

881309



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL LOMAS VERDES
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

4
2Ej

EL TRASPLANTE DE ORGANOS Y SUS
IMPLICACIONES JURIDICO - PENALES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

VERONICA GUADALUPE APONTE BUENROSTRO

DIRECTOR DE LA TESIS: LIC. JUAN ARTURO GALARZA

REVISOR DE LA TESIS: LIC. ABEL GARCIA SANCHEZ

NAUCALPAN, ESTADO DE MEXICO

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

La vida es breve; el arte largo; fugaz el momento propicio; insegura la experiencia; difícil el juicio.

Hipócrates.
337 A.C.

INTRODUCCION

Combatir la enfermedad y luchar por la vida, es un compromiso de todos los seres humanos, pero de un modo especial, es parte fundamental de la misión del médico.

En las últimas décadas, ha cobrado gran importancia el trasplante, es decir, la sustitución de un órgano enfermo por uno sano, que permite salvar la vida de quienes ya habían perdido toda esperanza.

Desgraciadamente, una adecuada satisfacción de la demanda no va a la par con los éxitos de la ciencia y con las posibilidades técnicas. Parece ser que los trasplantes no han superado todavía la frontera elitista de los privilegiados. Todo esto ha motivado el secuestro a niños para la extracción y venta de sus órganos, lo cual ha llamado la atención de personas de alto rango como el embajador uruguayo Operti, quien ha denunciado esta situación ante la Organización de Estados Americanos (OEA). Este tema fue tratado con detalle en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional privado, celebrada en Montevideo aproximadamente en julio de 1990. En dicha conferencia se pudo detectar que la mayoría de los niños secuestrados se trasladan de un país a otro y algunos médicos afirmaron que los órganos son trasplantados a otras personas con situación económica desahogada, misma que les permite pagar elevadas sumas por los órganos a trasplantar.

Además del problema que constituye encontrar un donante originario (donador), el trasplante se encuentra con otras barreras, tal es el caso del factor de histocompatibilidad que debe existir entre el donante originario y el receptor. Por lo anterior, es necesario que el trasplante sea objeto de estudio no sólo desde el punto de vista médico sino también del moral y jurídico, dado a que puede caerse en situaciones que involucren al derecho, sobre todo en materia penal.

Existen en nuestro país leyes que permiten que se juzgue a todo aquel que ha incurrido en responsabilidad, pero todo parece indicar que estas leyes son sordas cuando se trata de alguien que pertenece a la élite, como es el caso de los médicos. Bajo esta situación, el factor iatrogénico (originado por el médico), parece desvanecerse.

México cuenta con consejos especializados en cardiología, gastroenterología, pediatría, etc., quienes emiten su opinión en un juicio contra un médico, y es el juez, quien tomando en cuenta dicha opinión, emite su sentencia. Son contados los casos en que se ha encontrado culpable al médico, debido principalmente a que ningún médico se atreve a responsabilizarlo, pensamos, por temor a que un día se encuentren en una situación similar o su actitud sea reprobada por parte de sus colegas. No importando cual sea la causa, la realidad es que a los médicos, como a muchos otros "profesionales", no se les hace responsables de sus actos.

Todavía en nuestra sociedad, al médico se le ve como un dios, porque está mejor instruido en la materia y nosotros, después de la pérdida de un ser querido quedamos tan apesadumbrados que pensamos que una demanda no revivirá ni sanará a nadie. Creemos que este no es el objetivo perseguido, es decir, estamos de acuerdo en que no se revivirá ni sanará a nadie, pero sí se castigará al responsable.

Hay quienes purgan condenas por delitos que jamás cometieron y quienes los hacen se encuentran disfrutando de su libertad. Es tiempo de que abramos los ojos a la verdad.

No obstante lo manifestado con anterioridad, nos encontramos también con una legislación inadecuada en ciertos aspectos, sobre la materia de trasplantes, tal es el caso del Código Penal para el Distrito Federal y la Ley General de Salud, su reglamento y otras leyes especiales. Existe gran insensibilidad por parte de nuestros legisladores en torno a lo que el trasplante implica. No sólo se trata de dar conceptos generales sino de profundizar en el tema.

El tráfico de órganos, como consecuencia de la falta de disponente originario y del mercantilismo exagerado del ser humano, aún se encuentra sin tipo penal, ¿se trata de equiparlo con las lesiones, robo o profanación de cadáver?.

Todas estas cuestiones serán analizadas a lo largo del presente trabajo de investigación.

Dentro del primer capítulo estudiaremos los antecedentes históricos del trasplante de órganos, ya que consideramos importante el estudio de lo que constituye el pilar fundamental de nuestros trasplantes actuales. En este mismo capítulo se analizarán los conceptos relacionados con el trasplante como son: órgano, tejido y cadáver.

En el segundo capítulo veremos un tema muy importante: los requisitos legales para llevar a cabo un trasplante, así como el elemento esencial del consentimiento.

La Ley General de Salud y el Código Penal, también serán objeto de análisis en el presente capítulo, así como las prohibiciones existentes para la realización de un trasplante.

El tercer capítulo lo dedicaremos a la responsabilidad médica, dando los conceptos generales de médico, auxiliar, culpa, intención y preterintención, mismos que se hallan íntimamente vinculados con nuestro tema.

Por último, en el cuarto capítulo se estudiará un tema muy interesante denominado "Tráfico de Organos", en el cual concluiremos si se trata de lesiones, robo o profanación de cadáver.

**CAPITULO
PRIMERO**

CAPITULO PRIMERO

GENERALIDADES

- 1.- Antecedentes históricos
- 2.- Concepto de Trasplante
 - a) Tipos de Trasplantes
 - b) Concepto de Tejido
 - c) Concepto de Organó
 - d) Concepto de Cadáver
- 3.- El Trasplante desde diversos puntos de vista
 - a) Ético
 - b) Religioso
 - c) Legal

GENERALIDADES

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

La medicina desde sus orígenes, ha formado parte inseparable de la vida humana. Difundida y practicada en todas las regiones del mundo; la ciencia médica para llegar al apogeo universal en que se encuentra, tuvo que recorrer un largo y accidentado camino. A través de él, oscilante entre la magia y la religión, en las orillas de la brujería y el saber profano, fué delineando su propio campo de acción. Sólo los más valerosos y osados se atrevieron, durante siglos, a emprender el largo camino en pos del conocimiento.

El hombre primitivo avanzó un escalón cuando por primera vez utilizó fuego; otro más cuando de la piedra elaboró armas y utensilios y así, cada paso que daba lo llevaba hacia un paso más en su sabiduría.

Desde tiempos lejanos, el hombre se planteó el problema de las enfermedades, buscando posibles soluciones a las mismas. La mayoría de las soluciones consistían en la administración de extractos, infusiones y en algunas de las ocasiones, en la ingestión de un órgano de origen animal. Esta última solución consistía en que si un hombre se hallaba presumiblemente enfermo a causa del mal funcionamiento de un órgano, uno

similar se extraña del animal con la finalidad de que la persona que lo ingiriera, sanaría.

Ahora bien, ¿hasta que punto existió una verdadera investigación?, ¿experimentaba el médico en sus pacientes con el deseo de hacerlo?. Es muy dudoso, ya que en esta época la medicina se encontraba íntimamente vinculada a la magia y a la religión.

Se puede afirmar, sin exageración alguna, que hasta antes de Pasteur e incluso todavía después, la historia de la medicina fué un recuento de la hazaña personal de estudiosos de la salud, que en no pocos casos pagaron con su vida el error en el diagnóstico.

Se tiene conocimiento que en México, durante la época prehispánica, nuestros antepasados al realizar sacrificios humanos para mantener contentos a los dioses, obtuvieron grandes conocimientos anatómicos y fisiológicos. Fué en este momento cuando se percataron de la circulación de la sangre y de la función digestiva del estómago y sobre todo, pudieron determinar el momento en que sobrevenga la muerte.

La historia de los verdaderos trasplantes de órganos es bastante reciente. Nació experimentalmente en animales hace más de un decenio, aplicándose en el hombre hace algo más de un lustro, asumiendo sin embargo en este breve período de tiempo un papel de primera importancia en el ámbito médico.

El primer trasplante de que se tiene conocimiento, es el realizado en el año de 1667, por el médico francés, Jean Baptiste Denis, quien perteneció a la Academia de Montmort, donde realizó diversos experimentos de transfusión sanguínea con animales. Posteriormente, comenzó a realizar sus experimentos con seres humanos, utilizando sangre de cordero, oveja y ternero. La frecuente práctica de transfusiones, trajo consigo la aparición de accidentes y graves consecuencias. Eventualmente las transfusiones le provocaron la muerte a un individuo, por lo cual, Denis tuvo que hacer frente, en 1668, al Tribunal de Chatalet, quien dictó penas severas para quienes continuaran con dicha práctica, misma que quedó prohibida, excepto en el caso de que se obtuviera el permiso de la Facultad de Medicina.

No es sino hasta 1825, cuando se aconsejó el uso de sangre humana para las transfusiones, con lo cual, se logró reducir considerablemente el número de muertes por transfusión.

En 1900, Karl Landsteiner(1), fisiólogo estadounidense, logró por primera vez diferenciar los distintos grupos sanguíneos existentes, estableciéndose con ello las bases científicas para poder realizar transfusiones de manera más segura.

(1) Premio Nobel de Medicina y Fisiología en 1930

Fué entre 1902 y 1908, cuando Alexis Carrel, eminente cirujano francés, quien realizó para el Medical Research de Nueva York, importantes investigaciones que lo llevaron a establecer los principios fundamentales para el posterior desarrollo de la cirugía cardiovascular y los trasplantes de órganos.

Con los principios establecidos por Carrel, en 1954 (en Boston, Massachusetts), se practicó exitosamente un trasplante de riñón y a partir de entonces, se realizaron una serie de trasplantes renales que permitieron dar sobrevida a una infinidad de pacientes. Cabe hacer mención de que en Massachusetts, ya desde 1831, se había promulgado una ley que autorizaba en Estados Unidos, el uso de "la disección de personas fallecidas, que tuvieran que ser enterradas por sufragio público"(2), ley que como otras, se publicaron en otros estados y al mismo efecto fué el resultado de un gran escándalo médico.

El 3 de septiembre de 1967, el joven sudafricano Chistian Barnard, llevó a cabo, en el Hospital Grote Shuur de la Ciudad del Cabo, el primer trasplante de corazón. El corazón de una niña negra

(2) Haggard Howard W.: El Médico en la Historia
María Luisa de Ayala [Traduc.]
5a. Ed., Buenos Aires
Ed. Sudamericana, 1962
Pág. 347

(Denisse Dawall), muerta en el mismo hospital a causa de una hemorragia cerebral, fué trasplantado a un hombre (Luis Washkansky), que padecía de una enfermedad irreversible del corazón. La intervención fué un éxito, pero debido al rechazo biológico, Luis Washkansky murió dieciocho días después. A esta primera intervención siguieron muchas más en distintas partes del mundo, entre las que destacan las efectuadas en el Hospital Quirúrgico de Houston (Texas), donde se han efectuado varias intervenciones de trasplantes cardíacos, con una supervivencia de aproximadamente un 50%.

A finales del siglo pasado, un famoso cirujano británico aseguraba que, por más que avanzase la ciencia, determinadas regiones "sacrosantas" del cuerpo, como el abdomen, la caja torácica o el cerebro, permanecerían siempre fuera del alcance del bisturí del cirujano. Hoy día, los extraordinarios logros científicos y técnicas puestas a disposición de los cirujanos les han permitido ganar batallas contra enfermedades en cualquier órgano del cuerpo. Por ejemplo, actualmente el cirujano puede eliminar secciones bastante grandes del estómago o del intestino, sin que el aparato digestivo sufra posteriormente alteraciones importantes. La resección de grandes porciones de pulmón afectados por grandes enfermedades tales como el cáncer o la tuberculosis se efectúa hoy con toda normalidad. En cuanto a la cirugía del cerebro, se ha llegado a extremos de ciencia-ficción: tumores, traumatismos craneales, epilepsias, etc., son tratados quirúrgicamente con éxito.

Quizás, la cirugía más fascinante, sea la cardíaca, se puede incluso extraer el corazón del paciente, repararlo sobre la mesa de operaciones y volverlo a colocar en su sitio.

Hasta el siglo pasado, la cirugía era casi exclusivamente demoledora: estaba encaminada a extirpar la parte del cuerpo que estuviera enferma. Pero, con el progreso de los conocimientos biológicos y del desarrollo técnico, el cirujano ha actuado cada vez más como restaurador de funciones alteradas y así ha llegado a realizar trasplantes de órganos con la finalidad de dar vida a quienes ya habían perdido toda esperanza.

2.- CONCEPTO DE TRASPLANTE

Consideramos necesario conocer el concepto de trasplante, a fin de que posteriormente podamos comprender la problemática que el mismo representa.

Por trasplante debemos entender "la sustitución total o parcial de un órgano enfermo a un individuo (receptor) por el mismo órgano sano y vital tomado de otro individuo (donante)".(3)

(3) Dr. Córdoba, Conrado, et. al.: Hombre. Medicina y Salud
Enciclopedia Médica
Ed. S.A. de Revistas, Periódicos y Ediciones, 1982. Madrid
Pág. 1104

Respecto de esta definición, probablemente no en muchos años, tenga que ser modificada, pues alrededor de 1981, Christian Barnard, pionero de los trasplantes cardíacos en el hombre, realizó un trasplante totalmente singular. El cirujano injertó en el tórax de un hombre de cincuenta y ocho años el corazón de una niña de diez, muerta en un accidente de carretera, dejando, sin embargo, el corazón enfermo en su lugar. La excepcionalidad de este trasplante consiste en el hecho de que el nuevo corazón no sustituye al viejo, sino que lo ayuda efectuando la mitad de su trabajo, ya que el corazón del hombre latía a 40 latidos a razón de 100 (del de la niña) por minuto. La ventaja en este tipo de trasplantes (hasta la fecha no perfeccionados), es que si bien, el fenómeno de rechazo existe(4), no es mortal, ya que el nuevo corazón puede ser extraído y el individuo permanece con su propio corazón capaz de funcionar todavía.

Además de todos los problemas que representa el trasplante en otros ámbitos, en el médico representa grandes dificultades, entre otras, el conseguir un equipo quirúrgico adecuado, además de contar con el personal auxiliar debidamente capacitado en cirugía de sustitución. Por otro lado, el conseguir tanto un donante como un receptor y aunado a este aspecto el tomar en cuenta el fenómeno inmunitario de rechazo de un órgano trasplantado por parte del receptor.

(4) Vid. Infra

La inmunidad natural es un fenómeno biológico que preside las dificultades de los fenómenos de rechazo. Todo organismo vivo defiende su integridad física y bioquímica, destruyendo y eliminando cualquier agente vivo extraño que se halle presente o que haya sido introducido en el mismo. En todo sujeto, además, las características químico-físicas de las proteínas son específicas para el mismo y se diferencian en distinta medida de las de otro sujeto de la misma especie. Estas características son heredadas y siguen las leyes de la herencia.

Como podemos observar, es fundamental tener en cuenta los fenómenos inmunitarios de rechazo, la búsqueda del donante que es un hecho parcialmente ligado y es consecuente del primero, además de que como se señaló anteriormente, constituye en sí mismo un problema.

A este propósito, se pueden dar en el cirujano problemas e interrogantes de orden moral y psicológico de gran importancia, ya que deberá valorar no sólo el aspecto médico-quirúrgico de la situación, sino juzgar escrupulosa y atentamente la plena libertad de elección que el donante efectúa. También tendrá que tener presentes las características psicológicas del donante, tanto sobre las posibles consecuencias psíquicas que una mutilación(5)

(5) Vid. Infra

le puede provocar, como la firmeza y constancia de su carácter que son necesarias para un seguimiento escrupuloso de todas las prescripciones médicas que van a llevarse a cabo en el período precedente a la intervención, prescripciones que no hay que olvidar son prolongadas y pesadas, y de cuyo seguimiento depende en parte el éxito final del trasplante.

Es de importancia, profundizar un poco en lo que respecta a los exámenes previos a cualquier tipo de intervención quirúrgica, ya que en su oportunidad mencionaremos los requisitos que se requieren para el trasplante.

Los exámenes que se deben practicar a los donadores para cualquier tipo de cirugía son:

- 1.- Examen de biometría hemática.
- 2.- Examen de química sanguínea.
- 3.- Examen general de orina.
- 4.- Tiempos de coagulación.
- 5.- Determinación del grupo sanguíneo.(6)

(6) Dato obtenido del Centro Médico la Raza

El Doctor Germán Stritzler, médico de la división de cardiología del Hospital Municipal de T. de Alvear, a cargo de las salas de internación y además miembro titular de la Sociedad Argentina de Cardiología, estableció un examen diagnóstico a practicar, previo a cualquier operación de corazón, incluyendo el trasplante:

"DIAGNOSTICO CARDIOLOGICO Y DE AFECCIONES CANCOMITANTES"

A) Estudio cardiovascular:

- I. Interrogatorio.
- II. Examen Físico
- III. Exámenes Complementarios.
 - 1.- Electrocardiograma.
 - 2.- Radiografía de tórax.
 - 3.- Ionograma.
 - 4.- Análisis de rutina.

B) Diagnóstico cardiológico.

C) Patología venosa.

D) Estado renal.

F) Patología respiratoria.

G) Otros diagnósticos.

A) Estudio Cardiovascular:

- I. El interrogatorio debe ir dirigido a la detección de las condiciones más frecuentes y que tienen mayor incidencia en el riesgo.
- II. El examen físico debe ser sistematizado:
 - 1.- Estado general.
 - 2.- Hábito somático.
 - 3.- Mucosas.
 - 4.- Cuello.
 - 5.- Pulsos y tensión arterial.
 - 6.- Precardio.
 - 7.- Abdomen.
 - 8.- Miembros.
- III. Dentro de los exámenes complementarios, el electrocardiograma es imprescindible para la evaluación del paciente. Las alteraciones y todo tipo de arritmias inciden en el riesgo operatorio. Por su naturaleza sólo son diagnosticables a través de este tipo de examen.

La telerradiografía de tórax permite observar el tamaño del corazón, vasculatura pulmonar, etc.

El ionograma es imprescindible en los casos de cardiopatía o los que tienen afección broncopulmonar crónica o bien, alteraciones renales.

Los análisis de rutina permiten percatarse principalmente de la presencia de diabetes, infección urinaria, retención o no insuficiencia renal.

B) Diagnóstico Cardiológico:

Ayuda a detectar si existirán problemas al administrar drogas anestésicas.

C) Patología Venosa:

Puede ser la causa de tromboembolismo pulmonar; tiene gran trascendencia en las complicaciones postoperatorias.

D) Estado Hepático:

El estado hepático debe ser reconocido por el anestesista para la selección de drogas.

E) Estado Renal:

Es posible un fallo renal postoperatorio si el estudio ha sido incompleto.

F) Patología Respiratoria:

En la mayoría de los casos es causa de mortalidad postoperatoria, cuando hay insuficiencia respiratoria se requiere de una anestesia rigurosamente seleccionada y conducida, porque de otro modo, desencadenaría arritmias que pueden ser letales.

G) Otros Diagnósticos:

Diabetes, estado general, etc., deben consignarse necesariamente, porque aunque no siempre sean causa de mortalidad intraoperatoria requieren, por lo general medidas previas, selección de anestesia y conducta postoperatoria adecuada a cada caso.(7)

CLASIFICACION DEL RIESGO QUIRURGICO

En virtud de los parámetros expuestos con anterioridad por el Doctor Stritzler, en todo este tipo de evaluaciones, necesariamente tiene que tomarse en cuenta el factor riesgo, el cual, debido a todas las posibles circunstancias que se podrían suscitar en el momento dado, sería difícil encuadrarlo en un esquema, no obstante, se han llegado a establecer a nivel mundial, cuatro grados de riesgo a saber:

(7) Stritzler, Germán: Evaluación Clínica del Riesgo en Cirugía General
Dr. León de Suldoti (prol.)
Ed. Médica, Panamericana, S.A., 1974. México
Págs. 15, 16, 17, 20 y 21

1.- Riesgo normal: Este tipo de riesgo se puede establecer en pacientes sanos, es decir, que no presentan patología alguna.

2.- Riesgo levemente aumentado: En este tipo de riesgo se encuentran comprendidos los pacientes en los que se requieren medidas precautorias mínimas.

3.- Riesgo moderadamente aumentado: Aquí encontramos presente la patología del paciente y por ello es importante poner en marcha todas las medidas de protección, selección cuidadosa del anestésico, etc.

4.- Riesgo muy elevado: En este caso, la intervención quirúrgica sólo se practicará por causas inevitables y tomando todas las medidas de precaución y control, hasta el extremo.

Una medida de orden práctico es la confección de una hoja que incluya una síntesis del diagnóstico quirúrgico cardiológico y de otras afecciones. En la parte final de esa hoja se consignará la evaluación del riesgo y demás drogas que se recomienda evitar. El estudio de éstos datos, permite al anestesista decidir rápidamente la conducta y drogas que habrá de administrar, pudiendo en un momento dado contar con todas las medidas preventivas necesarias. De este modo, se evitarán las improvisaciones de último momento o la búsqueda ansiosa en el quirófano de medicamentos que no se han previsto para determinadas emergencias.

MODELO DE UNA HOJA CON LOS DIAGNOSTICOS Y EVALUACION DEL RIESGO PARA LA ANESTESIA.

Apellido y nombre _____ Edad _____ Sexo _____

Sala _____ Cama _____ Médico _____

Diagnóstico Quirúrgico _____

Intervención proyectada _____ Duración _____

Técnica y magnitud _____

Día y hora de comienzo _____

Dres. _____

Diagnóstico cardiológico Dr. _____

Etiológico _____ Anatómico _____

_____ Electrocardiograma _____

_____ Síndrome clínico _____

_____ Capacidad funcional _____

Suficiencia respiratoria _____

Estado hepático _____

Estado renal _____

Estado humoral _____

Várices o complicaciones venosas _____

Otros diagnósticos _____

Medicamentos _____

Evaluación del riesgo quirúrgico _____

Agentes anestésicos y técnicas que se recomienda evitar _____

Con lo anterior, podemos concluir que, además de conocer el concepto de trasplante, también es necesario el saber un poco más de todo lo que involucra en el aspecto médico, ya que desgraciadamente, en éste medio, al igual que en otros, los flicitos cometidos quedan impunes bajo el disfraz de "profesionalismo".

A) TIPOS DE TRASPLANTES:

En muchas ocasiones, el concepto trasplante ha sido utilizado como sinónimo de injerto, sin embargo, se trata de dos cosas distintas, entre las cuales existe una diferencia sustancial.

En el caso del injerto, se trata del transporte de tejido cuya supervivencia en el receptor inicialmente está asegurada solo por la nutrición humoral por contacto, dado que en un segundo tiempo, el organismo

huésped formará espontánea y gradualmente conexiones vasculares y nerviosas con el tejido injertado.

