya sea en el Reglamento de Tránsito y/o en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales o en sus disposiciones complementarias para que en ellas se legisle la obligación de que al momento previo a la obtención del documento que ostenta la licencia para conducir y la credencial para votar, se incluyera al reverso la decisión de donar o no, algún órgano u órganos llegado el momento.

Pensando que la anterior propuesta de manifestar esta importante decisión sea de carácter obligatorio, ya que todos portamos cotidianamente licencia de manejo o credencial para votar para realizar trámites que requieren identificación, sería muy viable ya que necesariamente debemos tramitar estos documentos para subsistir en este México actual y de esta manera disminuiría considerablemente el

comercio de órganos, ya que la obtención sería de manera lícita y se reflejaría en la disminución de la demanda al haber suficiencia de órganos.

Con lo anterior, es predecible suponer que se evitará el delito de comercio de órganos, previniendo el delito desde la legislación, ya que al haber órganos suficientes para todos y en el momento oportuno para el receptor, no se verán en la necesidad de conseguir alguno por algún método no permitido, recibéndolo pronta y gratuitamente, salvo los gastos que ocasione la ablación de aquellos, otra de las situaciones que debieran cambiarse, es que en todas las legislaciones se utilizara de manera correcta el término trasplante por el de implante, ya que este último es el correcto por los motivos expuestos en el contenido de este trabajo.

4.3.1 Aplicación de una nueva legislación.

La creación de una legislación, no requiere más que la Secretaría de Salud proponga, por medio del titular del Poder Ejecutivo Federal, una iniciativa de ley que sea enviada al Congreso de la Unión y Legislaturas locales y que posterior al proceso legislativo que se requiere para su promulgación, se aplique imprimiendo nuevas credenciales para votar para utilizarse en futuros canjes de las mismas. Con lo anterior, se crea conciencia en los que por primera vez decidan no donar alguno de sus órganos para después de su muerte o cuando se encuentren en posibilidad de hacerlo, al observar a los que piensan distinto, que quizá en un principio no sean muy numerosos, pero pasado el tiempo y ver los resultados de aquellas familias beneficiadas por algún donante, es casi seguro que los miembros de esa familia en agradecimiento y solidaridad con su pueblo al haber recibido la salud deseada, haga lo mismo manifestando su decisión afirmativa de donar al momento previo de la obtención de su documento de portación cotidiana.

En más de cien millones de mexicanos, es muy probable que en un principio no se cuente con la elección afirmativa de la mayoría, pero si la participación afirmativa del diez por ciento, se tendrán diez millones de probables donantes, entonces las listas de espera de los hospitales y del Registro Nacional de Trasplantes, se verán reducidas.

La Organización Nacional de Trasplantes de España, manifiesta que en ese país sí se tiene una buena organización al respecto, entre las que destacan la agilización de ablaciones y los implantes, comparado con lo que sucede en México, que, realmente y con toda sinceridad, la mayoría de los médicos encargados de los programas de implantes de diversos hospitales oficiales y privados, prefieren ofrecer los órganos entre ellos, que esperar a que el Registro Nacional de Trasplantes, se ponga a conseguir dónde colocar el órgano u órganos ofrecidos, ya que, lamentablemente, dicha institución no denota el mismo interés que las instituciones hospitalarias.

Los trasplantes de órganos y tejidos han pasado a formar parte habitual de la moderna medicina, esta práctica médica comienza con la detección e identificación de los posibles donantes y finaliza en el momento del implante o en el almacenamiento de todos y cada uno de los órganos y tejidos extraídos al donante, este complicado proceso requiere de la participación no sólo de una multitud de profesionales sanitarios, sino de grupos sociales que indirectamente se relacionan con los implantes; se trata de una larga cadena y, para que todo funcione con precisión, es necesario que cada eslabón sea consciente de la importancia de su labor y responsable de su realización, pero además precisa de una coordinación general que supervise todo el proceso, tarea principal de los coordinadores de los trasplantes.