En cuanto al trasplante, a diferencia del injerto, existe una sustitución y desde un principio la sangre del receptor nutrirá al tejido. Aquí no existe el contacto, sino una reconstrucción total por parte del cirujano.

Existen diversas clases de trasplantes, de las cuales no todas están previstas por nuestra legislación. Pensamos que esto se debe principalmente a dos cuestiones: en primer lugar, a la práctica, relativamente reciente, de los trasplantes en nuestro país, y en segundo lugar a la falta de información y desconocimiento sobre este tema. Existe un gran atraso por parte de nuestras leyes frente a los grandes avances médicos, empero, no ahondaremos más en éste aspecto, pues se analizará más adelante, dentro de éste capítulo.

Los diversos tipos de trasplantes que hasta hoy existen (muchos de ellos aún no perfeccionados), son:

1.- Autoinjerto o injerto autoplástico: En este tipo de "trasplante", que según podemos concluir por lo expuesto con anterioridad, no puede considerarse propiamente como un trasplante, pero para efectos de esta clasificación, utilizaremos los conceptos trasplante e injerto como sinónimos; existe una identidad en términos del organismo, ya que este

tipo de operación se realiza en un mismo organismo, transportando tejido de un lugar a otro. Este tipo de trasplante se utiliza por ejemplo en pacientes que han sufrido quemaduras de segundo y tercer grado.

2.- Homoinjerto o injerto homoplástico: Este tipo de trasplante consiste en transportar tejidos de un individuo donante a un individuo receptor, siéndo estos individuos de la misma especie.

3.- Heteroinjerto o injerto heterólogo: Viene a ser básicamente lo mismo que el anterior, con la principal diferencia de que en este caso, el trasplante se realiza entre individuos de distinta especie.

4.- Pedunculado: Es aquel que se realiza con fragmentos de tejidos que no se desprendieron totalmente del organismo del donante, por ejemplo, vasos, bronquios, etc.

Respecto de la crítica que hacíamos sobre las omisiones que hay sobre trasplante en nuestra legislación, es oportuno señalar, que esta laguna no sólo se da en nuestro país, sino en muchos más y al respecto, la argentina Bergoglio de Bouwer critica la ley 21.541 de Argentina por no reglamentar los trasplantes xenogenéticos o heterotrasplantes, en los cuales se utilizan órganos de origen animal.(8)

(8) Bergoglio de Brower, María Teresa y Bertoidi de Fourcadi María Virginia :
Trasplantes de Organos
Ed. Hamurabi, 1983. Buenos Aires

Se han realizado todo tipo de trasplantes con diversos órganos. Lo más reciente en cuanto a éstos, es que se están efectuando numerosas investigaciones experimentales en los laboratorios de distintas partes del mundo, para efectuar el trasplante más fantástico que se pueda imaginar: el cerebro. Ello es posible en animales de experimentación, con distintas técnicas propuestas por numerosos investigadores.

Existen enormes problemas, tanto técnicos como morales, que se interponen para la ejecución de esta posibilidad en el hombre. Todavía la cirugía estudia el problema, ya que su solución podría en el futuro permitir no el trasplante total de órgano, pero si el parcial; es decir, las zonas motoras o sensitivas destruidas por traumas o enfermedades que hoy en día condicionan estados graves y crónicos de enfermedad completamente invalidante.

B) CONCEPTO DE TEJIDO:

La Ley General de Salud en vigor, nos da la definición de tejido, consagrado en el título decimocuarto titulado, "Control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos", en su artículo 314, fracción séptima: "Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función".

Por su parte, el Reglamento de la Ley General de salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, dispone en su artículo sexto, fracción vigésimocuarta, una definición en iguales términos que la mencionada ley, agregando además que: "la sangre será considerada como tejido".

El tejido en cualquier organismo pluricelular, está constituido por diferentes células que se agrupan entre sí, y que presentan idénticos orígenes, morfología y función. Entre los principales tejidos que se conocen tenemos:

- Tejido anatómico:** Cada uno de los diversos agregados de elementos anatómicos, entrelazados o simplemente adheridos entre sí, que forman las partes sólidas de los cuerpos organizados.
- Tejido accidental:** Tejido que nace en una parte que no es normal.
- Tejido adiposo:** Variedad de tejido conjuntivo formado por células adiposas en una red de tejido areolar.
- Tejido análogo:** Tejido accidental parecido a un tejido normal del organismo.
- Tejido areolar:** Es un tejido conectivo.

- Tejido cartilaginoso:** Variedad de tejido conjuntivo que forma la substancia de los cartílagos, constituido por una substancia fundamental, en la que existen espacios que alojan las células cartilaginosas.
- Tejido cicatricial:** Tejido fibroso denso que constituye la cicatriz, derivado directamente del tejido de granulación
- Tejido conectivo o Tejido conjuntivo:** Tejido de sostén, formado por fibras conjuntivas, fibras elásticas y células, además de tejido adiposo, elástico, óseo y cartilaginoso.
- Tejido de granulación:** Tejido conjuntivo joven, que se forma en el proceso de curación de una herida o úlcera.
- Tejido elástico:** Variedad de tejido conjuntivo constituido principalmente por fibras elásticas, que se encuentran principalmente en ligamentos o tendones.
- Tejido embrionario:** Tejido conjuntivo del embrión y de algunos tejidos de nueva formación en el adulto.
- Tejido epitelial:** Término general para los tejidos no derivados de la piel embrionaria.

- Tejido eréctil:** Tejido que contiene espacios venosos en comunicación directa con las arterias y que al llenarse de sangre pone en erección el órgano en que está comprendido.
- Tejido esponjoso:** Porción esponjosa de los huesos.
- Tejido esquelético:** Cualquiera de los tejidos fibroso, esponjoso, cartilaginoso u óseo.
- Tejido homólogo:** Tejido semejante a otro normal del organismo.
- Tejido muscular:** Tejido que constituye la substancia propia del músculo.
- Tejido lepidico:** Tejido de las membranas embrionarias.
- Tejido óseo:** Variedad de tejido conjuntivo compuesto de una substancia blanda, oséa y sales en porciones diversas y constituido en esencia por fibras que con las sales forman las laminillas óseas que dejan entre sí espacios (osteoplastos), en cuyo interior se alojan las células óseas (osteoblastos), que se comunican entre sí por finas ramificaciones.

C) CONCEPTO DE ORGANO:

En términos de la Ley General de Salud, debe entenderse por órgano la "entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico".(9)

El reglamento de la ley, anteriormente aludida, lo define en los mismos términos en su artículo sexto, fracción décimosesta.

Por órganos debemos entender la estructura orgánica de los seres vivos, formada por distintos tejidos, funcionalmente integrado en un aparato o sistema.

Toda parte del cuerpo que esté organizada de manera que lleve a cabo una determinada función: vista, oído, digestión, reproducción, etc., podrá considerarse como órgano. El término no tiene una utilización rigurosa en todas las ciencias biológicas, llamándose órgano a las partes anatómicas a las que se atribuye una función específica.

(9) Ley General de Salud
6a. Ed., México
Ed. Porrúa, S.A., 1991.
Pág. 63 .

En medicina legal, entiéndase por esta a la parte de la ciencia médica que trata de las condiciones en que debe ejercerse el arte de curar, así como del papel del médico, en los casos en los que sus conocimientos pueden ayudar a esclarecer circunstancias en las que se haya cometido algún ilícito o sin haberlo, haya que esclarecer que no lo hubo, el concepto de órgano está perfectamente definido, no indicando una entidad anatómica, sino funcional, caracterizada por la especificidad de la función en sí. Según esta definición, el órgano comprende todas las partes que realizan la función, como por ejemplo, el órgano de la vista está formado por los dos ojos. Ello conlleva las consecuencias legales siguientes: la pérdida de un sólo ojo es definida como la limitación de un órgano, es decir, una lesión grave, y la pérdida de ambos equivale a la pérdida de un órgano; es decir, a una lesión gravísima.(10)

Al respecto, el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, establece en su título decimonoveno "Delitos contra la vida y la integridad corporal", capítulo primero, referente a las lesiones que:

"ART. 292.- Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o

(10) Vid. Infra

probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Se impondrán de seis a diez años de prisión al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte una incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales."

D) CONCEPTO DE CADAVER:

La multicitada Ley General de Salud, define como cadáver: "El cuerpo humano en el que se halla comprobado la pérdida de la vida". El reglamento de dicha ley (ya también citado en el punto anterior), lo define en igualdad de términos.

Respecto del cadáver, se han dado una serie de cuestiones no resueltas aún por nuestra legislación. Una de las problemáticas la constituye la propiedad del cadáver.

La Ley General de Salud, en su numeral 336, señala que los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad, además de que deberán ser tratados con respeto y consideración.

Cuando una persona muere, se convierte, desde el punto de vista jurídico, en cosa mueble, de la cual no puede determinarse a ciencia cierta su pertenencia. Es decir, el cadáver no forma parte del patrimonio familiar, es una cosa que se encuentra fuera del comercio, por lo cual no es susceptible de apropiación, ya que existen principios de orden público y de moral social que se oponen al concepto de propiedad sobre el cadáver.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que el destino moral del cadáver humano, según conciencia general, es el de ser dejado a la paz del sepulcro, bajo aquella forma que la ley del Estado le haya fijado, y este destino es absolutamente incompatible con el concepto de comercialidad del cadáver.

El artículo 137 de la Ley Municipal de España, establece que la conducción de cadáveres no puede ser objeto de monopolio ni concesión exclusiva por los ayuntamientos, siendo nulos los acuerdos que se tomen en este sentido, a no ser de que se trate de cadáveres de indigentes, cuyo enterramiento sea sufragado por el municipio. Así mismo, la Ley Municipal establece que ningún cadáver puede ser enterrado sin previa licencia del juez municipal y sin que hayan transcurrido veinticuatro horas desde que se extienda

el respectivo certificado de defunción por el médico, el cual no se podrá extender sino después de que el cadáver presente señales inequívocas de descomposición.

Otra problemática, de la que se hablará con posterioridad, es en torno al momento de la muerte, sobre el que se han establecido distintos criterios. Así, el artículo 317 de la Ley General de Salud establece: "Para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de conciencia,
- II. La ausencia permanente de respiración espontánea,
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos,
- IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares,
- V. La atonía de todos los músculos,
- VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal,

VII. El paro cardíaco irreversible, y

VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente.

Además, la mencionada ley nos proporciona una clasificación de cadáveres, que se dividen en: de personas conocidas y personas desconocidas, señalando que los cadáveres no reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores al fallecimiento y aquéllos de los que se ignore su identidad, serán considerados como personas desconocidas; cabe señalar que los cadáveres de éstos últimos son los que generalmente se utilizan para experimentos o para investigaciones científicas.

El reglamento de Cementerios del Distrito Federal, establece en su capítulo séptimo, que los cadáveres de personas desconocidas se depositarán en la fosa común, pero cuando algún cadáver de los remitidos por el Servicio Médico Forense sea identificado, la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos deberá dirigir un escrito al Juez del Registro Civil que corresponda, en el que se establecerán las circunstancias del caso y el destino que se dará a los restos.

Para la inhumación y exhumación de cadáveres (según lo establecido por la Ley General de Salud), sólo podrá realizarse con la autorización del encargado o del juez del Registro Civil, quien se asegurará del fallecimiento y de las causas del mismo, exigiéndole la presentación del certificado de defunción.

Es muy importante el certificado de defunción, ya que es necesario para cualquier acto de disposición del cadáver, como es el caso de que se destine a instituciones de investigación o docencia, o bien, con la finalidad de un trasplante.

A continuación, desarrollaremos el modelo de un acta de defunción, con la finalidad de poder visualizar los datos que debe contener.

MODELO DE UN ACTA DE DEFUNCION

ENTIDAD	DELEGACION	JUZGADO	FOLIO	AÑO	CLASE	No.
<p>SELLO</p> <p>En nombre de los Estados Unidos Mexicanos y como Juez del Registro Civil en el Distrito Federal, certifico que en el archivo de este Juzgado se encuentra un acta del tenor siguiente:</p>						
<p>DEPARTAMENTO DEL</p> <p>DISTRITO FEDERAL</p>						
<p>ACTA DE DEFUNCION</p>						
<p>EN MEXICO, DISTRITO FEDERAL, A LAS _____ HORAS</p> <p>_____ MINUTOS DEL DIA _____ DE _____ DE</p> <p>MIL NOVECIENTOS _____, ANTE MI _____ JUEZ</p> <p>_____ DEL REGISTRO CIVIL, COMPARECE</p> <p>_____ Y EXHIBE UN CERTIFICADO MEDICO EXPEDIDO POR EL</p> <p>_____ CON NUMERO DE CEDULA PROFESIONAL _____</p> <p>CON DOMICILIO EN _____ EN EL QUE SE</p> <p>HACE CONSTAR EL FALLECIMIENTO DE _____</p> <p>QUE ACONTECIO A LAS _____ HORAS _____ MINUTOS DEL DIA</p> <p>_____ DE _____ DE MIL NOVECIENTOS _____</p> <p>EN _____</p>						

Y QUE LA CAUSA DEL DECESO FUE _____

EL CUERPO FINADO SERA _____ EN _____

----- GENERALES DEL FINADO -----

EDAD _____ OCUPACION _____

LUGAR DE NACIMIENTO _____ NACIONALIDAD _____

ESTADO CIVIL _____ CON _____

DOMICILIO _____

PADRES DEL FINADO

NOMBRES _____

DECLARANTE

EDAD _____ OCUPACION _____

ESTADO CIVIL _____ DOMICILIO _____

TESTIGOS _____

NOMBRE _____

EDAD _____

OCUPACION _____

PARENTESCO CON EL FINADO _____

DOMICILIO _____

Con lo que se dió por terminado el acto y firman la presente para constancia, los que en ella intervinieron y saben hacerlo y los que no, imprimen su huella digital. Se cierra el acta que se autoriza Doy fe. El Juez del Registro Civil.

DERECHOS ART. 690 FRACC. 1 Y 953 DE LA LEY DE HACIENDA DEL DEPARTAMENTO DEL DISTRITO FEDERAL.

DERECHO \$

15% Adic. \$

TOTAL

ESPACIO PARA ANOTACIONES:

3.- EL TRASPLANTE DESDE DIVERSOS PUNTOS DE VISTA.

El trasplante, representa diferentes problemáticas enfocadas desde diversos puntos de vista. Consideramos que dentro de los puntos de vista más importantes están: el ético, religioso y por supuesto, el legal. Estos distintos enfoques nos permitirán formular nuestro propio juicio acerca de este fascinante tema.

A) ETICO.

La palabra ética viene de la voz griega "ethus", que significa costumbre y en general, suele definirse como la ciencia de las costumbres.

Se entiende también como ética a la "parte de la filosofía que se ocupa del estudio de la moral; es en rigor una disciplina que tiene como objeto de descripción y de reflexión la moral de los actos humanos, aunque a menudo se identifiquen los conceptos de ética y moral".(11)

(11) Barcelona, Salvat Editores. Diccionario Enciclopédico Salvat Universal
14a. Ed., t. V. Barcelona
Ed. Salvat Editores, S.A., 1976
Pág. 1322

Por moralidad se entiende el carácter de bondad o malicia de las acciones humanas.

La ética guarda relaciones muy estrechas con el derecho, ya que se refiere a la explicación de la obligación moral en el hombre, la explicación del "tú debes", que en todo hombre irremisiblemente y aún en contra de su voluntad siente en su interior.

Nuestra realidad y las circunstancias culturales al igual que la vida misma, son cambiantes y se hallan en constante evolución. Dentro de ése dinamismo, la ética como elemento inherente al hombre, cambia, pero no del todo, pues sigue rigiéndose bajo los mismos principios, pero, modificándose según las circunstancias que lo rodean. Con ello no quiere decirse que lo malo deja de serlo, sino que los conceptos cambian y en determinado momento algo que se consideraba malo en realidad no lo era; verbigracia lo señalado anteriormente por un cirujano británico(12), sobre las regiones sacrosantas del cuerpo, antes el haberlas intervenido quirúrgicamente se hubiese considerado algo malo, sin embargo hoy, al poder intervenir determinadas regiones del cuerpo es considerado algo bueno, pues ha permitido salvar infinidad de vidas.

(12) Vid. Supra

Los avances médicos han permitido alcanzar aspectos inimaginables y en este sentido nos podríamos cuestionar acerca de qué tan ético resultaría, en éste momento y en éste lugar, realizar un trasplante de órganos.

Desde nuestro particular punto de vista, la ética, que se encuentra muy ligada a este tipo de planteamientos sobre los trasplantes, juega un papel de primerísima importancia. Ya que es mediante un análisis ético (además de otros análisis como el religioso, moral, médico, legal, etc.) como nos podemos percatar si el camino elegido es el correcto.

Pensamos que la realización de un trasplante será ético, siempre y cuando se respeten los límites morales y legales que al respecto la vida misma nos ha impuesto, es decir, siempre y cuando se realizaran con fines altruistas, en los que participaran aspectos como el del consentimiento por parte del donante (o en su defecto los parientes más cercanos y a falta de estos, los que la ley establezca para tal caso), así como del receptor. Además de evitar una penosa situación, que desafortunadamente se ha incrementado con una celeridad impresionante: el mercantilismo, factor que no debemos perder de vista, pues muchas veces nos hace olvidarnos de quiénes somos, quiénes son nuestros semejantes y hacia dónde vamos.

B) RELIGIOSO.

Dios ha confiado al hombre el don de la vida, este principio básico debe colocarse en el centro de la reflexión, encaminada a esclarecer y resolver los problemas morales que surgen de las intervenciones artificiales para mantener la vida.

Gracias al progreso de las ciencias biológicas y médicas, el hombre dispone de medios terapéuticos cada vez más eficaces, pero también puede adquirir nuevos poderes, preñados de consecuencias imprevisibles.

En la actualidad, diversos procedimientos dan la posibilidad de prolongar la vida. Si tales técnicas permiten al hombre "tener en sus manos el propio destino", lo exponen también "a la tentación de transgredir los límites de un razonable dominio de la naturaleza". Por eso, aún cuando tales técnicas pueden constituir un progreso al servicio del hombre, al mismo tiempo comportan graves riesgos. De ahí que se eleve, por parte de muchos, una llamada urgente a salvaguardar los valores y derechos de la persona humana en la práctica de los trasplantes.

Según los datos obtenidos a través de un sacerdote, el Magisterio de la Iglesia no pretende competir en el ámbito de las ciencias experimentales, sino exponer sus puntos de vista.

Dentro de los criterios de la iglesia católica, se encuentra el respeto, la defensa y la promoción del hombre, su derecho inalienable, primario y fundamental a la vida y a la dignidad como persona, dotada de alma espiritual y de responsabilidad moral.

El rápido desarrollo de los descubrimientos tecnológicos exige un respeto hacia los criterios antes señalados, ya que la ciencia, sin la conciencia no conduce sino a la ruina del hombre.

Nos pareció interesante transcribir la opinión del Papa Pio XII, a propósito de los trasplantes, ya que plasma la ideología que tiene la Iglesia con respecto a los mismos.

"Para demostrar la extirpación de órganos necesarios para la trasplatación hecha de un ser vivo a otro es conforme a la naturaleza lícita, se le sitúa en el mismo nivel de la de un órgano físico determinado, hecha en interés o provecho de un organismo físico o total. Los miembros del individuo serán considerados aquí como partes y miembros del organismo que constituye la humanidad, de la misma manera o casi, que son parte del organismo individual del hombre. El fin que persigue esta argumentación, es poner remedio al mal de otro o por lo menos aliviarla, es comprensible y loable, pero el método propuesto y la prueba en que se apoya son erróneos. Se olvida

aquí la diferencia esencial entre un organismo físico y un organismo moral, así como la diferencia cualitativa esencial entre las relaciones de las partes con el todo, en estos dos tipos de organismos.

El organismo físico del hombre es un todo en cuanto al ser: los miembros son partes unidas y ligadas entre sí en cuanto al mismo ser físico; están de tal manera absorbidas por el todo, que no poseen independencia alguna: no existen más que para el organismo total y no tienen otro fin que el suyo.

Es muy distinto lo que sucede en el organismo moral, que es la humanidad. Este no constituye un todo más que en cuanto al actuar y a la finalidad. Los individuos en cuanto a miembros de este organismo, no son más que partes funcionales. El todo no puede por tanto, contar en relación con los individuos más que con las exigencias concernientes al orden de la acción.

En cuanto a su ser físico, los individuos no son, en modo alguno dependientes unos de otros, ni de la humanidad. La evidencia inmediata y el buen sentido demuestran la falsedad de la aserción contraria. La extirpación

de un órgano particular sería un caso de intervención directa, no sólo en la esfera de acción del individuo, sino de su ser, por parte de un todo puramente funcional: Humanidad, sociedad, estado, al que el individuo está incorporado como miembro funcional y solamente en cuanto a su actuar".(13)

De lo anterior podríamos llegar a la conclusión de que desde este punto de vista, Dios ha creado al hombre a su imagen y semejanza: "varón y mujer los creo" (Gen. 1,27), confiándoles la tarea de "dominar la tierra" (Gen. 1,28). La investigación científica, fundamental y aplicada, constituye una expresión significativa del señorío del hombre sobre la creación. Preciosos recursos del hombre cuando se ponen a su servicio y promueven el desarrollo integral en beneficio de todos, la ciencia y la técnica no pueden indicar por sí solas el sentido de la existencia y el progreso humano. Por estar ordenadas al hombre, en quien tienen su origen y su incremento, reciben de la persona y de sus valores morales la dirección de su finalidad y la conciencia de sus límites.

(13) Reinader, Antonio. Moral Profesional
2a. Ed. Madrid
Ed. Católica, S.A., 1968
Págs. 238 y 239

Sería por ello ilusorio reivindicar la neutralidad moral de la investigación científica y de sus aplicaciones. Por otra parte, los criterios orientados no se pueden tomar ni de la simple eficacia técnica, ni de la utilidad que puede reportar a unos a costa de otros, ni, peor todavía, de las ideologías dominantes. A causa de su mismo significado intrínseco, la ciencia y la técnica exigen el respeto incondicionado de los criterios fundamentales de la moralidad que deben estar al servicio de la persona humana, de sus derechos inalienables y de su bien verdadero e integral, según el plan y la voluntad de Dios.

Los criterios morales que deben ser aplicados para esclarecer los problemas en el ámbito de la medicina, presuponen una adecuada concepción de la naturaleza de la persona humana en su dimensión corporea.

En efecto, sólo en la línea de su verdadera naturaleza, la persona humana puede realizarse como la "totalidad unificada". Ahora bien, esa naturaleza es al mismo tiempo corporal y espiritual, el cuerpo humano no puede ser reducido a un complejo de tejidos, órganos y funciones, ni puede ser valorado con la misma medida que el cuerpo de los animales, ya que es parte constitutiva de una persona, que a través de él se expresa y se manifiesta.