En el sistema utilizado en la península ibérica, la Oficina Central de la Organización Nacional de Trasplantes, lleva el peso de las llamadas tareas de coordinación extrahospitalaria, o como también podríamos denominarlo de los aspectos organizativos del proceso de donación y trasplante permanente, existe un staff de enfermería de la Organización Nacional de Trasplante, que entre otras funciones, se encarga de esta labor, los médicos de la ONT, y el Coordinador Nacional, están siempre localizables por si resultase necesario; en todo momento los profesionales de la Oficina Central de la ONT, tienen como finalidad servir de apoyo a los profesionales hospitalarios realizando todas aquellas labores organizativas que escapan del ámbito local; en general, la Oficina Central de Madrid, se encarga de la coordinación de las alarmas de donación en todo el territorio español, las alarmas de donación que se coordinan desde estas oficinas son de dos tipos diferentes, aquellas que en un principio se prevé que van o pueden llegar a ser donaciones multiorgánicas (extracción de algún tejido y un órgano sólido, por ejemplo los riñones) y aquellos que se prevé que van a ser sólo de algún órgano pero que el donante se encuentra en un hospital sin la capacidad para realizar la extracción.

4.3.2 Control en la aplicación de la nueva legislación.

Necesario será, que al poner en vigencia una legislación como la propuesta anteriormente, la capacitación de los paramédicos encargados de los primeros auxilios en toda la República Mexicana, para lo que en primera instancia deban realizar, sea la localización del documento de portación frecuente que contenga la decisión del donar o no sus órganos para cuando se pueda disponer de ellos.

Otra situación importante, es que en vez de que cada hospital tenga sus listas de espera con determinadas peticiones y especificaciones de los pacientes, como sucede actualmente, que el Registro Nacional de Trasplantes se responsabilice real y efectivamente de ser un centro organizador y responsable de todas las ablaciones e implantes ocurridos en nuestro país, es decir, que se mantenga una estrecha comunicación entre hospitales o bancos de órganos que tengan candidatos para la disposición de órganos y tejidos, con el Registro

Nacional de Trasplantes, ya sea vía telefónica, radiocomunicación o internet, utilizando correo electrónico, es decir, que los hospitales sigan teniendo las listas de espera, pero que las comuniquen inmediatamente al Registro Nacional de Trasplantes, con las especificaciones de los necesitados y la urgencia que anuncie su enfermedad inmediatamente que se haya anotado al receptor, de este modo, esta institución, estaría en posibilidades de distribuir órganos, conforme a las necesidades de cada paciente con sus respectivas especificaciones y la debida urgencia que merezca el asunto determinado, tratando, en la medida de lo posible, respetar un número consecutivo de peticiones e ir resolviéndolas conforme a un orden cronológico, así el Registro será y servirá como comunicador y responsable de resolver problemas favorablemente para los pacientes, brindándoles un rápido servicio, contactando a probables candidatos para ablación o extracción con probables receptores, estando todas las instituciones hospitalarias, conectadas y comunicadas a la vez, por medio de una base de datos que organice el Registro, en lugar de que solo entre ellas se comuniquen, y que como desafortunadamente sucede actualmente, se pierden posibles donantes debido a la demora por la falta de comunicación, entonces resultaría que si el Registro tuviese la base de datos, la actualizaría en cuestión de segundos si los hospitales dieran aviso inmediatamente de sus listas de espera.

En la Norma Técnica 323 existe esta organización, pero en realidad resulta falsa esta situación que debieran realizar correctamente conforme al artículo noveno de esa norma que estipula que el Registro a cargo de la Secretaría, tiene las funciones de llevar a cabo actividades para la procuración de órganos y tejidos con fines terapéuticos además de coordinar la distribución de los mismos, también llenar un registro en espera de trasplantes, así como promover la donación altruista de órganos y tejidos con fines terapéuticos, y que desafortunadamente sólo existe en la teoría.