La ley moral natural evidencia y prescribe las finalidades, los derechos y los deberes, fundamentados en la naturaleza corporal y espiritual de la persona. Esa ley no puede entenderse como una normatividad simplemente biológica, sino que tiene que ser concebida como el orden racional por "el hombre es llamado por el Creador a dirigir y regular su vida y sus actos y, más concretamente, a usar y disponer del propio cuerpo".(14)

Una primera conclusión que se puede sacar de tales principios, consiste en que cualquier intervención sobre el cuerpo humano no alcanza únicamente los tejidos, órganos y funciones; afecta también, y a diversos niveles, a la persona misma, encerrando por tanto un significado y una responsabilidad morales, de modo quizá implícito, pero real. Juan Pablo II recordaba a la Asociación Médica Mundial: "Cada persona humana, en su irrepetible singularidad, no está constituida solamente por el espíritu, sino también por el cuerpo y a través del cuerpo se alcanza a la persona misma en su realidad concreta. Respetar la dignidad del hombre comporta, por consiguiente, salvaguardar esa identidad del hombre "corpore et anima unus", como afirma el Concilio Vaticano II. Desde esta visión antropológica, se deben encontrar los criterios fundamentales de decisión, cuando se trata de procedimientos no

(14) Cita de Pablo VI en su Encíclica: Humanae Vitae.

estrictamente terapéuticos, como son por ejemplo, los que miran a la mejora de la condición biológica humana".(15)

C) LEGAL.

Desde el punto de vista legal, los trasplantes son aceptados, aunque opinamos que nuestra legislación al respecto aún es muy deficiente.

Los trasplantes constituyen una realidad y por ello requieren de una reglamentación adecuada; ya que una reglamentación inadecuada podría constituir un obstáculo para el avance en el campo de la medicina, y específicamente en cuanto a lo que a trasplantes se refiere.

Es la Ley General de Salud quien, auxiliada por otras leyes y reglamentos, se encarga de la regulación legal de los trasplantes. Existen autores como Julián Gutiérrez Fuentes, que hacen críticas a la ley en lo que a este tema se refiere. De acuerdo a lo que este autor expresa, no se ha regulado de manera adecuada al trasplante y señala que al realizar un trasplante

(15) Cita Juan Pablo II. Discurso a los participantes en la 35a. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial. 29 de Octubre de 1983.

de corazón, acorde con nuestra legislación, se estaría cometiendo un homicidio calificado, porque el corazón debe estar latiendo, requisito sin el cual no se podría llevar a cabo un trasplante y continúa diciendo que además se tendría que privar a la persona del conocimiento y con premeditación alevosía y ventaja, se realizaría la operación; lo cual no es posible, en virtud de que la legislación mexicana es omisa para distinguir la muerte jurídica de la real. (Esta apreciación vertida por el Dr. Gutiérrez Fuentevilla se comentará en su oportunidad).

En 1967, se dieron importantes dictámenes por parte de la entonces Secretaría de Salubridad, en los que señalaron aspectos muy interesantes con respecto a los trasplantes.

PETICION DE LA SECRETARIA DE SALUBRIDAD A LA ACADEMIA DE CIRUGIA.

"Me permito dirigirme a esta H. Academia Mexicana de Cirugía, para comunicarle que el C. Presidente de la República Gustavo Díaz Ordaz, fué informado ampliamente a solicitud expresa de él, del tema y de los frecuentes problemas referentes al trasplante de órganos humanos, que como fenómeno científico y actual interesa vivamente a los individuos, a las instituciones dedicadas al fomento y al estímulo de la búsqueda de nuevos valores en el campo de la ciencia y de la técnica.

El gobierno mexicano, caracterizado por un hondo humanismo y su gran interés en el progreso de todas las ramas del conocimiento y de la técnica no puede permanecer ajeno al problema del trasplante de órganos que podría derivarse una pluralidad de bienes y adelantos para el beneficio de los seres humanos.

Por otra parte, la Secretaría de Salubridad y Asistencia, dependencia del Gobierno de la República, a través de la cual se canalizan asuntos como el que nos ocupa, estará consciente de que no debe frenarse ni obstaculizarse el interés en las prácticas idóneas para el desarrollo de la medicina y de la cirugía en este inquietante capítulo, pero a la vez tiene la responsabilidad impostergerable de velar en todo momento por la seguridad y la salud del pueblo, previniendo que pudieran ponerse en práctica, técnicas y procedimientos que ya por audaces, erróneos, inmaduros o porque se emprendan sin contar con el número de elementos y la satisfacción de los requisitos que la opinión científica internacional ha establecido como indispensables, llegaren a constituir algún peligro para los pacientes, lesionando en ellos de modo irreparable valores tan preciados como la vida misma.

Por tales enunciados, me permito someter a esta ilustre Academia en su carácter de cuerpo dedicado al progreso de la ciencia médica, la consideración formal de ése asunto y ruego a la misma encarecidamente, se digne a emitir su autorizada opinión, tanto en lo que

respecta al trasplante de órganos en general como particularmente al del corazón humano".(16)

En ese entonces, el Secretario de la Academia, el Dr. Rafael Moreno Valle, nombró una comisión integrada por los doctores: Conrado Zuckermann, Guillermo Alamilla, Ruperto Pérez Muñoz y Héctor Quijano Méndez, la cual estaba presidida por el Dr. Clemente Robles, presidente de la Academia. Dicha comisión se integró con el principal objetivo de dar respuesta a dicha petición, mediante la formulación de un dictamen y con fecha 30 de julio, en la sesión ordinaria de la Academia Mexicana de Cirugía, fué aprobado el siguiente dictamen por unanimidad:

DICTAMEN QUE PRESENTA LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA AL C. SECRETARIO DE SALUBRIDAD Y ASISTENCIA.

"La Academia reconoce las dificultades para encontrar soluciones plenamente satisfactorias a los numerosos problemas que plantea el tema, cuya importancia es bien conocida. Por ello, considera

(61) México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Revista Mexicana de Derecho Penal.
Nº 20
Editorial Cuarta Epoca, Abril-Junio de 1967

encomiable la iniciativa de las autoridades de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, al pedir colaboración en el examen de tan complejo asunto; y considera también que esta solicitud del C. Secretario significa tanto una distinción como una responsabilidad para la corporación.

La academia estima asimismo que los términos de la comunicación dirigida por el propio funcionario expresan adecuadamente la posición de la dependencia a su cargo, al indicar que si bien no debe frenarse el progreso en este campo, es necesario prevenir que se pongan en práctica procedimientos que por no llenar los requisitos exigidos lleguen a constituir un grave peligro para los pacientes.

Efectivamente, la Academia considera que, en el momento actual, la actitud de las autoridades médicas del país, debe orientarse hacia un doble fin, por una parte, fomentar el progreso que represente el injerto de órganos en los individuos humanos y, por la otra, establecer normas apropiadas para regular la aplicación de ese adelanto científico, en vista de las cuestiones éticas, técnicas, psicológicas y aún las jurídicas que involucra".(17)

Probablemente una de las cosas que más nos interese con respecto a este tema sea, el dictamen que emitió el Colegio de Abogados, ya que en él se plasma nuestra ideología.

(17) C.f.r.

El H. Consejo Directivo de la Barra Mexicana del Colegio de Abogados, designó una comisión integrada por los Licenciados: Manuel Palavicini, Javier Creixell del Moral, Benjamín Flores Barrueta, Luis Lagos, Alfonso Noriega Jr. y Miguel Villoro Toranzo, quienes realizaron un estudio en donde señalan en el aspecto jurídico que:

"Primera.- La persona tiene derecho de disponer de las partes de su cuerpo si ello redunda en salud y bienestar corporal. Conforme a esta idea, son de entenderse como válidos los actos por los que las personas admiten la práctica, por ejemplo, de intervenciones quirúrgicas, de amputaciones necesarias para la salud e inclusive la aceptación en su cuerpo de trasplantes, injertos, además de elementos extraños.

Segunda.- En ejercicio del derecho anterior, la persona puede disponer de partes esenciales o no, que son regenerables o que no lo sean, pues la idea dominante es la de salud y bienestar de todo.

Por lo tanto, esto explica su consentimiento válido para los tratamientos médicos más extremos en la medida de su necesidad.

Tercera.- La persona tiene derecho de disponer en vida de las partes de su cuerpo, para beneficio de otro, con tal

de que el motivo que la impulsa sea conforme al orden público y a las buenas costumbres, esto es, a la moral.

Por tanto, serán válidos los actos de disposición que se guían por determinaciones justificables conforme a la moral como la caridad, lo que será motivo de apreciación en cada caso singular.

Cuarta.- El derecho ultimamente expresado, tiene el límite de lo que es meramente un acto de administración del cuerpo, más no la disposición que entrañe su aniquilamiento.

Esto no sólo por virtud de la idea moral que veda la auto-destrucción, sino en función de la colectividad, por cuanto al orden público que significa la conservación de la personalidad y que por otro lado pudieran resultar afectados los alimentos que correspondieran a terceras personas.

Quinta.- En todo caso, la disposición no debe ser estimada como vinculatoria con respecto al destinatario de ella, pues ha de ser absolutamente libre y siempre revocable, ya que de otra suerte se atentaría a la irrestricta libertad de la persona en esta materia y se permitiría la disposición por parte de terceros de su cuerpo.

Sexta.- En concordancia con lo anterior, debe desecharse el derecho a terceros a disponer de partes del cuerpo de una persona, con la salvedad de que se trate de intenciones médico-quirúrgicas indispensables para su salud y no fuera posible obtener su consentimiento. En este punto nos encontramos en el campo de la responsabilidad médico-profesional y la posibilidad en que eventualmente se encuentren los familiares y representantes de la persona para resolver.

Séptima.- Aunque pudiera parecer que la disposición del cuerpo para después de la muerte es por completo libre y que por tanto no cabría señalar ninguna limitación jurídica, máxime si se considera el carácter de cosa que en cierta forma pudiera corresponder al cadáver, no debe olvidarse la grave influencia de las costumbres, de la moral, que desde antiguo pesa en cuanto al muerto.

Por tanto, aún cuando es dable sostener el principio de que la persona es libre para disponer de su cuerpo, señalando el destino que le haya de dar después de su muerte, los deudos, los familiares, la colectividad, han de estar en posibilidad de no cumplir la voluntad del autor si se aducen abundancia de razones que deriven de la moral, de las buenas costumbres, del orden público.

Octava.- La disposición del cuerpo para después de la muerte es revocable y libre por su autor, por lo que, si al morir éste había revocado la disposición, no habrá nacido derecho alguno en favor del destinatario.

Novena.- La disposición del cuerpo para después de la muerte es, en principio, vinculatoria con respecto a los sucesores del autor; pero es de dejarse a salvo lo expresado en la aplicación séptima por cuanto a la posibilidad de los deudos, los familiares y la colectividad tienen de dejar de cumplir la voluntad del referido autor, en vista de la moral, las buenas costumbres, del orden público.

Décima.- En principio, los sucesores pueden disponer de los restos mortales y esto puede hacerlo también la colectividad, pero únicamente la disposición de acuerdo con la moral, con las buenas costumbres y con el orden público, con arreglo a los criterios antes señalados para el caso de disposición que hubiera hecho en vida el difunto.

Décimo primera.- En fin, todo caso de disposición de la propia persona, de las sucesiones en vida o para después de la muerte, habrán de examinar sobre todo el motivo lícito, orden

público, buenas costumbres, moral, pues la cuestión no radica en la comercialidad del cuerpo, sino en la causa moral, valiosa socialmente, que determine la disposición. En consecuencia, siempre tendrá la sociedad el derecho de aprobar o reprobar la disposición hecha".

Además, la mencionada Barra Mexicana de Abogados, llegó a una serie de interesantes conclusiones que son las que a continuación se exponen:

I.- El problema de los trasplantes de órganos se ubica en cuestión de la disposición del cuerpo humano.

II.- Desde antiguo se han practicado varios actos de disposición.

III.- La materia no ha sido acogida en forma expresa por las legislaciones en general, siendo excepcionales las que así lo hacen.

IV.- En particular, nuestro derecho no contiene disposiciones expresas.

V.- Del sistema de nuestro derecho puede derivarse una interpretación adversa a los trasplantes de órganos.

VI.- El problema ha sido ampliamente estudiado en la doctrina.

VII.- Es Francia la tendencia a la admisión de los actos de disposición del cuerpo humano.

VIII.- La materia requiere una expresa y cuidadosa regulación jurídica a efecto de salvaguardar los superiores intereses jurídicos y éticos que se manifiestan en ella.

IX.- La regulación de referencia debe ser orientada o conforme a los principios morales, de la convivencia y de la ciencia que hemos apuntado en el presente".(18)

Este dictamen fué emitido en 1962, han pasado treinta años a la fecha y desafortunadamente muchas de las conclusiones a las que llegó la Barra de Abogados siguen sin solución. Sin embargo, continuamos esperanzados en que muy pronto nuestros legisladores tomarán conciencia de la importancia y urgencia de una adecuada regulación para los trasplantes de órganos.

(18) Dictamen emitido por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados México, D.F., 16 de Mayo de 1962.

**CAPITULO
SEGUNDO**

CAPITULO SEGUNDO

REQUISITOS PARA LLEVAR A CABO UN TRASPLANTE

- 1.- **Requisitos Legales**
 - a) Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia de Fuero Federal de 1931.
 - b) Ley General de Salud

- 2.- **Consentimiento para la disposición de órganos**
 - a) Donante
 - b) Receptor
 - c) Menores de edad, incapacitados, personas privadas de su libertad y mujeres embarazadas.

- 3.- **Prohibiciones con respecto al trasplante de órganos.**

- 4.- **Comprobación de la pérdida de vida.**
 - a) Muerte orgánica
 - b) Muerte legal
 - c) Muerte clínica

REQUISITOS PARA LLEVAR A CABO UN TRASPLANTE

1.- REQUISITOS LEGALES.

En el presente capítulo se estudiarán y analizarán los diferentes requisitos exigidos por diversas legislaciones, que se requieren para la realización de un trasplante. Así mismo, veremos el aspecto del consentimiento y cómo este representa un factor de vital importancia para el trasplante.

Existen una serie de prohibiciones que impiden la realización de un trasplante, como por ejemplo, el pretender la celebración de un contrato que tenga como objeto las partes del cuerpo humano, la donación sobre órgano único en el supuesto de que el trasplante a practicar sea entre vivos, etc. Estos y otros puntos de gran interés, son los que examinaremos en éste capítulo.

A) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL DE 1931.

Es evidente la trascendencia que encierra la problemática de los trasplantes en el ámbito jurídico-penal.

Llama nuestra atención toda la gama de situaciones en la disposición de órganos pueden ser de interés a la materia penal. Este tipo de intervenciones quirúrgicas entrañan una serie de riesgos considerables, tanto para la vida como para la salud e integridad corporal, ya sea en la persona del donante o en la del receptor, mismos que representan bienes jurídicos tutelados por la legislación penal. Es conveniente considerar que el médico, al realizar una intervención podría cometer ilícitos como el homicidio o las lesiones, obviamente tomando en cuenta la intención o el fin con el que dispuso de los órganos. En este caso, lo primero que se debe tener en cuenta es, si el trasplante o injerto a realizar puede ser considerado como una medida terapéutica con garantías estimables de éxito; es decir, que hay que proceder a delimitar lo que constituye una intervención con fines curativos; es decir, que impliquen para el receptor la recuperación de su salud. Los elementos que se pueden tomar en cuenta para determinar si se puede establecer que se trata de una medida quirúrgica adecuada, en términos de lo que hemos dicho, son a saber los siguientes:

- 1.- La finalidad perseguida que, evidentemente, habrá de estar dirigida directamente a obtener una mejora en la salud del receptor o incluso mantenerlo con vida.
- 2.- La idoneidad objetiva terapéutica; es decir, el conocimiento, conforme al estado que presenta la ciencia, de los probables resultados que deriven de dicha

intervención y además en relación con el beneficio de la salud del receptor y de los riesgos que aquella entraña.

- 3.- La existencia de un ser enfermo (receptor), al que vaya dirigida esa finalidad y la aplicación de esos medios.

En los casos en que concurren los requisitos mencionados, nos hallaremos, pues, ante una intervención que tiene como fin adoptar una medida terapéutica con el objetivo de sanar a un individuo.

Las intervenciones que tengan una naturaleza de carácter eminentemente experimental; es decir, que persigan el fin de comprobar una hipótesis o aquel de adquirir nuevos conocimientos científicos, deben permanecer al margen de esta situación, sin embargo, pueden existir intervenciones de trasplante con cierto grado experimental; en este caso, sólo es asimilable a la propia terapéutica cuando el riesgo temido sea menor que el beneficio esperado. No obstante, es conveniente tener presente que toda intervención, aún la que represente menor grado, implica una cierta medida de riesgo.(19)

(19) Vid. Supra, Capítulo primero

En conclusión, cuando la intervención a realizar tenga la finalidad de sanar o salvar la vida de una persona, es preciso determinar si ella confiere licitud para la actuación del médico y de las heridas, lesiones, etc., que se inferan al paciente y que afecten la integridad física del individuo.

La gran mayoría de la doctrina está de acuerdo con la opinión de que el médico queda justificado, por lo que actúa en el ejercicio legítimo de su profesión. Otro sector de la doctrina opina que únicamente el consentimiento del paciente le otorga licitud a la intervención del médico.

Sin embargo, ambos criterios han sufrido numerosas objeciones, por lo menos cuando estos se aplican a operaciones o tratamientos que tengan como finalidad el curar al individuo.

En cuanto al primer criterio, haríamos la siguiente observación: se basa en que sólo de esa manera podría quedar legitimado el médico, y a este respecto hablaríamos también de la ausencia de dolo, y en cuanto al segundo criterio, el consentimiento no puede ser ilimitado en cuanto a las diversas situaciones que podrían resultar de la intervención y además, no en todos los casos se podría dar ese consentimiento en forma personal en virtud de la existencia de casos de emergencia en los que el médico obedeciendo a sus principios éticos y profesionales, tiene que intervenir en un

momento dado para salvar una vida, en este caso debe obtener el consentimiento a través de los familiares que para el efecto señala la Ley General de Salud denominándolos los "receptores secundarios".

Todo lo antes expresado, involucra cuestiones delicadas respecto de las cuales, las distintas legislaciones del mundo han adoptado diversas medidas, vertigracia en España, el código penal prevé que el médico que realice una intervención de trasplante sin el debido consentimiento incurrirá en el 'delito de coacciones'. En este caso conviene apuntar el significado de estado de necesidad, el cual Rafael de Pina citando a Von Litz define como la: "situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".(20) En este caso, consideramos que estamos en el supuesto 'nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur'(21), puesto que el médico está usando el derecho que la ley confiere para salvar una vida.

De igual modo, nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de Fuero

(20) Pina, Rafael de y Pina Vara, Rafael de: Diccionario de Derecho, 15a. Ed., México Ed. Porrúa, S.A., 1988 Pág. 261

(21) Op. Cit. Pag. 499

Federal de 1931, vigente, establece en su capítulo IV, Circunstancias Excluyentes de Reponsabilidad, artículo 15, fracción IV.

"ART. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

IV.- Obrar por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente y éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance".

Como podemos concluir, la actitud del médico en este caso, encuadra perfectamente en el supuesto jurídico que marca el código penal, por lo cual, opinamos que el médico en determinado momento actúa de acuerdo a su deber jurídico, moral y profesional.

No obstante lo anterior, el código antes señalado, no menciona en forma expresa el delito que podría llegar a cometerse para el caso de que el médico actuará dolosamente con la finalidad de

comercializar con los órganos, tejidos o sus productos o inclusive, con los mismos cadáveres(22), lo que en nuestro concepto es una grave omisión.

En nuestra legislación penal, no se establece ningún requisito para llevar a cabo un trasplante, ni las prohibiciones a que el mismo dá lugar. Tampoco se hace mención alguna (lo cual sí es de su competencia), de los ilícitos que se pueden perpetrar en la disposición de órganos.

En un momento dado, lo que podríamos aplicar de la legislación vigente a los trasplantes serían los siguientes artículos:

"ART. 228.- Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos 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 intencionales o por imprudencia

(22) Vid. Infra Capítulo Cuarto

punible, se les aplicará la suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en el caso de reincidencia, y:

II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, aún cuando estos obren de acuerdo a las instrucciones de aquellos".

"ART. 229.- El artículo anterior se aplicará a los médicos que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente".

En otras palabras, sólo en el caso de que el médico incurriera en responsabilidad profesional, sería sujeto de la acción penal; pero entonces, ¿Dónde queda el tráfico de órganos?, ¿Bajo qué delito sanciona el código penal a quien comercialice con los órganos a trasplantar?, y hablamos precisamente de los "médicos", pues en todo caso son ellos los únicos con los conocimientos y técnicas necesarias para extraer órganos.

Recientemente, el cadáver de una niña fué encontrado sin ojos, esta situación levantó una gran polémica respecto a la propiedad de los mismos. Se le dió gran publicidad al asunto y hasta donde informaron los medios de comunicación, nunca se supo dónde quedaron. Este

trágico acontecimiento nos lleva a reflexionar sobre lo grave y peligroso que resulta no tener una legislación adecuada. ¿Qué sucedió con el médico forense que practicó la necropsia?, ¿Cuál fué el destino de los órganos?. Seguramente no tendremos nunca una respuesta, pero esperamos que haya una respuesta por parte de nuestros legisladores a la solución del tráfico de órganos.

B) LEY GENERAL DE SALUD

Desafortunadamente, la Ley General de Salud, es deficiente en relación a los trasplantes. No deja claro si pretende regular los trasplantes entre vivos o únicamente aprovechar las partes de un cadáver. Es una pena observar, que el legislador no toca el tema con profundidad, siendo que es su obligación regular los trasplantes, tanto en vida del disponente originario, como para después de su muerte y respecto de esta última, determinar de modo más claro cuál es el criterio a seguir para establecer el momento en que sobreviene la muerte.

El hombre en tiempos no muy lejanos, buscaba el vivir lo más posible. Se dieron grandes avances y el hombre fué gradualmente consiguiendo su objetivo, empero, carecía de un ordenamiento legal al respecto.

Actualmente es al Congreso de la Unión a quien compete legislar sobre la materia de salud a nivel federal. Dentro de las

primeras legislaciones que se dieron al respecto hubo una en 1928, después de esta siguieron otras más que son las siguientes, todas ellas en materia de trasplantes:

- 1961. Reglamento de Bancos de Sangre, Servicios de Trasfusión y Derivados de la Sangre. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 1962, posteriormente fué abrogado.
- 1969. Proyecto sobre "Bancos y Trasplantes de Tejidos y Organos Humanos y Disposición de Cadáveres".
- 1973. Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo de 1973, posteriormente fué abrogado.
- 1975. Reglamento del Banco de Ojos de la Dirección General de Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1975.
- 1976. Reglamento Federal para la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de octubre de 1976, el cual fué posteriormente abrogado.

1983. Reforma al artículo 4º Constitucional. Esta reforma es de trascendencia, pues protege el bien jurídico de la salud, constituyendo un pilar sólido para la nueva legislación sanitaria en México.
1984. Ley General de Salud. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.
1985. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Publicado el 20 de febrero de 1985, en el Diario Oficial de la Federación.

En 1987, hubo reformas a la Ley General de Salud y posteriormente hubo una reforma, que valoramos de gran importancia, que es la aplicada a la norma técnica número 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.(23)

(23) Cfr.

El jueves 10 de agosto de 1989, el Diario Oficial de la Federación, publicó un instructivo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, cuyo contenido es de interés para nuestro tema, por lo que decidimos transcribirlo:

"PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.
INSTRUCTIVO DEL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL PARA LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO SOBRE LA SOLICITUD DE DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

INSTRUCTIVO NUMERO 1/002/89

INSTRUCTIVO DEL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL PARA LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO SOBRE LA SOLICITUD DE DISPOSICION DE ORGANOS, TEJIDOS Y CADAVERES DE SERES HUMANOS.

CC. SUBPROCURADORES,
DIRECTORES GENERALES,

DIRECTORES DE AREA,
DELEGADOS REGIONALES,
AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO
Y DEMAS SERVIDORES PUBLICOS
DE ESTA DEPENDENCIA
PRESENTES.

Con fundamento en los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y 5º, fracciones VI, VII, XIII y XXIII del Reglamento de la mencionada ley; y,

CONSIDERANDO

Que la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el día veintiuno de marzo de mil novecientos ochenta y nueve suscribieron las bases de coordinación con el objeto de dar aplicación ágil y plena a las normas contenidas en la Ley Orgánica de la Salud y su Reglamento, sobre la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Que los artículos 14 y 19 del Reglamento de la Ley General de Salud, así como los numerales 13 y 16 de la norma técnica número 323 emitida por la Secretaría de salud, prevén las hipótesis en el que el Ministerio Público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Que es necesario emitir criterios e instrucciones uniformes a fin de brindar la mejor atención, tanto a los peticionarios de disposición de órganos, tejidos o cadáveres de seres humanos, como a los familiares de las personas fallecidas, objeto de la disposición, por lo que he tenido a bien expedir el siguiente:

INSTRUCTIVO

PRIMERO. Para la tramitación de solicitud, ante el Ministerio Público, de 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 autorizada 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 fecha de la licencia sanitaria del establecimiento;

III. El número y 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 cualesquiera de las clases a que hacen referencia los artículos 317 y 318 de la Ley General de Salud.

CUARTO. Deberán comparecer ante el Ministerio Público los familiares de la persona objeto de la disposición, preferentemente los consanguíneos de primer grado, quienes manifestarán expresamente su conformidad con la disposición de órganos, tejidos o cadáver del mismo.

QUINTO. El Ministerio Público dará intervención a los Peritos Médico-Forenses de esta Institución, a fin de que emitan opinión 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 o cadáver solicitado no impedirá dictaminar posteriormente sobre las causas de su fallecimiento.

SEXTO. 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 órganos, tejidos o cadáver solicitados, oficio que deberá llevar el visto bueno del Jefe del Departamento de Averiguaciones Previas o del Delegado Regional correspondiente.

SEPTIMO. 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 haya dispuesto de sus órganos, tejidos o del cuerpo, acompañando la relatoria quirúrgica respectiva.

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

NOVENO. 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.

DECIMO. 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.

TRANSITORIOS

PRIMERO. Este instructivo entrará en vigor en la misma fecha de su expedición.

SEGUNDO. Los CC. Subprocurador de Averiguaciones Previas, Director General de Averiguaciones Previas, Director General de Servicios Periciales, Director General de Coordinación de Delegaciones Regionales, Delegados Regionales, Director de Averiguaciones Previas del Sector Central, Subdirectores de Averiguaciones Previas, proveerán lo necesario para el cumplimiento de las disposiciones que se contienen en el presente instructivo.

Atentamente

Sufragio Efectivo.No Reelección

México, D.F., a 10 de agosto de 1989.- El Procurador General de Justicia del Distrito Federal, Ignacio Morales Lechuga.- Rubrica".(24)

Adentrandonos más específicamente en la multicitada ley, esta contempla los requisitos necesarios para la realización del trasplante.

En primer lugar, establece que para llevar a cabo un trasplante es indispensable que sea con fines terapéuticos y solamente entre seres humanos y siempre y cuando representen un riesgo aceptable para la

salud y vida del donante originario y del receptor. Los órganos de los cuales se pueden disponer son: órganos, tejidos y sus componentes. Aún cuando la ley señala que estos solamente tendrán fines terapéuticos, el artículo 314, así como el capítulo V de su Reglamento establecen la posibilidad de disponer de los órganos con fines terapéuticos. Consideramos que es necesario ser reiterativos en la crítica que hacíamos en el sentido de que la ley no deja claro si sólo se pretende la disposición de las partes de un cadáver o regular los trasplantes entre vivos.

La Secretaría de Salud es a quien compete el control sanitario de la disposición de órganos, así como de los trasplantes. Es ésta autoridad la encargada de autorizar a los profesionales responsables que intervengan en la disposición de órganos, la cual se realizará preferentemente en cadáveres. Los cadáveres se clasifican, como ya habíamos señalado en personas conocidas y desconocidas, siendo estas últimas aquellas cuya identidad es desconocida y no hayan sido reclamadas dentro de las setenta y dos horas posteriores al fallecimiento, al efecto, la Secretaría de Salud cuenta con un registro de cadáveres, denominado Registro Nacional de Trasplantes y Trasfusiones.

En cuanto a los cadáveres de personas conocidas, la disposición de los mismos o parte de ellos podrán destinarse al trasplante, previos requisitos establecidos por la ley, y, cuando éstos se vayan a utilizar con fines de docencia o de investigación, se requiere del permiso del

disponente originario, mismo que no podrá revocarse por los disponentes secundarios; es decir, el cónyuge, concubinario, concubina, ascendientes, descendientes y parientes colaterales hasta el segundo grado; sin embargo, en el supuesto de que el disponente no haya dispuesto nada al respecto (que creemos es lo más seguro, atendiendo a factores como: falta de información, cultura, ideología con respecto a la muerte, realidad mexicana, etc.), los disponentes secundarios podrán decidir.

Para que se realice cualquier tipo de disposición, se requiere también, de una autorización expedida, ya sea por la Secretaría de Salud (antes Secretaría de Salubridad y Asistencia) o de los gobiernos de las entidades federativas. Esta autorización la define el art. 368 de la ley, señalando que es el acto administrativo a través del cual se da permiso, ya sea a una persona pública o privada para realizar actividades relacionadas con la salud humana, en los casos y con los requisitos y modalidades en términos de la ley; siendo estas de carácter indeterminado con ciertas excepciones, pero aún siendo por tiempo determinado, podrán en un momento dado prorrogarse.

Las autorizaciones sanitarias podrán revocarse en términos del artículo 380 que a la letra dice:

"ART. 380.- La autoridad sanitaria competente podrá revocar las autorizaciones que haya otorgado, en los siguientes casos:

- I. Cuando, por causas supervenientes, se compruebe que los productos o el ejercicio de las actividades que se hubieren autorizado, constituyen riesgo o daño para la salud humana;
- II. Cuando el ejercicio de la actividad que se hubiese autorizado, exceda los límites fijados en la autorización respectiva;
- III. Porque se dé un uso distinto de la autorización;
- IV. Por incumplimiento grave a las disposiciones de esta ley, sus reglamentos y demás disposiciones generales aplicables;
- V. Por reiterada renuencia a acatar las órdenes que dicte la autoridad sanitaria, en los términos de esta ley y demás disposiciones generales aplicables;
- VI. Porque el producto objeto de la autorización no se ajuste o deje de reunir las especificaciones o requisitos que fijan esta ley, las normas técnicas y demás disposiciones generales aplicables;
- VII. Cuando resulten falsos los datos o documentos proporcionados por el interesado, que hubieren servido de base a la autoridad sanitaria para otorgar la autorización;

VIII. Cuando los productos ya no posean los atributos o características conforme a los cuales fueron autorizados o pierdan sus propiedades preventivas, terapéuticas o rehabilitatorias;

IX. Cuando el interesado no se ajuste a los términos, condiciones y requisitos en que se le haya otorgado la autorización o haga uso indebido de ésta;

X. Cuando las personas, objetos o productos dejen de reunir las condiciones o requisitos bajo los cuales se hayan otorgado las autorizaciones;

XI. Cuando lo solicite el interesado, y

XII. En los demás casos que determine la autoridad sanitaria, sujetándose a lo que establece el artículo 428 de esta ley".

El artículo 428 se refiere al procedimiento para aplicar las medidas de seguridad y sanciones.(25)

(25) Cfr. Ley General de Salud
Capítulo III, Pág. 81

Otro requisito importante lo constituyen los certificados, de los que el maestro Alfonso Quiróz Cuarón dice:

"El médico debe siempre, en su ejercicio profesional, apoyarse en la verdad científica, demostrable ésta con los medios que pone a su disposición la ciencia médica.

La medicina es ciencia, no taumaturgia. Las conquistas de la ciencia médica tienen sus limitaciones relacionadas con su progreso científico. No se puede ofrecer lo que no es posible dar.

Elucubrar con hipótesis atrevidas con fines aviesos, no es labor propia para un médico honesto.

Certificar quiere decir: "ser cierto". Todo médico que expide un certificado, debe ser el primer convencido sobre la certidumbre de lo que certifica.

Dictamen o certificado suscrito por un médico, es solamente la constancia de un estudio o examen honestamente realizado. Certificar el estado de salud o la causa de la defunción de una persona, sin practicar el examen respectivo, es falta que sancionan nuestras leyes.

El médico, además de su función asistencial para prevenir la pérdida de la salud o restituirla, cuando es posible, tiene también, con carácter obligatorio, una importante labor social como auxiliar de la justicia. El médico no es juzgador, pero sí asesor del juez sobre asuntos de índole médica; debe, por lo tanto, limitar su asesoría a las cuestiones de su competencia profesional, porque extralimitarse oficiosamente o, aún requerido para ello, resta validez a sus opiniones. El médico debe actuar siempre como lo que es: médico. . ."(26)

Los certificados son importantes para nuestro tema, ya que es mediante ellos como se comprobará la pérdida de la vida, factor decisivo para llevar a cabo, ya sea un trasplante o una disposición de órganos, tejidos o sus productos, o aún del mismo cadáver. El artículo 388 de la ley señala que, el certificado es una constancia expedida por autoridad competente, a través de la cual se podrá dar información sobre determinados hechos.

(26) Quiróz Cuarón, Alfonso: Medicina Forense
5a. Ed., México
Ed. Porrúa, S.A., 1986
Pág. 216

El artículo 390 nos dice que para fines sanitarios se extenderán certificados: prenupciales, de defunción, de muerte fetal, de exportación (art. 288), y las demás que determinen la ley y sus reglamentos.

La Ley General de Salud, preve el supuesto de importaciones y exportaciones de órganos, tejidos y sus componentes, para lo cual es competente en cuanto a los permisos que se deben expedir, así como del control sanitario que involucra. En todos los casos será necesario el permiso, salvo tratándose de la sangre y sus hemoderivados en situaciones de emergencia. Dentro de otras facultades de la Secretaría están la de identificar, comprobar, certificar y vigilar, en el ámbito nacional, la calidad de los órganos y tejidos y sus componentes objeto de la importación o exportación.

Existen casos en los que no se reúnen los requisitos que la ley establece, bajo estas circunstancias son competentes, para adoptar las medidas de seguridad que correspondan:

- 1.- La Secretaría de Salud.
- 2.- Los gobiernos de las entidades federativas.
- 3.- Los municipios, en concordancia con lo que establezcan los convenios celebrados con los gobiernos de las entidades federativas en sus respectivas competencias.

Las medidas de seguridad que se pueden adoptar son las siguientes:

- 1.- El aislamiento.
- 2.- La cuarentena.
- 3.- La observación personal.
- 4.- La vacunación de las personas.
- 5.- La vacunación de animales.
- 6.- La destrucción o control de insectos u otra fauna trasmisora y nociva.
- 7.- La suspensión de trabajos y servicios.
- 8.- La suspensión de mensajes publicitarios en materia de salud.
- 9.- La emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligros de daños a la salud.
- 10.- El aseguramiento y destrucción de objetos, productos o sustancias.
- 11.- La desocupación o desalojo de casas, edificios, establecimientos y, en general, de cualquier predio.
- 12.- La prohibición de actos de uso.
- 13.- Las demás de índole sanitaria que determinen las autoridades sanitarias competentes, que puedan evitar que se causen o continúen causando riesgos o daños a la salud.

Todo lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 404 de la Ley General de Salud, en vigor.

La legislación española, tratándose de unificar los criterios existentes en materia de trasplantes de órganos, tuvo a bien expedir una circular de fecha 9 de febrero de 1978, en la que se señala:

" Con el fin de unificar en lo posible la actuación de los juzgados en materia tan trascendente como es la extracción de órganos de cadáveres para su trasplante, con carácter orientativo fueron aprobadas por la junta de jueces, en sesión de 9 del actual, las siguientes normas:

1.- Sólo se atenderán las peticiones que provengan de los directores de establecimientos hospitalarios, facultados legal o reglamentariamente para realizar trasplantes que estén incluidos en las relaciones confeccionadas por los organismos competentes.

2.- Para que pueda concederse la autorización será necesario:

- a) Que el cadáver de que se trate se encuentre a disposición judicial.
- b) Que motivos específicos de la investigación criminal no aconsejen denegar la solicitud.

- c) Que la persona a quien se pretenda realizar la extracción no esté en hipotermia, bajo la acción de drogas depresoras o en un coma tóxico o metabólico, por tratarse entonces de casos que pueden inducir a error al estimar los síntomas de muerte a que se alude después.
- d) Que se acredite el consentimiento expreso del fallecido, o, en su defecto, de sus más próximos parientes, manifestado el de éstos a presencia judicial.

3.- Serán requisitos indispensables para conceder la autorización:

- a) Que se acredite la muerte con base a la existencia de lesiones en el sistema nervioso central, de carácter irreversible e incompatibles con la vida, considerando como signos de ella, que han de darse conjuntamente:
 - a.1 La absoluta pérdida de conciencia (estado de coma).
 - a.2 La ausencia de respiración espontánea, hallándose ésta mantenida exclusivamente con un respirador artificial.
 - a.3 La ausencia total de reflejos, hipotonía muscular y midriasis.

a.4 Electroencefalograma isoelectrico, espontáneo y provocado, mantenido durante un período de 24 horas.

a.5 La defunción se comprobará y hará constar por un equipo formado por un neurólogo clínico o quirúrgico; un electroencefalografista; el médico, o uno de los del equipo que haya asistido al paciente en la última enfermedad; todos ellos ajenos por completo al equipo que pueda hacer uso de los órganos o piezas extraídas. También intervendrá el Médico Forense del Juzgado al que se haya solicitado la autorización.

4.- En la autorización se consignarán las siguientes particularidades para realizar la extracción:

- a) Que ha de llevarse a cabo dentro de las 24 horas siguientes al fallecimiento.
- b) Que la operación sólo podrá llevarse a cabo por personal facultativo de reconocida aptitud, asistido por el auxiliar indispensable y a presencia del director del establecimiento.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

- c) El lugar donde ha de realizarse la extracción, que podrá ser el Instituto Anatómico Forense o el centro hospitalario donde se produzca el fallecimiento, siendo preferible la autorización de éste, por contar con los medios apropiados.
- d) La presencia en la operación del médico forense.
- e) Levantamiento y presentación al juzgado de un acta expresiva de la fecha, hora y lugar de la intervención, de las personas que concurrieron a la misma con cualquier misión y del destino que vaya a darse a la pieza anatómica extirpada.

5.- Si hubiera de practicarse autopsia, podrá acordarse que se realice simultáneamente con la operación anterior o después de ella, en el mismo centro.

6.- Se extremará el cuidado cuando el órgano solicitado sea único o cuando siendo doble, se extienda la solicitud a los dos."(27)

(27) Circular publicada el 14 de Febrero de 1978
Madrid

1.- CONSENTIMIENTO PARA LA DISPOSICION DE ORGANOS.

El consentimiento es considerado como la manifestación de la voluntad, es decir, la facultad de los seres racionales de poder gobernar sus propios actos.

La palabra consentimiento viene del latín "consentire", que significa pensar, su significado es el de "Dejar hacer. Tolerar".(28)

Rafael de Pina, desde un punto de vista jurídico lo define como: "Acuerdo de dos voluntades acerca de la producción o transformación de derechos y obligaciones".(29) El Derecho, dice que es la conformidad de voluntades entre los contratantes, o sea, entre oferta y aceptación, que es el principal requisito en los contratos, no obstante, consideramos que el consentimiento no es ni la oferta sola ni la aceptación sola.

(28) Fontanillo Merino, Enrique. et. al: Diccionario Anaya de la Lengua.
Ed. Ediciones Generales Anaya, S.A., 1981
Pág. 191

(29) Pina, Rafael de. Op. Cit.
Pág. 176

Ambas se reúnen y se funden, mismas a las que se oponen la incapacidad, la violencia, el error y el dolo. Por ello es necesario que concurren los siguientes elementos:

- a) Pluralidad de sujetos contratantes.
- b) Capacidad civil necesaria para contratar y obligarse.
- c) Voluntad específica de obligarse en el sentido determinado para un acto jurídico concreto.
- d) Declaración o manifestación expresa o tácita.

Para Manuel Bejarano Sánchez, el consentimiento consiste en que: "El acto jurídico es la manifestación exterior de la voluntad, tendiente a la producción de efectos de Derecho sancionados por la ley. Como todo ser real conceptual, precisa para su formación de ciertos elementos esenciales sin los cuales no existe:

- I. La voluntad.
- II. Un objeto posible hacia el cual se dirige esa voluntad; y, ocasionalmente,
- III. Una manera solemne para exteriorizar esa voluntad".(30)

(30) Gomfs, José y Muñoz, Luis: Elementos de Derecho Civil Mexicano. Derechos Reales.
t. II, México
Ed. José Gomfs, 1943
Pág. 89

Empero, lo anterior, no vamos a tratar este tema, pues es objeto de las prohibiciones, de las que hablaremos más tarde. El motivo de que las hayamos mencionado, consiste en que pensamos que de esta forma, quedaría más claro lo que el consentimiento entraña, sobre todo en términos del Derecho.

Acerca de la voluntad, se han establecido un sinnúmero de teorías, algunos filósofos como Spinoza afirman que: "el entendimiento y la voluntad son una sola y misma cosa"; otros como Condillac la definen como lo equivalente al deseo.

Si hemos de dar alcance moral o buscar un sentido profundo a la actividad voluntaria, bastará que recordemos el concepto de personalidad. Lo constituye el fondo del carácter y la individualidad, es el deseo voluntario y libre. En él podemos ver la causalidad propia, el esfuerzo dirigido y querido, la constante intención de hacer o de no hacer, en una palabra, la estructuración de nuestra persona. Esta es sin duda, la parte de verdad que encierra la voluntad. Sólo somos una cosa libre de aquello que hemos conocido clara y distintamente y que hemos podido hacer o dejar de hacer.

En realidad, creemos que las demás facultades del ser humano tienen un objeto particular de alcance menos grande que el de la

voluntad, que consideramos es una facultad suprema que, tiene su propio objeto y posee facultades como el poder, la eficacia y la acción, dependen de la voluntad.

A) DISPONENTE

Disponer significa colocar, poner las cosas en orden, darles el destino conveniente; pero también significa libertad para hacer de nuestros bienes lo que más convenga a nuestro interés personal o familiar. En esta segunda acepción es como entiende el Derecho dicho vocablo, dándole además un doble contenido: por una parte, libertad para actuar mediante enajenación de la cosa y por otra, libertad de darle a ésta aquella forma que estimemos más oportuna, transformando su substancia o destruyéndola. Pensemos, por ejemplo, en la disposición que hace un individuo con respecto a su cuerpo para después de su muerte, éste entre muchas opciones tendrá las siguientes: la incineración, la sepultura, o tal vez con fines más altruistas: la investigación, la docencia o el trasplante.

Señala José Gomís que: "La posesión es un derecho mediante el cual una persona ejerce sobre una cosa un poder o señorío determinado. Poseer es tener a nuestra disposición una cosa, -y también un

derecho- y, en su consecuencia, se comprende que la primera de las facultades del derecho del dominio haya de consistir en que su titular tenga a su disposición una cosa".(30)

El disponente, se clasifica en originario y secundario, el disponente originario, además, puede estar vivo o muerto. En términos del artículo 11 del Reglamento (de la Ley General de Salud), se entiende por disponente originario a "la persona con respecto a su propio cuerpo y productos del mismo". El disponente originario, tiene que cumplir con ciertos requisitos para que se pueda llevar a cabo la disposición:

- 1.- Manifestará una voluntad que pueda producir el efecto que persigue.
- 2.- Que la manifestación sea hecha en forma, esto es en forma expresa, es decir, que se empleen medios sensibles que sean de uso cotidiano, concretamente que sea oral o escrito y en tiempo oportuno.
- 3.- Que la voluntad manifestada concuerde con la interna, en otras palabras, en un querer hacer o no hacer.

(30) Gomfs, José y Muñoz, Luis: Elementos de Derecho Civil Mexicano. Derechos Reales,
t. II, México
Ed. José Gomfs, 1943
Pág. 89

El maestro Fontan apunta un comentario muy interesante con respecto al consentimiento, diciendo:

"Es preciso además que los actos de quien ejerce alguna rama del arte de curar, tenga por objeto el mejoramiento de la salud del que consiente o de un tercero. Esa finalidad es esencial para la licitud del hecho, con independencia de que el fin perseguido se logre o no".(31)

Resumiendo, para poder disponer de un órgano, se requiere del consentimiento. Si se trata de disponente vivo, es de importancia para que este sea válido que se exprese su voluntad en condiciones óptimas, esta voluntad sólo puede ser manifestada por quien dona el órgano. No puede haber sustitución de una persona por otra ni mucho menos delegación a terceros. Pero para poder emitir el consentimiento efectivo, el disponente debe contar con la capacidad de entender y querer, así como de aceptar la consecuencia de los mismos. Esta capacidad puede ser excluida por razones de edad o salud mental.

(31) Balestra Fontán, Carlos: Tratado de Derecho Penal. Parte General.
t. I, Buenos Aires.
Ed. Abeledo-Perrot, 1966
Pág. 118

La disposición debe ser libre, es decir, la decisión de donar ha de ser totalmente espontánea, sin presiones de ningún tipo, ni condicionamientos ajenos. La libertad de consentir supone además, que la decisión de donar un órgano es revocable hasta el momento de tomarlo, sin posibilidades de acciones de ningún tipo por parte del receptor. Este principio lleva también consigo la consecuencia de poder donar el órgano a una persona en concreto, sin importar que esta sea un familiar, aunque es preferible por razones de histocompatibilidad, efectos de un rechazo, etc., o a un tercero extraño. La única condición en este punto es que existan probabilidades de éxito. Para que el consentimiento sea válido también es necesario que el donante reciba toda clase de información con respecto al trasplante y de las posibles complicaciones y riesgos que implica.