PROPUESTAS

- PRIMERA. Es necesario cambiar el término trasplante por el de implante que es el más adecuado para definir la acción de injertar o fijar un tejido u órgano en un ser humano.
- SEGUNDA. Recomendable es, especializar en medicina al Ministerio Público que intervenga en cualquier etapa de la disposición de órganos y tejidos de seres humanos, de ser posible que tengan además de la licenciatura en derecho, al menos nociones de medicina.
- TERCERA. Cambiar la semántica en cuanto a la frase "comercio con órganos" por la correcta que debiera ser "comercio de órganos".
- CUARTA. Debe legislarse de acuerdo a necesidades sociales actuales. El delito debe calificarse como grave por la importancia en la escasez del objeto que se comercia, ya que afecta valores fundamentales de la sociedad mexicana como lo es la salud y el respeto tanto a las personas como a los cadáveres.
- QUINTA. Que se legisle la obligatoriedad de interrogar a los ciudadanos al momento de obtener la credencial para votar o cualquier documento de portación frecuente en el sentido de su decisión de disponer o no, de sus órganos para después de la muerte con el objetivo de ser utilizados terapéuticamente.
- SEXTA. Que se capacite al personal de primeros auxilios para la revisión en caso de accidente aquél documento de portación cotidiana.
- SEPTIMA. Que todos los hospitales informen las especificaciones de sus listas de espera al mismo tiempo de actualizarlas ante el Registro Nacional de Trasplantes.

OCTAVA. Que se ponga en marcha un programa efectivo de comunicación permanente, sugiriendo el internet o el correo electrónico, donde se encuentren comunicados todos los hospitales y bancos de órganos de todo el país con el Registro Nacional de Trasplantes, para la verificación de la compatibilidad de los órganos y tejidos que ofrecen algunas unidades hospitalarias.

NOVENA. Que la oficina encargada, sea la que comunique oportunamente la información al hospital que requiera de algún órgano con determinadas especificaciones, para que entre ellos se comuniquen, llevando así de manera rápida y sencilla lo correspondiente, y de ser posible, crear un programa que comunique automáticamente en cuanto a los rangos de compatibilidad sean aceptables tanto al lugar que tiene el donante como al lugar en que se encuentre el receptor.

CONCLUSIONES

- PRIMERA.** Es necesario impulsar acciones para que los sectores público, social y privado, contribuyan a fomentar en la sociedad mexicana, la cultura de la donación realizando programas masivos proponiendo la donación de órganos por medio de publicidad en radio, televisión, periódicos dirigidos a instituciones como son la Cruz Roja, el Desarrollo Integral de la Familia, etc.
- SEGUNDA.** El Derecho Penal está encargado de la protección de los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad; el fin del proceso penal se identifica con el derecho penal en el sentido que tiende a la defensa social en contra de la delincuencia. En el sistema de justicia penal mexicano falta prevención a la comisión del delito, esto es que tenemos un sistema de justicia correctivo pero no preventivo.
- TERCERA.** Un órgano es un conjunto de tejidos agrupados y un tejido es una agrupación de células que desempeñan una función determinada. Los órganos provenientes de seres humanos en México, no son materia ni de propiedad ni de comercio, no obstante la predominante escasez debido a la falta de cultura de donación, derivado de prejuicios sociales y religiosos en su mayoría, concluyendo que en nuestro país estamos atrasados social y culturalmente en materia de implantes.
- CUARTA.** Que los cuerpos, órganos y tejidos sean protegidos por el derecho mexicano, ya sean de cadáveres o seres humanos, fundamentado en los derechos de la personalidad, derechos sobre el cadáver y derechos sobre la disposición de órganos y tejidos de seres humanos, donde el bien jurídico tutelado es la vida, la integridad física, dentro de los límites impuestos por la ley.
- QUINTA.** El necesitado de salud es capaz de delinquir con tal de obtener salud para él o para algún familiar, orillado por no tener otra alternativa viable para obtener esa salud; la legislación en materia de implantes norma el cómo hacer las cosas, cumpliendo medianamente con los requerimientos de la sociedad. En la actualidad se sanciona más

severamente al responsable del lugar donde se encuentren órganos y cadáveres o al que no procure impedir hechos delictivos relacionados con los mismos, que al comercie o negocie con órganos.