De igual forma, como se señaló en su oportunidad, el consentimiento debe ser expreso y por escrito. En países como España, este documento contiene los siguientes datos:

- 1.- La capacidad del sujeto.
- 2.- Su decisión libre.
- 3.- La información que ha recibido del equipo médico y los términos en que se han producido.
- 4.- La persona a quien dona el órgano.

Este documento debe ir firmado por el donante, los médicos y en presencia de alguna autoridad sanitaria competente.

En nuestro país, el Reglamento establece en el artículo 24 que:

"ART. 24. El documento en el que el disponente originario exprese su voluntad para la disposición de sus órganos y tejidos con fines de trasplante, deberá contener:

- I. Nombre completo del disponente originario;
- II. Domicilio;
- III. Sexo;
- IV. Edad;
- V. Estado civil;
- VI. Ocupación;
- VII. Nombre y domicilio del cónyuge, concubina, 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 de que por propia voluntad y a título gratuito, consiente en la disposición del órgano o tejido de que se trate, expresándose si esta disposición se entenderá hecha entre vivos o para después de su muerte;

- X. Identificación clara y precisa del órgano o tejido objeto 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 fuera para después de su muerte.
- XII. El señalamiento de haber recibido la información a su satisfacción sobre las consecuencias de 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 emite, y
- XI. Firma o huella digital del disponente.

Cabe señalar que la voluntad manifestada por escrito y no sea ante autoridad sanitaria competente, es decir, en documento privado, este tendrá que hacerse ante dos testigos idóneos o en presencia de notario público.

Dentro del trasplante entre vivos, se requiere, de igual forma, que se trate de una persona mayor de dieciocho años y menor de sesenta y contar con un dictamen médico que compruebe tanto el estado físico como el psíquico.

La segunda clasificación de los disponentes, son los secundarios, estos los constituyen:

- 1.- El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario.
- 2.- La autoridad sanitaria competente.
- 3.- El Ministerio Público.
- 4.- La autoridad judicial.
- 5.- Las instituciones de docencia o investigación.
- 6.- Las demás a quienes la ley le confiera tal carácter.

No obstante lo anterior, las necropsias ordenadas por autoridad competente, no requerirán de consentimiento alguno. En ningún caso, el disponente secundario podrá intentar la revocación, cuando el disponente originario no la haya promovido en vida.

En cuanto al disponente originario muerto, la doctrina ha establecido tres supuestos a saber:

A) Falta de oposición del difunto o de los familiares.

En este sistema no es precisa la manifestación formal a favor de la donación del órgano por el difunto en vida, o en su defecto, por los familiares, sino que basta con que no haya expresado su oposición a la

extracción de partes de su cuerpo para el momento de su muerte. Este sistema favorece las posibilidades de obtención de órganos, puesto que una postura indiferente o contraria a la donación no manifestada eficazmente no impide la toma del órgano. El fundamento de este sistema estaría en el consentimiento presunto de los interesados, aunque más bien, hay dichos indicios de reconocimiento de una función social en el cadáver. En estos casos, la falta de oposición del difunto puede ser suplida por los familiares.

B) Falta de oposición del difunto.

Este sistema que constituye una variante del anterior, al limitar únicamente la posibilidad de negativa al difunto, es de mayor amplitud en lo referente a las oportunidades de obtener órganos para un trasplante. Conforme a las modernas orientaciones en materia de obtención de partes anatómicas de cadáveres, se ha ido imponiendo esta modalidad en las disposiciones europeas más recientes.

C) Irrelevancia de la voluntad privada.

Frente a los sistemas anteriormente expuestos, en los que la voluntad es respetada esencialmente; aunque con diversas graduaciones, en este caso se trata del desconocimiento total de la voluntad del difunto o de sus familiares en aras de las necesidades de salud colectiva. Ello supone, la "socialización" o "nacionalización" del cadáver. De esta forma, el

cadáver quedará siempre a disposición de los médicos para la realización de trasplantes e injertos. Sin embargo, este sistema no ha sido acogido estrictamente por alguna legislación actual, sólo algunos países prevén la posibilidad de obtención de cadáveres de los que no se pueda localizar a su familia.

Como podemos concluir, México no adopta ninguno de estos sistemas en forma estricta. Nuestro país respeta ampliamente el concepto de voluntad. De tal suerte que sólo en el caso de que se trate de persona desconocida, se podrá realizar el trasplante.

Estos son en síntesis, los sistemas que puede adoptar una legislación en relación a los trasplantes en torno a la relevancia de que se reconozca el consentimiento del difunto o de sus familiares, sobre la extracción de órganos y tejidos. La voluntad privada se reconoce en los tres.

Es importante resaltar que desde el punto de vista jurídico, la oposición constituye un problema aún no resuelto por nuestra legislación, ya que analizándolo fríamente, los familiares al no tener la propiedad del cadáver, en un momento dado tampoco tendrían ningún derecho con respecto al mismo. Por ello hay que subsanar las lagunas de nuestra legislación y mientras tanto sería recomendable que en vida se oponga el individuo a la disposición de órganos, si esa es su voluntad.

B) RECEPTOR

El receptor es la persona a quien va a trasplantarse el órgano o tejido, por lo tanto, en este debe presuponerse la presencia de una enfermedad.

Como ya se ha señalado, el trasplante debe realizarse con fines terapéuticos, que este tenga probabilidades de éxito y además requiere, entre otros requisitos, del consentimiento del receptor.

El artículo 25 dispone los requisitos del receptor, haciendo la oportuna aclaración de que nos referimos al Reglamento.

"ART. 25. El receptor de un órgano o tejido deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. Tener un padecimiento que pueda tratarse de manera eficaz por medio del trasplante;
- II. No presentar otras enfermedades que predeciblemente interfieran en el éxito del trasplante;
- III. Tener un estado de salud físico y mental capaz de tolerar el trasplante y su evolución;
- IV. Haber expresado su voluntad por escrito, una vez enterado del objeto de la intervención, de sus riesgos y de las probabilidades de éxito, y

- V, Ser compatible con el disponente originario del que se vaya a tomar el órgano o tejido".

Al igual que el disponente originario, el receptor, debe expresar su voluntad por escrito. Este documento contendrá los siguientes datos:

- 1.- Nombre completo del receptor.
- 2.- Domicilio.
- 3.- Edad.
- 4.- Sexo.
- 5.- Estado civil.
- 6.- Ocupación.
- 7.- Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario, si tuviere.
- 8.- Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos; alguno de sus familiares más cercanos.
- 9.- La expresión de su consentimiento, así como de la información recibida y probabilidades de éxito de la intervención.
- 10.- Firma o huella digital del receptor.
- 11.- Lugar y fecha en que se emite.
- 12.- Nombre, firma y domicilio de los testigos si se trata de documento privado.

Aún cuando el código penal no habla del receptor, el artículo 340 del Código Penal español, brinda la protección tanto a este, como al donador vivo o muerto. En algunos países también existe un seguro estatal para cubrir los riesgos que puedan sobrevenir como consecuencia de la donación por razón de enfermedad, muerte o incapacidad laboral. Entre estos países se encuentran Italia y Alemania.

C) MENORES DE EDAD, INCAPACITADOS, PERSONAS PRIVADAS DE SU LIBERTAD Y MUJERES EMBARAZADAS.

La ley en su artículo 326, señala que el consentimiento otorgado por menores de edad, incapaces o de las personas que no puedan expresarlo libremente, no será válido.

Los menores de edad e incapaces, sólo podrán ser receptores y en este caso serán representados por quienes señala el artículo 13, fracción primera del Reglamento, empero, cuando se trate de una situación de emergencia, dicho consentimiento podrá ser suplido por el Comité Interno de Trasplantes perteneciente a la institución hospitalaria de que se trate.

Tanto a los menores de edad como a los incapaces, la ley les prohíbe tajantemente participar como disponentes en un trasplante. En este punto nos cuestionaríamos qué tan válido sería que unos

padres tuvieran un hijo para salvar la vida de otro, mediante un trasplante de médula ósea, ya no tanto desde el punto de vista moral sino jurídico. Conforme a Derecho, la legislación ha señalado que, tratándose de trasplantes de médula ósea, los menores de dieciocho años podrán ser donantes originarios y para ello se deben presentar ante la Secretaría de Salud, los estudios y diagnósticos terapéuticos que exija la misma, y, cuando proceda, el consentimiento de los representantes legales del donante, quienes deberán estar debidamente informados acerca del trasplante, los riesgos y consecuencias que implica. A falta de disposición alguna sobre los incapaces, en este caso, asumiremos que para éstos no hay excepción siéndolo imposible que sean donantes originarios en caso alguno.

En legislaciones como la de Francia, Italia y España, si está permitido que los menores de edad sean donantes originarios con ciertas restricciones. En España se dispone:

"SECCION I. DONANTE MAYOR DE EDAD.

ART. 1. El donante mayor de edad, con plena capacidad mental, que se proponga autorizar una extracción sobre su persona con fines de trasplante, será informado de las eventuales consecuencias de su decisión por el médico responsable del servicio del establecimiento hospitalario en el cual deba ser efectuada la extracción, o por un médico del mismo establecimiento designado por aquel.

Esta información se extenderá a todas las consecuencias previsibles del orden físico y psicológico de la extracción, así como las eventuales repercusiones de esta extracción sobre la vida personal, familiar y profesional del donante. Además, se extenderán los resultados que puedan esperarse del trasplante al receptor.

ART. 2. Cuando la extracción se refiera a un órgano regenerable, el consentimiento del donante se manifestará ante el presidente del tribunal de gran instancia de la jurisdicción en la que el donante asegurará previamente de que este consentimiento se haya manifestado en las condiciones previstas por la ley y después de que se hayan satisfecho las prescripciones del artículo 1, antes mencionado. El acto a que da lugar el consentimiento se dirigirá por escrito y será firmada por dicho magistrado junto con el donante. Aquella se trasladará al director del establecimiento hospitalario en el que se vaya a efectuar la extracción. El original se conservará en la secretaría del tribunal.

En los demás casos de extracción, el consentimiento del donante se hará constar en un escrito firmado por éste y refrendado por un testigo designado por él.

El escrito se trasladará al director del establecimiento hospitalario que asegurará su conservación.

En cualquier caso, el donante podrá retirar en todo momento el consentimiento sin formalidad alguna.

"SECCION II. DONANTE MENOR DE EDAD.

ART. 3. Cuando el posible donante sea un menor, hermano o hermana del receptor, la información de su representante legal se hará en las condiciones previstas por el artículo 1.

ART. 4. El consentimiento del representante legal se manifestará en las condiciones previstas en el artículo 2, para el donante mayor de edad.

ART. 5. Cuando la extracción se refiera a un órgano no regenerable, el comité previsto en el artículo 1, párrafo 2, estará compuesto por especialistas, en número impar, designados por el Ministerio de Salud de entre los que habrá dos médicos elegidos en base a una lista determinada por el Consejo Nacional de Médicos.

En los demás casos de extracción, el comité estará compuesto por tres especialistas designados para cada operación, por el prefecto, de entre los dos serán médicos elegidos en base a una lista regional determinada por el Consejo Nacional del Colegio de Médicos.

En ningún caso podrán formar parte del comité, los médicos de cabecera del donante y del receptor.

Las funciones como miembro del comité de especialistas serán gratuitas. . . "(32)

En cuanto a las mujeres embarazadas, éstas podrán ser disponentes originarias, siempre y cuando se trate únicamente de tejidos, y, sólo en el caso de medidas terapéuticas urgentes como el peligro de muerte. Este injerto no deberá representar peligro alguno para la mujer, ni tampoco para el producto. Obvio es el señalar que el consentimiento es de carácter personal, sin necesidad de representante alguno.

(32) Circular de FORMAS CONFORME A LAS CUALES HA DE SER INFORMADO EL DONANTE VIVO O SU REPRESENTANTE LEGAL, DE LAS CONSECUENCIAS EVENTUALES DE SU DECISION Y HA DE MANIFESTAR SU CONSENTIMIENTO. Publicada el 22 de Diciembre de 1976, Madrid.

De las personas privadas de su libertad, estas podrán donar tanto tejidos como órganos , siempre que sea con fines terapéuticos y únicamente en el caso de que el receptor sea su cónyuge, concubinario, concubina o su familiar.

3.- PROHIBICIONES CON RESPECTO AL TRASPLANTE DE ORGANOS.

De entre las prohibiciones más relevantes para realizar un trasplante, nosotros consideramos principalmente tres. La primera consiste en la imposibilidad de los menores de edad, incapaces y personas que no puedan expresar libremente su consentimiento, de ser disponentes originarios, misma que ya fué estudiada en su oportunidad. Las dos prohibiciones restantes consisten en la donación de órgano único y la celebración de contrato oneroso.

Ahora bien, la imposibilidad de donar órgano único encuentra su fundamento en el precepto legal que consagra el artículo 23 del Reglamento, el cual señala que el trasplante de órgano único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, no podrá ser objeto de una donación entre vivos, por lo cual deducimos que el trasplante de órgano único, como el corazón, sólo se podrá obtener de un cadáver. Además dicho precepto establece

que los ojos serán considerados como órgano único, de tal suerte que el disponente originario vivo sólo podrá donar órganos pares, exceptuando los ojos, siempre que pueda continuar con su vida normal, es decir, que la donación no le cause una alteración tal que le impida conservar su salud.

Pueden ser objeto de donación de órganos, tejidos o sus productos, aquellos que no alteren la salud en forma permanente o ponga en peligro la vida. El donante no ha de ver mermada a causa de la donación su capacidad física o psíquica, ni de perder ninguna función importante del organismo. Por esta razón, no pueden ser objeto de donación órganos impares, ni miembros, ni otros que produzcan una disminución funcional ni que afecten considerablemente a su aspecto estético. En conclusión, será posible la donación de órganos pares, que admitan la sustitución funcional del que queda o tejidos regenerables o huesos o cartílagos, etc. En consecuencia, resulta necesario realizar una completa exploración del donante, que permita prever si por su estado de salud actual, puede verse seriamente perjudicado en el futuro por la donación. Igualmente, se debe analizar si podrá soportar la operación y la posibilidad de que se produzcan trastornos psíquicos como consecuencia de la pérdida del órgano.

Por otra parte, en lo que se refiere a la imposibilidad de celebrar contrato oneroso, el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, establece en su artículo 1794 que para la existencia de un contrato se requiere

de: consentimiento y de un objeto que pueda ser materia de contrato, así mismo, este podrá ser invalidado por: incapacidad legal de las partes, por vicios en el consentimiento (dolo, violencia, error o mala fé), porque su objeto, motivo o fin sea ilícito o porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

El código civil, en su artículo 1825, en relación al objeto, motivo o fin de los contratos, señala que, la cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio. El artículo 1830, del mismo código, dice que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o de las buenas costumbres.

De los preceptos citados con anterioridad, se puede desprender lo siguiente:

Desde tiempos antiguos, se ha considerado como contrario a las normas de orden público y de buenas costumbres el celebrar contrato oneroso, que verse sobre el hombre, tengamos en cuenta de que el caso de venta de esclavos no se contempla, ya que eran considerados como propiedad de un amo, es decir, tenían la calidad de cosa.

"Ulpiano nos señala que para el Jus Civile, los esclavos no son considerados como personas; pero por lo que antañe al derecho natural, todos los hombres nacen y viven libres".(33)

En una ley española de antaño(34), para ser más exactos en la Ley 15 de la Legislación Española. Partida V. Título V, decía que:

"No se pueden vender ni enajenar el hombre libre, la cosa sagrada, religiosa o santa, los caminos, exidios, ríos y fuentes del rey o del común de algún consejo: pero vendiéndose aldea o algún otro lugar con todas sus pertenencias paga con ellas la iglesia que hubiere, sin embargo de que esta no se puede vender separada. . ." (35)

- (33) Sáinz Gómez S., José María: Derecho Romano I.
Raymundo Ramos [Prol.]
Ed. Limusa, S.A. de C.V., 1988
Pág. 119.
- (34) C.a. En el año de 1800
- (35) Pothier: Tratado del Contrato de Venta
D. Manuel Deó [Traduc.]
t. V
Ed. Librería de Juan Llordachs, 1880.
Pág. 94

Tomando en consideración que en esta época no existían los adelantos médicos de ahora, aún así no se podía vender parte de cuerpo alguna, pues recordemos que en ese tiempo las partes del cuerpo se consideraban cosa sagrada.

En la actualidad, es imposible pensar (aún cuando se dá), que se pueda celebrar contrato de compra-venta que tenga como objeto las partes del cuerpo humano, en principio, porque violaría normas de orden público, además de ir contra la moral y buenas costumbres. En opinión del maestro Gutiérrez y González, considera un absurdo imperdonable hablar de que el cuerpo y el cadáver están fuera del comercio, pues esto tendría como consecuencia el que no se pudiera aprovechar por nadie, pues no serían susceptibles de apropiación particular, situación contradictoria por nuestra legislación, ya que por un lado señala que el cadáver no puede ser objeto de propiedad y por otro señala quienes pueden disponer de él. Creemos urgente que a este respecto la ley sea clara, en otras legislaciones europeas se ha dado una solución, dando el carácter de nacional o social al cadáver, es decir, que puede ser aprovechado por la sociedad con fines altruistas en beneficio de la salud de la misma.

La postura anterior es delicada, ya que nuestra cultura tiene gran respeto por los muertos, nosotros, al concluir el presente trabajo, tendremos a bien exponer nuestra posible solución al respecto.

La ley trata de una solución mediante la donación, en otras palabras, un contrato por el cual una persona transfiere a otra la totalidad de su bienes. Cabe mencionar que esta es a título gratuito, y no se está en el supuesto de que no haya manifestación de voluntad. En este caso no habría mayor problema, ya que la persona decide que va a donar, ya sea estando vivo o disponiendo determinada situación para después de su muerte. Es evidente que bajo esta circunstancia no hay una socialización o nacionalización del cadáver, pues existen disposiciones, hechas en forma y tiempo idóneos.

En cuanto a la donación, esta, de acuerdo al código civil, sólo puede darse entre vivos y no pueden revocarse. Tratándose de donaciones para después de la muerte; se regirán por las reglas de sucesión relativas al caso concreto. Aquí encontramos un elemento de gran trascendencia para nuestro tema que es la irrevocabilidad. "Cuando se afirma que la donación, por su intrínseca naturaleza, es irrevocable, se está atribuyendo a las liberalidades intervivos un carácter que en principio, no es predicable a los demás contratos y, sin embargo, esto suele desconocerse o difuminarse con las explicaciones de muchos autores".(36)

(36) Montes, Angel Cristobal: La donación con reserva de disponer.
Juan Vallet Goytisolo [Prol]
Ed. Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1971.
Venezuela
Pág. 106

Sabemos, por lo que hemos analizado, que la donación hecha por el disponente originario, es revocable en cualquier momento, hasta antes de que se realice el trasplante y además cuando la revocación no se promueva en vida, los disponentes secundarios no podrán promover revocación alguna. Esto resulta obvio, ya que se respeta un principio supremo que es la voluntad de la persona. Consideramos justo que se permita la revocación intervivos, ya que estamos hablando de la integridad física de un individuo.

En concreto, la donación es una de las instituciones jurídicas más discutidas por los jurisconsultos. Algunos autores la consideran como un contrato; otros, como resultado de un convenio, hay quienes han visto en ella solamente un título para adquirir. Ultimamente, la opinión la considera como un contrato, según Gutiérrez y González, hasta hubo quien creyó que se trataba de un contrato bilateral, suponiendo que envuelve obligaciones tácitas para el que la recibe, por ejemplo, la de alimentar al donante en caso de necesidad, restituir los bienes en caso de ingratitud o superveniencia de hijos, etc., sin considerar que la donación tiene por objeto gratificar y no obligar a quien la recibe. De lo anterior deducimos que la donación de órganos, no es en sentido estricto un contrato, ya que los supuestos para este tipo de "contrato" no se dan, debemos entonces entender que se trata de un acto voluntario gratuito e irrevocable de transferir órganos, tejidos o productos humanos. En otras palabras, se trata de un acto meramente altruista.

4.- COMPROBACION DE LA PERDIDA DE LA VIDA.

El artículo 317 de la Ley General de Salud,
establece:

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

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

No obstante este artículo, no se ha llegado a una conclusión definitiva del momento en que sobreviene la muerte. Esto constituye un gran problema para los trasplantes, pues en el caso del corazón,

algunos autores como Julián Güitrón Fuentesvilla(37), señalan que hasta se podría perpetrar el delito de homicidio, ya que el corazón debe estar latiendo todavía para poder realizar el trasplante, Jiménez Huerta también acepta que para realizar trasplantes de corazón, éste debe todavía estar palpitante, por lo cual habla de un concepto de muerte anticipada. Esto nos lleva a creer que es trascendental que se llegue a un concepto universal de lo que determina la muerte.

El profesor D.F.E. Camps, médico forense, en 1967 publicó un artículo en el Science Journal titulado "Definiendo la Muerte", en el que señalaba:

"Los métodos diagnósticos de la muerte estuvieron basados en la supresión de las funciones cardíacas y respiratorias. Pero los modernos métodos científicos hacen posible restaurar y mantener ambas funciones, mediante el uso de recursos mecánicos; aún antes que esto, fué posible poner a funcionar el corazón detenido, a través del masaje cardíaco. Dado que ambas funciones son reversibles, el antiguo concepto de muerte resulta inoperante. . ."(38)

(37) Vid Supra. Capítulo Primero

(38) Quiróz Cuarón, Alfonso. Op. Cit.
Pág. 527

A continuación estudiaremos en forma breve y sucinta los diferentes conceptos de muerte bajo diversos puntos de vista.

a) MUERTE ORGANICA .

Biológicamente, la muerte es un fenómeno que no se da en forma instantánea, esta sucede de un modo gradual. Principalmente esto se debe a que hay una muerte celular que no coincide con la histológica. La muerte celular depende del tipo de tejido que se trate, pues como ya se vio anteriormente, existen diversos tipos de tejido y unos son más vulnerables a la falta de oxígeno, entre ellos el del sistema nervioso.

Dentro de la muerte biológica se han distinguido principalmente tres fases:

- 1.- Fase primera o de muerte relativa: Esta se produce en el momento en que cesan las funciones nerviosa, cardiovascular y respiratoria, aún cuando esta sólo sea por un lapso breve. No significa necesariamente que el individuo haya muerto realmente.
- 2.- Fase segunda o de muerte intermedia: Misma que se da cuando las funciones nerviosa, cardiovascular y respiratoria cesan de una manera irreversible, en este caso sí se puede hablar de muerte segura, ya que las probabilidades de que

haya una recuperación son mínimos.

- 3.- Fase tercera o de muerte absoluta: Esta fase también se denomina de muerte biológica y es cuando existe muerte absoluta, en esta existe cesación de vida celular y hay ausencia total de cualquier función del organismo.

b) MUERTE LEGAL.

La primera cuestión a dilucidar aquí, es ver si una disposición legal debe formular o no un concepto de muerte. Tiene gran importancia, pues con ello se decide cuándo una persona ya está muerta, aún con la posibilidad de que se conserven algunas funciones biológicas. Si bien, en último término, es el médico quien ha de decidir en el caso concreto cuándo se ha producido la muerte, es la ley la que a nuestro juicio debe indicarle los criterios que debe tomar en cuenta para determinarla, con el fin de garantizar así la protección de la persona.

La ley debe observar esa protección de la persona, de su vida, tomándo en cuenta de que tiene también la obligación de facilitar la extracción de órganos. En cualquier caso, el concepto legal de muerte, opinamos, debería partir de los conocimientos actuales de medicina, de otro modo dicho, hallar ahí el fundamento de que ha de partir. Este concepto tendrá que ser válido con carácter general, de forma que pueda indicar al

médico, no sólo cuándo está autorizado para realizar la toma de órganos, sino también para tomar otro tipo de decisiones.

El concepto legal de muerte tiene que coincidir en todo momento con el concepto de muerte clínica y pensamos que la única manera de lograrlo es unificando criterios, ciertamente tomando todos en cuenta.

c) MUERTE CLINICA.

Desde un punto de vista biológico, ya es sabido que la muerte no se produce en un momento preciso, de forma instantánea, sino que gradualmente, de tal manera que va alcanzando progresivamente a los diversos tejidos y órganos, según su mayor o menor resistencia a la destrucción. Transcurso de todo este proceso no puede servir para determinar el momento del fallecimiento, pues antes de que este suceda, puede decirse que una persona ya está muerta; además, tampoco permitiría la toma útil de órganos. Dentro de ése proceso es preciso seleccionar un momento bien concreto que permita un diagnóstico precoz de muerte.

Una de las principales características de la muerte es de que se trata de un proceso irreversible, este momento se habrá de determinar en función de su peculiaridad, es decir, cuando se produzca la lesión irreversible e irrecuperable de alguna función vital del cuerpo humano.

Los avances de medicina, sobre todo en lo referente a técnicas de cuidados intensivos, han puesto de manifiesto que ya no es decisivo para proceder a la constatación de muerte de una persona la paralización de la circulación sanguínea, particularmente del corazón y de respiración, pues ambas en más de un caso pueden ser recuperadas en la actualidad, mediante la asistencia con sistemas artificiales de circulación y respiración. Por consiguiente, la detención de las funciones respiratorias y circulatorias ya no pueden servirnos de criterios fiables para determinar sobre el momento de la muerte. En consecuencia, a la medicina actual le ha sido necesario acudir a otros criterios más seguros para el diagnóstico de la muerte.

En el presente se estima unánimemente que un deterioro sustancial del cerebro es totalmente irrecuperable, es decir, que cuando se produce la muerte cerebral puede entenderse que en términos clínicos, la persona ha muerto, puesto que queda fuera del alcance de la Medicina la recuperación de las funciones del cerebro, mismas que son rectoras de otras del organismo, sin las cuales este no puede seguir funcionando automáticamente, además de que supone la pérdida de la conciencia y de otras funciones vitales, sin las cuales el individuo no puede realizar su condición de persona.

No obstante, esta decisión de la muerte presenta graves problemas de difícil solución, sobre todo morales, y no se presta a dogmatismos ni a simplificaciones, de los que difícilmente puede escapar este

trabajo. Se trata además de su relación con la denominada distanasia o procedimientos dirigidos a prolongar la vida o más propiamente en muchos casos a retardar la muerte; de la licitud de prescindir de las mismas cuando hay certeza de la no recuperación, y su distinción clara de la eutanasia, la cual es ilícita en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Teniendo presentes estas limitaciones, la legislación sobre trasplantes tiene que partir de un concepto de muerte cerebral. Sin embargo, pensamos que la ley se contentará, conforme a lo anterior, con expresar la necesidad de que el donante esté clínicamente muerto, siendo tarea de una disposición de rango inferior desarrollar un concepto legal de muerte y sus formas de diagnóstico.

De esta forma, la muerte legal y la clínica quedan unidas como posible solución momentánea, puesto que si algún día la ciencia médica consigue recuperar la descerebración, el concepto clínico de muerte tendrá que cambiar y, por tanto, ya no será válido el legal, que podrá ser fácilmente adecuado también por vía reglamentaria, a la nueva realidad.

**CAPITULO
TERCERO**

CAPITULO TERCERO

RESPONSABILIDAD MEDICA

- 1.- Delitos imprudenciales cometidos por médicos o auxiliares
 - a) Médicos.
 - b) Auxiliares.
 - c) Concepto de culpa o imprudencia.

- 2.- Delitos intencionales cometidos por médicos o auxiliares.
 - a) Concepto de dolo o intención.
 - b) Preterintencionalidad

- 3.- Antijuricidad.

RESPONSABILIDAD MEDICA.

Respecto de este capítulo, haremos una breve introducción sobre lo que encierra el concepto "responsabilidad médica".

De acuerdo a Rafael de Pina, la responsabilidad es "aquella que recae sobre una persona determinada como consecuencia de un acto propio que ha causado un daño a otro".(39)

En el diario acontecer, se cometen delitos, bajo el escudo del "profesionalismo", creyendo que por ese sólo hecho (aunque en muchos casos así sucede), se está al margen de la justicia. Los médicos como profesionales, no escapan a esta situación, pues aún cuando existen galenos, cuya vida y sacrificios son en aras del bien común, existen otros que hacen de su profesión un mero acto de mercantilismo.

Todas las profesiones, artes u oficios, en su ejercicio, deben actuar conforme a lo que la ley establece. Ningún individuo que ejerza una profesión debe quedar fuera de la responsabilidad profesional, pues de ésta dependerá la obligación de responder por los daños y perjuicios que se causen a un tercero.

(39) Pina, Rafael de: Op. Cit.,
Pág. 430

La responsabilidad en que los médicos, como profesionistas, pueden incurrir, es de dos clases: la civil y la penal, pudiendo en un momento, presentarse ambos supuestos en el mismo acto, ya que muchas veces de una responsabilidad penal puede derivarse una responsabilidad civil. Además de las dos clases de responsabilidades señaladas, existe una corriente doctrinaria que sostiene la existencia de un tercer tipo de responsabilidad: la social, que es la que el médico profesional contrae en relación al grupo social del que es perteneciente y frente a otros grupos sociales con los que se relaciona de una forma u otra. Este concepto podría resumirse en una responsabilidad moral del hombre como ser social.

Por lo que toca a la responsabilidad civil, esta se presenta cuando existe un daño o perjuicios de tipo moral o económico. El daño moral se refiere a aquél que afecta el honor, el bienestar, etc. de un individuo, mientras que el daño económico o mejor dicho el perjuicio económico hace referencia a la ganancia o beneficio (pecuniario) que ha dejado de obtenerse a causa del responsable, en este caso el médico.

Los daños que pueden resultar de la responsabilidad civil son múltiples, entre ellos pueden darse las lesiones, enfermedades, peligro de perder la salud o inclusive, podríamos mencionar el homicidio. El daño constituye el elemento fundamental, ya que es inherente al delito, a contrario sensu del perjuicio que puede o no darse. Inclusive, el daño

es algo más material, más objetivo, más tangible, que el perjuicio que posee una naturaleza subjetiva, más del tipo moral o psicológico.

La responsabilidad penal, encuentra su fundamento en los artículos 228 y 229 del Código Penal para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931 en vigor (ya transcritos dentro del capítulo segundo), mismos en los que se presume la existencia de un delito, verbigracia, el homicidio, las lesiones, el fraude, el abuso de confianza, en los cuales el médico actúa como hombre y no como profesional.

Una vez que hemos mencionado el delito, definiremos su concepto, que al tenor del código penal vigente se define como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Al efecto de igual modo se establece la clasificación de los delitos en: instantáneos, que son los que se agotan en el mismo momento en que se dan todos sus elementos constitutivos, los delitos continuos o permanentes, que son aquellos cuya consumación se prolonga en el tiempo y los continuados, en los que existe una pluralidad de conductas con un sólo propósito delictivo. Así mismo, el artículo 8º, nos dá la siguiente clasificación: Los delitos pueden ser intencionales, no intencionales o imprudenciales y preterintencionales.

El Código penal para el Distrito Federal sobre delitos del Fuero Común y para toda la República Mexicana sobre delitos contra la Federación de 1871, define el delito de la siguiente forma.

"ART. 4.- Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda".

El Código Penal para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1929, define el delito como sigue:

"ART. 11.- Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción legal".

Existen infinidad de definiciones de lo que debemos entender por delito; no obstante, todas coinciden en que el delito está integrado por cinco elementos a saber: conducta, tipo, antijuridicidad, culpa y sanción. Integrando estos cinco conceptos podemos concluir que el delito es una conducta típica, antijurídica culpable y sancionable. La conducta puede ser a su vez de tres formas: de acción, de omisión y de comisión por omisión. La primera consiste en un actuar humano, que modifica su entorno mediante la violación o daño causado a los bienes jurídicos tutelares de un tercero.

La segunda forma consiste en un no actuar, absteniéndose de cumplir con una obligación jurídica, como por ejemplo el abandono de enfermos, de atropellados, etc. Aquí es de importancia apuntar que no existe una intención de cometer un ilícito.

La tercera forma es cuando se omite un actuar a sabiendas y con la intención de causar un daño.

1.- DELITOS IMPRUDENCIALES COMETIDOS POR MEDICOS O AUXILIARES.

Una vez habiendo definido lo que es el delito y con conocimiento de la clasificación que nos marca el artículo 8º de nuestro código penal vigente, veremos que también los códigos penales existentes con anterioridad al nuestro, establecían los delitos imprudenciales o de culpa. Rezaba nuestro código penal de 1871, en sus artículos 11 a 17, de los cuales transcribiremos sólo algunos, que a nuestro parecer son los más indicados para el interés de nuestro tema:

"ART. 11.- Hay delito de culpa:

I. Cuando se ejecuta un hecho o se incurre en una omisión, que aunque lícitos en si, no lo son por las consecuencias que producen, si el culpable no las evita por imprevisión, por negligencia, por falta de reflexión o cuidado, por no tomar las precauciones necesarias, o por impericia en un arte o ciencia cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño alguno.

La impericia no es punible, cuando el que ejercite el hecho no profesa el arte o ciencia que es

necesario saber, y obra apremiado por la gravedad y urgencia del caso:

II. Cuando se quebranta alguna de las obligaciones que en general impone el artículo 1, exceptuando los casos en que no pueden cumplirse sin peligro de la persona o intereses del culpable, o algún deudo suyo cercano:

III. Cuando se trata de un hecho que es punible unicamente por las circunstancias en que se ejecuta, o por alguna personal del ofendido; si el culpable las ignora por no haber practicado previamente las investigaciones, que el deber de su profesión o la importancia del caso exigen:

IV. Cuando el reo infringe una ley hallándose en estado de embriaguez completa, si tiene el hábito de embriagarse o ha cometido anteriormente alguna infracción punible en estado de embriaguez:

V. Cuando hay exceso en la defensa legítima.

ART. 12.- Para que el delito de culpa sea punible se necesita:

I. Que llegue a consumarse.

II. Que no sea tan leve que, si fuera intencional sólo se castigaría con un mes de arresto, o con una multa de primera clase.

ART. 14.- La culpa es de dos clases, grave o leve.

ART. 16.- La calificación de si es leve o grave la que se comete en los demás casos, (fuera del artículo 1), queda al prudente arbitrio de los jueces y para hacerla, tomarán en consideración: la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño: si bastaban para esto una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia: el sexo, la edad, la educación, instrucción y posición social de los culpables: si estos habfan delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; y si tuvieron tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios.

ART. 17.- Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas, sin atender más que al hecho material y no a si hubo intención o culpa."

Es importante señalar, ya que en los artículos anteriormente transcritos, se menciona con insistencia la palabra "falta" que el mismo código penal define en su artículo 5º, diciendo que la falta es una infracción cometida, ya sea a los reglamentos o a los bandos de policía y buen gobierno.

Es de señalar, que aún cuando este código es del siglo pasado, el legislador ya tomaba en cuenta la individualización de la pena, como claramente se aprecia dentro del artículo 16, donde se habla de conceptos como la instrucción.

El código penal de 1929, habla de los delitos de imprudencia punible, de la siguiente forma:

Señala en su artículo 16, que cometen imprudencia punible aquellas personas que incurren en un hecho u omisión tal, que el daño producido es igual como si lo hubiesen cometido intencionalmente, agregando que, si el culpable no evita el daño por imprevisión, negligencia o falta de cuidado, por no haber realizado las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones necesarias o por impericia en un arte o ciencia, cuyo

conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño. El daño causado por impericia no es sancionable, siempre y cuando el que ejecute el hecho obre apremiado solamente por la gravedad y urgencia del caso y no profese el arte o ciencia que es necesario saber. Por otro lado, en su artículo 17 establece dos supuestos para que la imprudencia sea punible: el primero consiste en que el hecho llegue a consumarse, mientras que, el segundo dice que el hecho no debe ser tan leve que si fuera intencional se sancionaría con arresto menor de un mes o del equivalente a la multa impuesta por cinco días de utilidad.

No hablaremos, por ahora, de lo que establece el código de 1931, pues lo analizaremos dentro del inciso "c" del presente capítulo.

A) MEDICOS.

Recordemos que dentro del delito existen tanto sujeto como objeto del mismo. Por sujeto debemos entender a las personas o seres humanos que realizan o resienten el delito, dicho de otro modo, hay sujeto activo y sujeto pasivo del delito. Por sujeto activo se entiende todo ser humano ofensor o agente del delito, aquí cabría la distinción entre lo que es el sujeto activo primario y secundario, es decir, el sujeto que comete el delito y el que participa en el, tal y como lo dispone el artículo 13 de nuestro actual código penal, que dice:

"ART. 13.- Son responsables del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización;

II. Los que lo realicen por sí;

III. Los que lo realicen conjuntamente;

IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;

VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y;

VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado".

En el presente artículo, en conclusión, estaríamos hablando de figuras jurídicas tales como: autor intelectual, autor material, coautor y cómplice; todos ellos sancionados por nuestra legislación penal.

En cuanto al objeto del delito, este se refiere a la persona, cosa, bien o interés jurídico, protegido por el derecho penal y al que se le conoce comunmente bajo la denominación de: bien jurídico tutelar.

Se distinguen dos tipos de objetos: El material y el jurídico. El primero se alude a la persona o cosa sobre la que recae el delito, en la segunda, al bien jurídico tutelado, verbigracia, la vida, la integridad corporal, etc.

El médico, persona que se encuentra legalmente capacitada para ejercer la medicina, puede incurrir (como se señaló en su oportunidad), en responsabilidad como cualquier otro profesional.

La Ley General de Salud en concordancia con lo dispuesto en la Ley de Profesiones, en sus artículos primero y segundo transitorios, establece que para el ejercicio de la profesión en las diferentes ramas de la medicina, se estará conforme a lo que dispone la ley reglamentaria del artículo 5º constitucional en lo relativo al ejercicio de profesiones. El citado artículo constitucional establece la libertad de profesión (como garantía

constitucional), la cual sólo podrá prohibirse mediante resolución judicial y en el caso de que se ataquen los derechos de un tercero o se ofendan los derechos de la sociedad.

Para el ejercicio de las actividades profesionales en el ámbito de la medicina, se requiere de título profesional o certificado de especialización, mismos que serán expedidos y certificados conforme a lo que disponen las autoridades competentes en la rama de la educación. Cuando así proceda, las autoridades educativas pedirán, para la expedición y certificación de títulos y certificados, la opinión de la Secretaría de Salud (antes de Salubridad y Asistencia) y de la Academia Nacional de Medicina.

Como médicos profesionistas, están obligados a colocar en lugar visible al público un anuncio que indique la institución que le otorgó el título profesional o certificado de especialización y el número de cédula profesional, mismos que deberán insertarse en los documentos y papelería que utilicen con motivo de su profesión.

Con respecto a la responsabilidad profesional del médico, existen determinadas disposiciones en las que no sólo están comprendidos ellos, sino también de forma expresa los cirujanos y demás profesionistas similares, quienes son responsables penalmente por los daños que causen en la práctica de su profesión, ya sean intencionales o por imprudencia

punible. La sanción que corresponde a esta responsabilidad, dependiendo del caso y circunstancias puede ir de un mes a dos años de suspensión del ejercicio de su profesión y en caso de reincidencia, esta suspensión será definitiva.

B) AUXILIARES.

Por auxiliar se debe entender al profesional titulado, que siguiendo las instrucciones del médico, asiste a los enfermos, y que está, en concepto de algunos autores, autorizado para realizar ciertas intervenciones de cirugía menor.

De acuerdo a la Ley General de Salud, y en relación al artículo 5º constitucional, este debe de tener ya sea un título, diploma o certificado debidamente legalizado, sobre los conocimientos que tenga en materia médica. Para el caso específico de los auxiliares se requerirá de un diploma, mismo que será expedido por las autoridades competentes de la educación y en caso de que así proceda a petición de éstas, se pedirá opinión a la Secretaría de Salud. Una vez que se haya expedido y registrado debidamente el diploma este será publicado en lugar que esté a la vista del público y se consignará en su caso el número de cédula profesional y la institución que expidió el diploma o certificado en toda la papelería y documentos que utilice con motivo de su profesión.

El auxiliar, por el sólo hecho de tener una preparación para el ejercicio de la medicina, también incurrirá en responsabilidad, tal y como lo establecen los artículos 228 y 229 del código penal al referirse de la siguiente manera: "Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares serán responsables en el ejercicio de su profesión".

Los auxiliares podrán ser responsables como autores o copartícipes en la comisión de delitos. Sin embargo, serán los médicos responsables y están obligados a reparar los daños se que hubiesen causado por sus auxiliares, siempre y cuando éstos últimos hubieren actuado de acuerdo con las instrucciones que les hubiere dado aquél.

Por otro lado, sí serán responsables cuando cometan delitos por su propia cuenta o se encuentren dentro del supuesto de la fracción VI del artículo 13 del código penal que a la letra dice: "Son responsables del delito: fr. VI Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión".

C) CONCEPTO DE CULPA O IMPRUDENCIA.

La culpa es una de las formas de la culpabilidad, esta se encuentra prevista en el artículo octavo del código penal y es definida por el artículo noveno, del mismo ordenamiento legal, el cual nos dice que actúa por imprudencia el que realiza un hecho típico incumpliendo un

deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen. Recordando lo dispuesto por nuestros antiguos códigos penales de 1871, 1929 y el de 1931 hasta las reformas de 1985, se consideraba a la culpa o imprudencia como causar un delito por negligencia, impericia, falta de cuidado o falta de reflexión. En la actualidad se entiende como el no cumplir con un deber de cuidado. Eugenio Cuello Calón, define a la culpa diciendo: "Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley".(40) Para Mezger: "Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever".(41) Para Jiménez de Asúa la culpa es: "la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendría, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo".(42)

(40) Cuello Calón, Eugenio: Derecho Penal.
9a. Ed., Barcelona, 1952,
Pag. 325

(41) Mezger citado por Jiménez Huerta, Mariano: Derecho Penal Mexicano.
4a. Ed. T. I, México
Ed. Porrúa, S.A., 1983,
Pág. 501

(42) Jiménez de Asúa, Luis: La Ley y el Delito.
Madrid, 1956
Pág. 55 y 371

De las definiciones anteriores podemos establecer la existencia de dos elementos: la ausencia de intencionalidad o no intencionalidad y la falta de diligencia. El primer elemento hace referencia a que se realiza una acción voluntaria, pero no se quiere el resultado. En el segundo elemento se trata de un incumplir con un deber de cuidado, no obstante estas dos situaciones se va a dar un resultado de daño que pudo haber sido previsible y evitable.

La doctrina ha establecido 3 elementos de la culpa a saber:

- 1.- Una conducta típica, lo cual dicho de otra forma significa que la conducta y el resultado deben estar vinculados por un nexo causal (causa-efecto) y este resultado debe estar previsto en el código penal como delito.
- 2.- Debe existir un sujeto que haya incurrido en una falta de cuidado, misma que debe caracterizarse por ser exigible.
- 3.- Debe haber un resultado típico y antijurídico en el cual el agente del delito pudo haber previsto y evitado el resultado.

Dos son las principales especies de culpa:

a) Culpa consciente, con previsión o con representación: Esta se dá cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abraja la esperanza de que no ocurra.

b) Culpa inconsciente, sin previsión o sin representación: Es aquella donde el agente no prevé el resultado (previsible y tipificado). Existe una voluntad con respecto a la conducta causal, pero no hay representación del resultado previsible.

En cuando a la culpa consciente, la H. Suprema Corte de Justicia, ha emitido la siguiente jurisprudencia: "IMPRUDENCIA. DELITOS POR CULPA CONSCIENTE.- Si el inculpado previó el resultado dañoso, pero abrigó la esperanza de que no se produjese, su comportamiento establece la causa decisiva del daño habido y éste le es imputable a título de culpa consciente".(43)

(43) Suprema Corte de Justicia de la Nación
Editorial Quinta Epoca
Suplemento al Semanario Judicial de la Federación, 1956.
Amparo Directo 4880/51. Issac Segovia Paredes, 4 Votos
Pág. 286

2.- DELITOS INTENCIONALES COMETIDOS POR MEDICOS O AUXILIARES.

Bajo este rubro, se encuentran los supuestos en los que el médico actúa con intención, es decir, a sabiendas que va a cometer un delito y aceptando el resultado.

Entre los múltiples delitos intencionales que puede cometer un médico, están: el haber otorgado una responsiva para hacerse cargo de un lesionado o un enfermo y abandonar su tratamiento por causa injustificada y sin dar aviso alguno, otro delito podría consistir en el genocidio, previsto en el artículo 149 bis, del código penal, el médico con el propósito de destruir total o parcialmente uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo. El delito de usurpación de profesión previsto en el artículo 250, en donde se señala que: "Se sancionará con prisión de un mes a cinco años y multa de diez a diez mil pesos: II. Al que sin tener título profesional o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada expedidos por autoridades u organizaciones legalmente capacitados para ello, conforme a las disposiciones reglamentarias del artículo 4º constitucional..." El delito de desobediencia consiste en que, sin tener causa legítima, un médico se refuese a prestar un servicio de interés público que la ley obliga; o se niega a obedecer un mandato legítimo de la autoridad (art. 178).

Podríamos continuar con una larga lista de delitos cometidos por médicos; sin embargo, para los fines del presente trabajo, será mejor concretarnos a nuestra materia.