- SEXTA.** El delito de comercio de órganos, se consume con la negociación del mismo. Es un delito de acción por su conducta, de daño en la clasificación de daño, por su resultado es formal, de acción o de mera conducta, pro su intencionalidad es doloso, por su estructura puede ser simple o complejo, en cuanto a los sujetos que participan es plurisubjetivo, por el número de actos, es unisubsistente, por su duración es instantáneo, pro su procedibilidad o perseguibilidad es de denuncia, por la materia que rige es federal, por su composición es normal, autónomo o dependiente en la clasificación de dependencia, según se haya obtenido lícita o ilícitamente el órgano, es amplio en cuanto a su formulación y el tipo es descriptivo por la descripción de sus elementos.
- SEPTIMA.** El delito opera bajo la condicionalidad objetiva ya que el tipo exige que lo comercializado provenga de un ser humano o feto de ser humano.
- OCTAVA.** El delito de comercio de órganos acepta como excluyente de responsabilidad penal el error de permisión bajo determinadas circunstancias. Realmente y según la normatividad que tiene la materia de implantes no se encuentra garantizada por el Estado.

BIBLIOGRAFIA

1. Osorio y Nieto, César A. El homicidio Editorial Porrúa, México 1992.
2. Domínguez García Jorge Alfredo Trasplante de órganos aspectos jurídicos, Editorial Porrúa México 1996.
3. Rodríguez Manzanera Luis, Criminología, Editorial Porrúa, México 1985.
4. Quiroz Cuarón Alfonso, Medicina Forense, Editorial Porrúa, México 1993.
5. López Betancourt Eduardo, Teoría del delito, Editorial Porrúa, México 1997.
6. Bergoglio de Brouwer María Teresa, Trasplante de órganos entre personas, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1983.
7. Colín Sánchez Guillermo, Derecho mexicano de procedimientos penales, Editorial Porrúa, México 1995.
8. Pavón Vasconcelos Francisco, Delitos contra la vida y la integridad personal, Editorial Porrúa, México 1993.
9. Pavón Vasconcelos Francisco, Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1994.
10. Treviño García Ricardo, Los contratos civiles y sus generalidades, Editorial McGraw Hill México 1995.
11. Silver Isidore, Introducción a la criminología, Editorial Continental 1985.
12. Castellanos Tena Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, Editorial Porrúa, México 1993.
13. De Pina Vara Rafael, Diccionario de derecho, Editorial Porrúa, México 1994.
14. Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntes de la parte general del derecho penal, Editorial Porrúa, México 1983.
15. Reyes Tayabas Jorge, Derecho constitucional aplicado a la especialización de amparo, Editorial Themis, México 1997.
16. Barrita López Fernando, Averiguación Previa, Editorial Porrúa, México 1997.
17. Amuchategui Requena Irma C., Derecho Penal, Editorial Harla, México 1993.
18. Gutiérrez y González Ernesto, El Patrimonio, Editorial Porrúa México 1981.
19. Jiménez Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1980.
20. García Ramírez Sergio, La imputabilidad en el Derecho penal mexicano, Editorial UNAM México 1973.

LEGISLACION

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código Penal Federal.
3. Código Federal de Procedimientos Penales.
4. Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal.
5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
6. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la república en materia Federal.
7. Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos.
8. Ley General de Salud.
9. Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
10. Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.
11. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre materia de salud.