Algunos autores extranjeros, señalan la existencia de la esterilidad, mutilación y castración, como constitutivos de delitos diferentes. Por delito de mutilación debe entenderse el arrancar o cortar un miembro principal de cuerpo humano, con excepción de los órganos reproductores masculinos, pues dicho acto integraría el delito de castración. Como miembros principales se consideran: los brazos, los antebrazos, las manos, las piernas, los pies, la lengua, etc. Empero, la jurisprudencia española considera la extirpación de riñones y del himen como mutilación de miembros principales, apreciación que nos parece incorrecta, ya que en el caso de los riñones se trata de órganos. Para que este delito se considere intencional, es preciso que la mutilación sea causada a propósito de separar esa parte del cuerpo. Otros autores señalan que los órganos también se incluyen en lo que constituye la mutilación. Respecto a la intencionalidad de este delito, cuando el mismo se causa sin la intención de mutilar, se constituiría un delito de lesiones. El código español no señala nada con respecto a lo que es la pérdida funcional del miembro, sólo se refiere a la pérdida anatómica.

Los tratamientos médicos quirúrgicos han sido sujeto de diversas controversias. Pierre Bozart dice al respecto: "Una mejor justificación consiste en decir que el cirujano no puede ser castigado porque

obra en virtud de su diploma de doctor que lo autoriza y obliga a hacer todo lo que conviene para curar las enfermedades".(44)

Por otro lado, el maestro Cuello Calón, manifiesta: "El desempeño de ciertas profesiones autorizadas por el Estado constituye una causa de justificación cuando en la actuación profesional se ejecutan hechos que objetivamente presentan caracteres delictuosos, pero que realizadas con finalidad profesional y dentro de ciertos límites son lícitos".(45)

"El médico que practica una intervención quirúrgica para salvar la vida de un enfermo obra legítimamente, pues la salvación de una vida es un fin legítimo, el que esteriliza o asexualiza a una persona, aún con su pleno consentimiento, o practica una operación movido sólo por un deseo imprudente de experimentación científica, comete un hecho delictuoso porque su actuación es ilegítima".(46)

- (44) Pierre Bozart citado por Cárdenas, Raúl F. Derecho Penal Mexicano. 2a. Ed. T. I, México Editorial Jus, 1982 Pág. 149.
- (45) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández 14a. Ed., T. I, Vol. III, España, 1980 Pág. 338
- (46) Ibidem.

Dentro de los delitos cometidos por médicos o sus auxiliares, también la Ley General de Salud, nos señala algunos, con relación a los trasplantes de organos, tejidos o sus productos:

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

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

Los artículos 460 a 465 y el 469, nos señalan otros delitos que pueden ser cometidos intencionalmente por los médicos o sus auxiliares, éstos artículos en resumen nos dicen que cuando se saque sangre del territorio nacional sin el permiso de la Secretaría de Salud, se aplicarán de uno a cinco años o multa de diez a ciento veinte días de salario; sin embargo, si el que comete este ilícito es el médico o sus auxiliares, se les impondrá además una suspensión en el ejercicio de su profesión hasta por cuatro años.

Tratándose de órganos, tejidos y sus componentes, ya sean cadáveres o seres vivos, la prisión irá de uno a ocho años y la multa será igual que en tratándose de la sangre. La suspensión para el profesional será de hasta por cuatro años.

Cuando ilícitamente se obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes de cadáveres o fetos humanos y a quien comercie con ellos, se le impondrán de dos a seis años de prisión, tratándose de médicos o auxiliares, se les impondrá de uno a tres años de suspensión y hasta cinco años más en caso de reincidencia. Al responsable del local dónde ocurra lo antes señalado, y no lo impida dentro de sus posibilidades, se le impondrán de tres a ocho años de prisión y multa de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente.

Al médico o auxiliar que realice investigaciones clínicas en seres humanos y no se sujete al título quinto de la ley referente a la investigación para la salud, se le impondrán de uno a ocho años de prisión y suspensión en el ejercicio de su profesión de uno a tres años y multa por el equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Este artículo (465), señala además algo muy importante, cuando se realicen estas prácticas en menores, incapaces, ancianos o personas privadas de su libertad, se aumentará la pena hasta en un tanto más.

Si el médico o auxiliar se niegan a prestar atención médica sin causa justificada en caso de notoria urgencia o encontrándose en peligro la vida del paciente, se impondrán de seis meses a cinco años de prisión y multa de cien a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente. La suspensión en el ejercicio de la profesión será hasta por dos años. Sin embargo, el legislador consideró necesario agregar que si el daño se produjere precisamente por la falta de asistencia médica, se podrá incluso imponer la suspensión definitiva del ejercicio profesional, siempre que así lo estime conveniente la autoridad judicial.

A nuestro parecer, esta medida de suspensión definitiva es justa, ya que existen para el médico profesional deberes con los que debe cumplir, ya no sólo a nivel profesional sino humano. No es posible que un médico debido a circunstancias personales o en otros casos de tipo económico deje de cumplir con obligaciones que son inherentes a su profesión, lo mismo diríamos de aquel abogado que viendo a una persona que está a punto de perder su libertad de forma injusta, no luche por obtener su libertad a toda costa, no obstante la cuestión económica.

Resulta triste ver que la realidad es otra, que los valores de ser humano son vendidos por unos cuantos pesos y que hemos llegado al grado en que lo mismo da vender un automóvil que el corazón de un ser humano.

A) CONCEPTO DE DOLO O INTENCION.

Como hemos mencionado con anterioridad, la culpabilidad como elemento del delito, reconoce dos formas: la culpa y el dolo o intención.

El dolo no es otra cosa que la voluntad consciente de cometer un hecho calificado por nuestra legislación penal como "delito".

En Roma, durante su primera época, se imponían castigos sin tomar en cuenta si el sujeto tenía o no intención de cometer el delito.

En el código penal, es el artículo noveno el que contiene el fundamento de la intención, señalando que, actúa intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley.

Lo anterior se traduce a un dolo que significa una actitud voluntaria dirigida conscientemente a la realización de una conducta típica y antijurídica.

Con respecto al dolo, se han dado diversas teorías, de las cuales resumiremos sólo algunas:

1.- Teoría de la representación: Esta teoría es sostenida por Von Liszt, quien señalaba que el dolo es la representación del resultado que acompaña a la manifestación de la voluntad, comprendiendo tres elementos fundamentales:

- a) La representación del acto de voluntad y las circunstancias en las cuales se va a ejecutar.
- b) La previsión del resultado.
- c) La relación de causalidad entre el acto y el resultado, es decir, el nexo causal.

En conclusión, hay la existencia de un sujeto activo, quien voluntariamente realiza un acto contrario a las disposiciones legales.

2.- Teoría de la voluntad: En esta teoría, el fundamento de halla en la conducta voluntaria del sujeto activo, en este caso, el dolo es el que constituye la voluntad dirigida a un acto contrario a la ley. El principal exponente de esta teoría es el maestro Francisco Carrará.

3.- Teoría de la concepción unitaria: El principal representante de esta teoría es el maestro Jiménez de Asúa, quien sostiene que existe una representación mental sobre las circunstancias en las cuales se va a realizar tanto el acto como el resultado, mismo que va a tener

como consecuencia que se trate de un hecho típico y antijurídico. Esta teoría contiene principalmente dos elementos a saber:

1.- El elemento voluntario, es decir, la voluntad del sujeto activo que va encaminado a la consecución de sus propósitos intencionales y delictuosos y la aceptación de un resultado contrario a la ley.

2.- Un resultado típico y antijurídico querido por el sujeto activo.

El código penal de 1871, definía los delitos intencionales de la siguiente manera:

"ART. 18.- En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados:

- I. Conato.
- II. Delito intentado.
- III. Delito frustrado.
- IV. Delito consumado".

"ART. 19.- El conato de delito consiste en ejecutar uno o más hechos encaminados directa o inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye".

"ART. 20.- El conato es punible solamente cuando no se llegue al acto de la consumación del delito, por causas independientes a la voluntad del agente"

"ART. 21.- En el caso del artículo anterior, son requisitos necesarios para el castigo:

I. Que los actos ejecutados den a conocer por si solos o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar.

II. Que la pena que debiera imponerse por él, si se hubiera consumado, no baje de quince días de arresto o quince pesos de multa".

"ART. 25.- El delito intentado es: el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que emplean".

"ART. 26.- Delito frustrado es: el que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si

esta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se explican en el artículo que precede".

Tal como podemos observar, el delito frustrado no es otra cosa que la tentativa prevista por el artículo 12 de nuestro código penal que dice que la tentativa (punible), es aquella en la que se exterioriza una conducta tendiente a la comisión de un delito o se omite una conducta para dicha comisión, siempre que el flicito no se consuma por causas ajenas al sujeto activo.

En cuanto al código penal de 1929, el mismo define el delito intencional como:

"ART. 13.- Se considera delito intencional: el que se comete con el fin de causar un daño o de alcanzar un beneficio con la violación de los preceptos que informan la ley penal".

Además, este código estableció un capítulo de gran trascendencia para nuestro estudio, denominado: "Capítulo VIII De los delitos cometidos por médicos, cirujanos, comadrones y parteros". El cual disponía lo siguiente:

"ART. 831.- Cuando se trate de practicar alguna operación quirúrgica que por su naturaleza ponga en peligro la vida del enfermo, cause la pérdida de un miembro o ataque la integridad de una función vital, los cirujanos estarán obligados a recabar la autorización del paciente".

ART. 832.- La aceptación expresa del paciente podrá substituirse por la de sus parientes o personas a cuyo cuidado se encuentre, cuando aquél esté incapacitado para manifestarla o cuando el estado de salud haga temer fundadamente que le sobrevendrá la muerte o un mal grave por causas emocionales".

El artículo 833 señala que en relación con el artículo anterior, las personas que están legalmente autorizadas para dar el consentimiento para una intervención quirúrgica serán: en el caso de un menor de edad, su padre, madre o tutor y en su defecto el Consejo Supremo de Defensa y Previsión Social o del juez penal del lugar. Tratándose de una persona casada quien deberá dar la autorización cuando éste no pueda darla, será el conyuge. En el caso de un enajenado mental, además deberá consultarse al médico alienista.

El artículo 837, nos dice que sólo cuando sea un caso de extrema urgencia y que las circunstancias no permitan tener otra opción, la aceptación de la que habla el artículo anterior será dispensable. No tratándose de un caso urgente y haciéndose caso omiso de la aceptación previa, se sancionará al responsable hasta con seis meses de arresto a tres años de segregación y multa de quince a sesenta días de utilidad, imponiéndose además, en caso de reincidencia, suspensión de un mes a dos años.

"ART. 838.- La suspensión de que habla el artículo anterior, se aplicará siempre con el doble de las sanciones mencionadas en el mismo artículo: cuando de la operación practicada sin los requisitos que exigen los artículos 831 y 832 resultare la muerte, la locura u otra mal trascendental en el paciente. Si, además, resultare la comisión de otro delito, se observarán las reglas de acumulación".

"ART. 839.- Los cirujanos que practiquen una operación completamente innecesaria, a juicio de peritos, pagarán una multa de diez a treinta días de utilidad, si no resultare daño trascendental. Habiendo dolo se duplicará la multa y se suspenderá al facultativo de seis meses a un año en el ejercicio de su profesión, sin perjuicio de

aplicar las reglas de acumulación por el delito que resulte consumado".

Además de lo que hemos establecido anteriormente, existen diversas clases de dolo a saber:

Dolo directo: Es el caso en el que intencionalmente se ha querido obtener el resultado de una acción u omisión, verbigracia, el querer lesionar a alguien y encaminar toda su conducta a la realización de dicho fin.

Dolo indirecto: En este caso se trata de un dolo necesariamente ligado a un dolo directo. Esta clase de dolo se conoce también como dolo mediato. En este caso, el sujeto activo está consciente de que puede surgir como secuela del dolo directo, tal es el caso de una persona que va a robar y porta un arma para el caso de que alguien lo quiera detener.

Dolo determinado: Aquí estamos ante la presencia de un resultado específico, en otras palabras, el sujeto activo no acepta desviaciones del fin que persigue, por ejemplo, querer lesionar a alguien y lesionarlo.

Dolo indeterminado: Aquí se trata de carencia de un objetivo específico, por ejemplo, una persona que quiere causar daño a otra no importándole en que consista el daño, si en matar o lesionar. En este caso estamos ante un dolo genérico.

Dolo eventual: Aquí nos encontramos con una mezcla de dolo e imprudencia, es decir, en lo que constituiría el límite entre ambos. El sujeto activo sabe que como resultado de un dolo directo puede producirse otro tipo de resultado que no desea, corriendo el riesgo de causarlo.

En el dolo eventual estaríamos dentro del supuesto de la tercera forma de la culpabilidad: la preterintencionalidad.

Por último, la jurisprudencia ha dado un concepto de dolo, que a nuestro parecer, reúne todo lo manifestado con anterioridad:

"DOLO, CONCEPTO DE.- El dolo consiste en la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso. Amparo directo 3611/1961. Plinio, Santiago Musso. Octubre 26 de 1961. Mayoría 3 votos. Ponente: Maestro González Bustamante. Primera Sala".(47)

(47) Suprema Corte de Justicia de la Nación
Vol. LII, Segunda Parte
Ed. Sexta Epoca
Pág. 28

B) PRETERINTENCIONALIDAD.

La preterintencionalidad constituye la tercera forma de la culpabilidad. Posee una naturaleza mixta en virtud de que está compuesta por el dolo y la culpa; sin embargo, existen autores que lo consideran como otra clase de dolo.

Dentro de este supuesto, el agente obra con preterintencionalidad cuando causa un daño mayor del querido. Podemos señalar que existe un dolo directo en cuanto a lo querido y culpa en cuanto al resultado.

Carrancá considera a la preterintención una mezcla de dolo y culpa. Dicho autor nos dá un ejemplo de lo que es la preterintención diciendo:

"Si doy un bofetón a un adversario y éste pierde el equilibrio y cae por tierra, se rompe el cráneo y muere, ¿Por qué seré responsable de esa muerte? No por representar ella una mera casualidad, sino porque se refiere a mi conducta, aunque esta sea de modo mediato. Y esta conducta es dolosa y culposa al mismo tiempo; es dolosa con relación al resultado menor; culposa con relación al mayor, que aún cuando yo no lo quise, podía representarse como efecto probable o previsible de mi acción. Ya que yo quise golpear a mi adversario, pero si no

preví el resultado más grave, que es la muerte, a lo menos hubiera debido preverlo. De todos modos, sea imprevisto o previsible ese resultado, siempre tendré que responder de él a título de culpa porque fué producido, si no por imprudencia, sí a causa de mi inobservancia de la ley, que prohíbe y acrimina los golpes. Ahora bien, en el delito preterintencional, es dolo directo encaminado a producir el resultado menor; y es culpa aquella cantidad de actividad psicológica que produce el resultado mayor".(48)

Porte Petit afirma:

"Hay preterintencionalidad del delito cuando se tiene la intención de causar un daño, pero al llevar a cabo su conducta (al exterior), el resultado obtenido va más allá de su querer interno de donde resulta que el daño causado es más amplio, más grave que el que se propuso inferir el agente y de ahí el nombre de delito preterintencional".(49)

- (48) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General.
T. I, México
Ed. Antigua Librería Robledo, 1965.
Pág. 303
- (49) Porte Petit Candaudap, Celcstino. Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Salud Personal.
7a. Ed., México
Ed. Porrúa, S.A., 1992.
Pág. 259

De lo anterior, se concluye que la preterintencionalidad tiene tres elementos:

- 1.- Querer interno del agente de causar un daño.
- 2.- Conducta exterior del agente encaminada a causar un daño determinado.
- 3.- Existencia de un resultado exterior que viene a significar un resultado perjudicial más grave que el que el agente tenía la intención de causar.

Todavía en 1982, nuestra legislación penal no aceptaba la preterintencionalidad como una figura autónoma, sujeta a una penalidad específica, sino que la involucraba en la amplia noción que nos daba el dolo.

El antiguo artículo noveno decía que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar un daño;
- II. Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever

esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley, fuere cual fuere el resultado.

Nuestro actual código dá a la preterintencionalidad un tratamiento independiente al señalar en su artículo octavo que los delitos pueden ser intencionales, no intencionales o de imprudencia y preterintencionales, definiendo éstos últimos en el artículo noveno, que dice: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

Tratándose específicamente de los médicos, éstos podrían incurrir en la preterintencionalidad en el caso de que al intervenir quirúrgicamente a un individuo con la finalidad de extirparle un órgano con fines ilícitos, éste último pierde la vida a causa de la intervención.

En este caso, nos encontramos con que el médico tenía la intención de extraer el órgano, pero de ningún modo deseaba que la persona perdiera la vida. El médico estaba consciente de que la ley prohíbe extraer órganos con la finalidad de comerciar con ellos; sin embargo se produjo un daño mayor que no previó, es decir, la pérdida de la vida.

3.- ANTI JURIDICIDAD.

La antijuridicidad no es otra cosa que la violación a las normas de cultura impuestas por una sociedad en tiempo y lugar determinados. Se ha dicho que es la violación a las normas de cultura en virtud de que el código penal no señala prohibiciones sino supuestos jurídicos conductuales sancionados por la misma ley, ya que dichas conductas van en contra de los intereses de la sociedad; y al ser el estado el encargado de proteger esos intereses, se impone mediante los supuestos jurídicos conductuales una sanción a quienes adecuen su conducta al tipo.

El maestro Castellanos Tena dice que en la antijuridicidad se acepta como antijurídico lo contrario al derecho, y que la antijuridicidad radica en la "violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo".(50)

(50) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos elementales del Derecho Penal.
Parte General.
29a. Ed., México
Ed. Porrúa, S.A., 1982
Pág. 299

Por su lado, el eminente penalista Max Ernesto Mayer, dice que la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado".(51)

El jurista Vela Treviño dice que: "La antijuridicidad es el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la normal jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado".(52)

En conclusión, existe antijuridicidad cuando la intervención médica no se ampare en una causa de justificación, es decir, cuando en dicho acto se contraviene el mandato de abstención contenido en la propia ley. Tal es el caso de un médico que interviene a un paciente con una finalidad diversa a la de sanar; verbigracia lo que hemos venido apuntando a lo largo del desarrollo de la presente investigación: intervenir a una persona con la finalidad de extraerle uno o varios órganos y comerciar con los mismos.

(51) M.E. Mayer, citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit.
Pág. 177

(52) Vela Treviño, Sergio. Derecho Penal.
Ed. Porrúa, S.A., 1976
México
Pág. 412.

La juridicidad del ejemplo anterior estribaría entonces en la extracción de los órganos con la finalidad de sanar al paciente, como es el caso del trasplante cuando este se realiza en forma lícita, dicho de otro modo, el extraer órganos enfermos para reemplazarlos por órganos sanos.

Podemos establecer que la antijuridicidad es lo contrario a derecho que constituye una de las características del delito mediante la cual se califica a la acción cuando contradice a la norma penal.

Edmundo Mezger explica: "La acción sólo es punible si es antijurídica".(53)

Para este último autor, una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del derecho.

Dentro de la antijuridicidad existen causas de justificación dentro de las cuales tenemos:

(53) Mezger, Edmundo. Tratado de Derecho Penal.
T. I, Madrid
Ed. Revista de Derecho privado, 1955
Pág. 337

- 1.- **Legítima Defensa:** Para el gran penalista Cuello Calón, esta es necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto jurídico que lesione bienes jurídicos del agresor. Según el ilustre tratadista Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho, mediante una agresión contra el atacante.

El maestro Jiménez de Azúa dice que la legítima defensa es: "la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios".(54)

- 2.- **Estado de Necesidad:** Cuello Calón dice: "El estado de necesidad, es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona".(55)

(54) Jiménez de Asúa, Mariano. *Op. Cit.*
Pág. 363

(55) Cuello Calón, Eugenio. *Op. Cit.*
Pág. 362

- 2.- Von Liszt afirma que: "El estado de necesidad es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".(56)

El estado de necesidad se caracteriza por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar otro bien jurídicamente tutelado.

Como ejemplo de lo anterior, será antijurídica aquella intervención quirúrgica que tenga por objeto la mutilación de un órgano para cobrar algún seguro, por otro lado, una intervención aún cuando la persona que la realice no sea médico profesional, pero tenga como finalidad salvar un bien jurídico valioso como sería la integridad corporal o

(56) Von Liszt citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit.
Pág. 86

inclusive la vida, contiene en sí una justificación de una conducta típica que opera en razón del principio genérico (estado de necesidad), en virtud de que en estos casos la antijuridicidad de la conducta típica no existe y hay inexistencia de delito.

En el ámbito médico, el estado de necesidad vendría a ser aquella situación en la que a el médico no tuviera otro remedio que la violación de los intereses jurídicamente protegidos del paciente, por ejemplo en el caso del aborto terapéutico en el cual para salvar la vida de la madre se sacrifica la del producto.

- 3.- Cumplimiento de un deber: La ley, puede mediante una finalidad justa, imponer deberes cuyo cumplimiento lesiona o pone en peligro otros bienes jurídicos. Naturalmente, el cumplimiento de estos deberes no puede considerarse en ninguna circunstancia bajo el concepto de "antijurídico".

El artículo 15, fracción V, señala como circunstancia excluyente de responsabilidad: "Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio

empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho". De acuerdo a esto, podemos razonar en el sentido de que en tales casos, quien cumple con la ley no ejecuta delito alguno por ejecutar una conducta o hecho típicos, acatando un mandato legal. Por ejemplo, en determinados países existen leyes severas que castigan fuertemente el robo, por este hecho, el delincuente es mutilado, en este caso no se está cometiendo un delito al cortarle la mano, pues se está cumpliendo con un deber quien si bien es cierto se trata de una orden de funcionario superior, también lo es que está fundamentado en una norma de Derecho.

- 4.- Ejercicio de un derecho: Quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la ley la autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aún cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses jurídicamente protegidos.

El Derecho, en ocasiones, autoriza la realización de determinados actos que son el único medio de hacer efectivo un derecho, aún cuando al hacerlo lesionen o se pongan en peligro intereses que el Derecho protegería en otras circunstancias.

El que en ejercicio legítimo de un derecho realice una operación quirúrgica, lesionando bienes de otro no comete delito alguno, ya que nunca quien obra dentro de la ley puede ser considerado delincuente.

Tal sería el caso de un médico que sabiendo que el paciente morirá irremediamente si no recibe atención médica de inmediato y que, dada su condición física no puede dar su consentimiento para la amputación de un miembro y tampoco pueda obtener el consentimiento de sus familiares, interviene al paciente sin cumplir con este requisito.

Bajo estas circunstancias, nos encontramos con que el médico actuó en ejercicio legítimo, aún cuando lesionó el derecho que tiene el paciente o en su defecto los familiares de manifestar su consentimiento.

- 5.- **Impedimento Legítimo:** La fracción VII del artículo 15 de nuestra legislación penal dice que son circunstancias excluyentes de responsabilidad: "Contravenir lo dispuesto en la ley penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo". Este supuesto opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar un acto, se

abstiene de obrar, realizándose, en consecuencia, un tipo penal. Se trata de una conducta de omisión. Aquí el impedimento legítimo en sí, es una causa de justificación por tratarse de un impedimento de derecho.

**CAPITULO
CUARTO**

CAPITULO CUARTO

TRAFICO DE ORGANOS

- 1.- Equiparación con lesiones.
- 2.- Equiparación con robo.
- 3.- Equiparación con profanación de cadáver.

4.- Propositiones.

Conclusiones.

Bibliografía.

TRAFICO DE ORGANOS.

La especialización de los médicos, al igual que la de su personal auxiliar, son requisitos indispensables para la realización de trasplantes. No basta sólo el estudio y la técnica quirúrgica para realizar este tipo de intervenciones. La legislación sanitaria establece las normas precisas para la selección y preparación de los médicos, no sólo para tutelar la salud del paciente, que no puede ser transformado en un campo de estudio para los principiantes, sino para tutelar la profesionalidad de los mismos médicos; los organismos encargados de la evaluación personal de la salud y en particular de los médicos, tienen una gran responsabilidad, de su juicio puede depender la vida o la muerte de muchos pacientes, ya que la superficialidad y el clientelismo son enemigos de la salud de los pacientes.

Cada vez es más frecuente el mercantilismo dentro de las profesiones, no obstante se ha llegado al punto de comerciar con los órganos humanos. No han salido a la luz pública la cantidad de atropellos que se han cometido en nombre de la medicina. Es cierto que no existen soluciones fáciles; para hacer operaciones difíciles, se tiene que llegar a ellas gradualmente, a través de pruebas obligatorias y etapas de perfeccionamiento y no sin graves sacrificios personales y colectivos, pero también es cierto que, no se debe comerciar impunemente con el cuerpo de un ser humano.

Día a día aumenta el número de niños desaparecidos, que sí con suerte aparecen, se encuentran ya incompletos, situación verdaderamente alarmante. Si se sabe quienes son los responsables, ¿por qué no se les castiga?. ¿Cuántos médicos forenses han sido juzgados por este tipo de delito?, y ya que arribamos a este punto: ¿De qué tipo de delito estamos hablando?.

Estas interrogantes son las que trataremos a lo largo de este cuarto y último capítulo, mismas que resultan trascendentales en la realización del presente trabajo de investigación

1.- EQUIPARACION CON LESIONES.

La lesión es un delito contra la integridad humana que comete aquel que causa a otra un daño, ya sea que le deje transitoria o permanentemente una huella material en su cuerpo o le produzca una alteración funcional en su salud, es decir, que la lesión es cualquier acto que ocasione en el cuerpo de otro, un daño o dolor físico o alguna perturbación en su mente, siempre y cuando con esta lesión no se quiera causar la muerte ni se quieran resultados letales.

El carácter constitutivo de la herida, se encontró en la solución de continuidad del cuerpo humano, en la que se tuvo como criterio el derramamiento de sangre. En el derecho antiguo, la penalidad de lesiones tuvo forma de tarifas de sangre, es decir, la pena se señalaba en atención al daño causado, en otras palabras, se tomaba en cuenta si salió sangre de la herida, si el golpe rompió la piel, o si entró en el hueso, etc.

Se llamaron ofensas o golpes las violencias que recaían sobre el cuerpo ocasionándole dolor físico, sin producir solución de continuidad, distinguiéndose además en: golpes con rastros y golpes sin rastros, según hubieran dejado huella o no en el cuerpo humano.

En el Derecho Romano ya se hablaba de "iniuriae", término con el que se designaba todo acto que iba en contra de lo establecido por el derecho, no obstante, este concepto ya se usaba desde un milenio antes de Jesucristo, para hacer referencia a las lesiones causadas a una persona o a un esclavo ajeno.

Antes de la Ley de las Doce Tablas, parece ser que la "iniuriae" consistía en una lesión personal y en los golpes, extendiéndose más tarde a las agresiones y a la personalidad moral.

Durante la Edad Media, la figura ya mencionada comprendió diversas clases de golpes y lesiones, mismas que según su naturaleza y gravedad variaban en cuanto a la sanción impuesta. Los golpes o lesiones también se clasificaban según se hubiesen cometido con una sola mano, con un palo, con un arma permitida o una prohibida.

Los códigos contemporáneos han dado un paso de naturaleza grave y peligrosa; el de poner también a cargo del autor de las lesiones los efectos de tipo psicológico, verbigracia, la enajenación mental sobrevenida por las lesiones.

La doctrina ha proporcionado definiciones conceptuales de la lesión y de entre ellas, la del catedrático de Derecho Penal Mariano Jiménez Huerta, quien sostiene que por lesión debe entenderse "todo daño inferido a una persona que deje huella material en el cuerpo o le produzca una alteración a la salud"(57). Francisco González de la Vega afirma que "por lesión debemos entender cualquier daño exterior o interior, perceptible o no inmediatamente por los sentidos, en el cuerpo, en la salud o en la mente del ser humano. Lo anterior en el entendido de que la integridad de la persona contiene una doble dimensión: física u orgánica y psíquica o mental, siendo este último un menoscabo en las facultades mentales".(58)

La ley, en su artículo 288, tutela la dimensión física al decir que, con el nombre de lesión se comprenden las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras y cualquier

(57) Jiménez Huerta Mariano: Derecho Penal Mexicano.
7a. Ed., T. II, México
Ed. Porrúa, S.A., 1986
Pág. 269

(58) González de la Vega Francisco: Derecho Penal Mexicano.
Los Delitos.
PP. II y 55, 109, Ed. México
Ed. Porrúa, S.A., 1970

otro daño que deje huella material en el cuerpo humano. Por otro lado, los artículos 289 a 293, hacen referencia a que dichos trastornos se deben a una conducta humana al señalar la frase: "al que infiera". Empero, Mariano Jiménez Huerta apunta una situación importante diciendonos:

"Sin embargo, el concepto que hemos reconstruido con base en los artículos citados, queda incompleto pues se silencia una circunstancia fundamental para la integración del delito de lesiones y que la disocia de la tentativa de homicidio: que la conducta humana a que se refiere la frase última del artículo 288 - ". . . si estos efectos son producidos por una causa externa"- y la que mencionan los artículos 289 a 293- ". . . al que infiera. . .", sean realizadas sin el fin de matar, esto es con el animus laedendi, pues cuando hubiere dicho fin, voluntad o intención, el delito de lesiones desaparece para dar libre paso a un delito de homicidio en grado de tentativa".(59)

(59) Jiménez Huerta Mariano. Op. Cit.
Pág. 270

Siendo que el organismo humano, es un organismo corporal y psíquico, y que lo corporal comprende tanto la materialidad de la anatomía humana como su actividad fisiológica y en la cual se sustenta aquella corporalidad anatómica y que ambos aspectos constituyen la integridad de la persona, pueden comprenderse en un mismo término como es el de salud. Jiménez Huerta dice que al hablar del artículo 288 de "toda alteración de la salud", se está cometiendo una omisión, ya que no señala el aspecto mental, pero al mismo tiempo señala que el daño anatómico y el daño funcional suelen coincidir y más cuando se trata de lesiones que entrañan alguna intensidad.

El distinguido penalista González de la Vega, dice que por lesiones debemos entender cualquier daño en el cuerpo, en la mente o en la salud del ser humano, puesto que si la persona tiene derecho a permanecer íntegra, es decir, a que no se altere su salud, cualquier daño causado en el cuerpo o en la mente constituye un ataque al derecho de la persona a que no se menoscabe en forma alguna su salud.

En el concepto legal de lesión, se comprende tanto el daño o menoscabo físico, como psíquico y mental, por las consideraciones que preceden y, además porque existen una serie de expresiones que forzosamente deben tener una proyección psicofísica.

El artículo 282 del proyecto del código penal de 1949 determinó: "La lesión consiste en todo daño en el cuerpo o cualquier alteración de la salud, producida por una causa externa". Mediante esta definición se pretendió no incurrir en un pleonismo, sin embargo, a pesar de los deseos de la comisión, se incurrió en una definición pleonástica.

Posteriormente, en 1958, se concluyó la redacción del anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, elaborado por la Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República y que integraron los doctores Porte Petit, Franco Guzmán y el Lic. Pavón Vasconcelos y del Rfo Govea, y en cuyo artículo 227 dispone: "Lesión es toda alteración a la salud, producida por una causa externa".

En la exposición de motivos del mismo se afirma: "El artículo 227 expresa que la lesión es toda alteración a la salud, producida por una causa externa. Esta definición comprende las lesiones de naturaleza anatómica, fisiológica y psíquica con lo que se evita el defecto de algunos códigos, en los que hay una superabundancia de tipos de formulación casuística".(60)

(60) Anteproyecto del Código Penal, 1958. Exposición de Motivos.

A pesar del adelanto que representó la fórmula adoptada en el anteproyecto de 1958, inexplicablemente se volvió a retomar en el código penal de 1963, que en su artículo 268 dice: "Comete el delito de lesiones el que causa a otro un daño en el cuerpo o cualquier alteración a la salud".

El Legislador lo justificó diciendo:

"La Sección Quinta comprende los delitos contra las personas, y el Título Primero se denomina: "Delitos contra la vida y la salud personal, abarcando de esta forma diversos y fundamentales bienes jurídicos, respecto de la vida y alteración anatómica, funcional y psíquica, con la expresión: "salud personal".

También consideró necesario agregar lo siguiente: "El Capítulo II, alude al delito de lesiones, suministrando un concepto exhaustivo de los mismos, y acabando con el casuismo y redundancia de que adolecen otras legislaciones, estableciéndose que "comete el delito de lesiones, el que causa

a otro un daño en el cuerpo o cualquier alteración de la salud".(61)

Posteriormente, el código penal de 1931, sufrió otras reformas hasta quedar como sigue: "ART. 288.- Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda la alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si estos efectos son producidos por una causa externa".(62) Definición que, volvemos a insistir, ha sufrido numerosas críticas por parte de la doctrina.

Según lo establecido por el Código Penal vigente, las lesiones pueden clasificarse de la siguiente manera:

Clasificación de las lesiones atendiendo a su gravedad:

A. Lesiones Levísimas: Son aquellas que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de quince días. Previstas en la parte primera del artículo 289 del código penal.

(61) Exposición de Motivos de las reformas hechas al Código Penal de 1963.

(62) Vid. Supra.

B. Lesiones leves: Son aquellas que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar más de quince días. Previstas en la parte segunda del artículo 289 del código penal.

C. Lesiones que ponen en peligro la vida: Son aquellas en donde el ofendido se encuentra en inminente peligro de perder la vida. Previstas en el artículo 293 del código penal. Ponen en riesgo el bien máximo del hombre que es la vida.

D. Lesiones mortales: Estas se encuentran previstas en el artículo 303 del Código penal. En este supuesto, para que el que infringió las lesiones sea responsable de homicidio y no de lesiones, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

1. Que la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada por la misma lesión y que no pudo combatirse, ya sea por incurable o por no tenerse los recursos necesarios al alcance.

2. Que la muerte del ofendido se verifique después de los sesenta días de que fue inferida la lesión.

3. Que le sea practicada la necropsia, resultando de la misma que la muerte fue a consecuencia de la lesión inferida.

De ahí que este tipo de lesiones sean llamadas lesiones constitutivas de homicidio.

Clasificación de las lesiones en orden a sus consecuencias:

A. Lesiones previstas en el artículo 290 del código penal: Son las lesiones que dejan cicatriz perpetua y notable en la cara. por cara se debe entender desde la línea original del crecimiento del cabello al mentón y de pabellón auricular a pabellón auricular. Por perpetua debemos entender que no desaparece por medios naturales y por notable los peritos médicos legistas toman como base la regla de que la cicatriz sea visible a 7 metros de distancia, con la luz natural y sin maquillaje y además que la misma mida más de dos centímetros.

La sanción establecida para este tipo de lesiones será de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos.

B. Lesiones previstas en el artículo 291: Se refiere a las lesiones que perturban para siempre la vista, disminuyen la facultad de oír o entorpecen o debiliten permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales. A este tipo de lesiones le corresponde una pena de tres a cinco años de prisión.

C. Lesiones previstas en el artículo 292: Son aquellas que ocasionan una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o pérdida de un brazo, una mano, una pierna, un pie o cualquier otro órgano o cuando el ofendido queda sordo, impotente o con una deformidad incorregible, a este tipo de lesiones le corresponde una pena de cinco a ocho años de prisión; sin embargo, cuando el ofendido resulte con una incapacidad permanente para trabajar, quede enajenado mental o pierda la vista o las funciones sexuales, la pena aumentará de seis a diez años de prisión.

En relación a las lesiones consagradas en el artículo 291, puede concluirse que se trata de un menoscabo para la salud, el límite máximo para la pena es de cinco años y tanto en las lesiones leves como en las graves y gravísimas (que integran el siguiente grupo), la pena no es alternativa, esto es, ya no se puede optar entre pena y multa, sino que se imponen ambas.

No obstante lo manifestado, cuando señalamos la reforma al código penal de 1963, la mayoría de las entidades siguen las tendencias del código penal de 1931 en vigor, como ejemplo de lo anterior están los siguientes estados:

ESTADO	ARTICULO
Aguascalientes	290
Coahuila	264
Colima	254
Chiapas	178
Chihuahua	264
Durango	249
Hidalgo	281
Jalisco	261
Morelos	284
Nayarit	248
Nuevo León	278
Oaxaca	272
Puebla	279
Querétaro	258
San Luis Potosí	311
Sinaloa	253
Tabasco	283
Tamaulipas	284
Tlaxcala	262
Yucatán	273

Sin embargo, estados como el de Veracruz, siguen las tendencias del anteproyecto de 1958. Este estado en su Código de Defensa Social, bajo el artículo 230 dice que bajo lesión "se comprende toda alteración a la salud, producida por una causa externa"

Como hemos manifestado, las lesiones producidas a causa de intervenciones quirúrgicas encuentran su justificación en el motivo que las ha producido y a este respecto en nuestra opinión, no existe inconveniente alguno en excluir el tipo objetivo de las lesiones cuando la intervención ha mejorado la salud del paciente o bien, ha impedido un daño mayor; empero, dados los términos en los cuales está redactado nuestro código penal en cuanto a las figuras de lesión y homicidio, resulta difícil mantener la ausencia de tipo (objetivo) cuando la intervención no tiene el éxito esperado y el enfermo empeora o muere. En cualquier caso, faltará el elemento subjetivo del tipo, puesto que el cirujano no tenía la intención de lesionar, sino todo lo contrario, de sanar al paciente; su conducta en este caso (cuando no hay dolo), está encaminada a la protección del bien jurídico.

"El tipo de lesiones tutela el bien jurídico "integridad corporal" y la penalidad agravada para las que producen deformidad incorregible estuvo correctamente aplicada, si la producida, aún de remediarse,

lo sería no por obra de la propia naturaleza, sino por intervención extraña como la cirugía plástica, por lo que en el supuesto de admitir la posibilidad de corrección en tales circunstancias, la lesión al bien jurídico se habría dado".(63)

Tomando en cuenta que existen diversos grados de lesiones, la jurisprudencia ha manifestado que:

"LESIONES QUE PONEN EN PELIGRO LA VIDA. Las lesiones excluyen a las que no la ponen y, por lo mismo, debe imponerse la penalidad más grave".(64)

Por otra parte, la legislación potosina ha manifestado lo siguiente con respecto a las lesiones producidas en intervenciones quirúrgicas:

- (63) Suprema Corte de Justicia de la Nación
T. CXIII
Ed. Quinta Epoca
pp. 371 y 372
- (64) Suprema Corte de Justicia de la Nación
Vol. XV, Segunda parte
Ed. Sexta Epoca
A.D. 21341/57. Dolores Avalos. 5 Votos
Pág. 109

OPERACIONES QUIRURGICAS DESGRACIADAS (LEGISLACION DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSI). El artículo 324 del Código Penal del Estado de San Luis Potosí, al referirse a las lesiones que se agravan, parte de un primer supuesto: que exista la operación, o sea, que se hayan realizado maniobras de médicos sobre el cuerpo de un sujeto en el que se hayan utilizado las manos y los instrumentos. La operación desgraciada no resulta porque se haya producido la muerte, pues una operación puede haber sido realizada con todo el cuidado exigido por la técnica médica y sin embargo, puede dar lugar a la muerte por ser imposible que se salve el sujeto. Luego en el artículo 324 del código penal citado, el legislador no se refiere a la existencia de una operación quirúrgica que ocasione la muerte, sino a operaciones quirúrgicas desgraciadas en las que, por no realizarse correctamente una operación se haya producido el efecto letal, pues por "desgracia" habrá de entenderse aquella intervención quirúrgica imperita, irreflexiva, descuidada; es decir, una operación precedida por un estado imprudencial o culposo del ejecutante de la misma. Por lo cual, es absurdo interpretar dicha frase en el sentido vulgar de que es desgraciada una operación por el solo hecho de que fallezca la víctima a pesar de los sanos esfuerzos del cirujano y de lo indicado en su intervención dentro de la técnica quirúrgica. Toda operación quirúrgica desgraciada aparece una imprudencia

que puede consistir en hacer lo que no se debe hacer o en dejar de hacer lo que se debe hacer".(65)

En síntesis, consideramos que las lesiones no se pueden equiparar al tráfico de órganos, es decir, se trata de dos delitos que existen con independencia uno del otro.

Podemos manifestar que en el delito de tráfico de órganos se dá lugar a las lesiones, ya que evidentemente la extracción de un órgano disminuye las funciones del organismo, pensemos por ejemplo en los riñones. Si bien es cierto que un individuo puede sobrevivir sin ningún problema con el 40% de la capacidad de los riñones, también es cierto que al extraerse uno, su funcionamiento se vería considerablemente limitado.

Las lesiones involucradas en el tráfico de órganos pueden ir desde las que disminuyen o entorpecen una función orgánica, las que causan la pérdida de un órgano o inclusive las que causan la pérdida de la vida.

(65) Suprema Corte de Justicia de la Nación
Vol. XXXVIII, Segunda parte
Ed. Séptima Época
A.D. 26-49/71. Jonás Treviño Ortega. Mayoría de 4 Votos

Por tanto, no se trata de delitos equiparables o de un sólo delito, sino de un concurso ideal de delitos.

En términos del artículo 18 de nuestra legislación penal, el concurso ideal de delitos existe cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. En relación a nuestro tema existe el concurso ideal entre el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos y las lesiones, ya que el mencionado artículo 22 señala que: "Se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito", de lo que se desprende claramente que con respecto a las lesiones, se trata de tutelar bienes jurídicos distintos y si bien es cierto que la afectación a la salud es concurrente y consecuencia lógica de la extracción de un órgano, se trata visiblemente de una afectación totalmente distinta.

2.- EQUIPARACION CON ROBO.

La legislación romana durante su primera época estuvo fuertemente influenciada por la ateniense, empero, no distinguía el robo del hurto. Los romanos reconocían la figura de "furtum", distinguiéndola de la usurpación, ya que, el "furtum" requería para su integración que se tratara de una cosa apropiable. Durante esta primera época, se estableció pena capital para el ladrón nocturno, pero no para el que robaba en pleno día, aún cuando hubiese sido atrapado en forma in fraganti, exceptuando el caso en que el ladrón se hubiese defendido con armas. Las penas impuestas a este delito varían de acuerdo a la calidad que tuviera el sujeto activo, si se trataba de hombre libre era atribuido por adición al robado, y si era esclavo era azotado y precipitado por la roca del Tarpeya; a los impúberes se les azotaba y se les obligaba a reparar el daño. La presunción de robo, por haberse encontrado en el domicilio del ladrón el supuesto objeto robado, era castigada con la pena triple del interés por el robo no manifiesto.

Durante la Edad Media, se estableció la pena capital para el ladrón, dependiendo de las personas, el tiempo, lugar y valor de la cosa robada. Existían otro tipo de penas tales como la de carácter pecuniario, prisión o incluso marcar la cara del infractor. Los anglosajones no conservaron la pena de muerte, pero Guillermo el Conquistador decretó que al ladrón se le cortaran los pies o las manos u otros miembros.

El feudalismo, por una parte, con sus continuas luchas y represalias, y el cristianismo, con su espíritu conciliador y justiciero, al hacer su aparición en el derecho penal, se hicieron menos agresivas todas las penas. El robo ya no merecía la pena de muerte sino que se paso de esta a la humillación y a otras penas no tan graves, dando con esto un gran paso a los códigos posteriores.

Nuestro código penal de 1871 definía en su artículo 368 al robo diciéndo:

"ART. 368.- Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

Ya dentro del sistema penal que nos rige actualmente, el robo es un delito contra las personas en su patrimonio que comete aquel que se apodera de un bien mueble, sin derecho y sin consentimiento de quien puede disponer de ella con arreglo a la ley, como es de apreciarse, el código penal actual sigue las tendencias del de 1871. Se equiparan al robo y se castigan como tal:

a) La disposición o destrucción de una cosa mueble, ejecutadas intencionalmente por el dueño de la cosa si la cosa se halla en poder de otro a título de prenda o de depósito decretado por una autoridad competente o hecho con su intervención o mediante contrato público o privado.

b) El aprovechamiento de energía eléctrica o de cualquier otro fluido, ejecutado sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente pueda disponer de él.

La actividad típica de este delito es el "apoderarse" de una cosa ajena mueble contra la voluntad en ausencia del consentimiento del titular, cuya consumación se dá al realizarse la lesión patrimonial producida por el simple apoderamiento, aún cuando después se abandone la cosa, es decir, el delito de robo se consuma con independencia de que se agote o no la finalidad personal perseguida por el sujeto activo, como podría ser el lucro, que no siempre se da; por tanto, se consuma también en los casos en los que el infractor es desapoderado de la cosa o bien cuando la abandona. En todo caso, el apoderamiento debe concretarse por el agente, tomando la cosa en su posesión material. Dicho apoderamiento puede realizarse de diversas formas, ya sea de manera personal por el autor o a través de otros procedimientos como la utilización de un tercero.

En relación con que la cosa debe ser "ajena", ello alude a que la cosa no pertenece al sujeto activo sino a otra persona. Por

tanto, quien se apodere de cosas que no tienen dueño, verbigracia, los bienes abandonados o mostrencos, no comete el delito de robo.

La expresión "sin derecho", se refiere a la antijuridicidad de la conducta, a la ilicitud del sujeto activo que se apodera de la cosa sin estar autorizado para ello por la ley, o sin el permiso del propietario o de quien este legitimado para ello.

Existen diversas teorías que tratan de explicar en qué momento se consuma el robo, el renombrado catedrático de Derecho Penal, Francisco Pavón Vasconcelos señala que es en el momento en que la cosa sale del dominio del dueño y entra en la esfera del dominio del ladrón, y esta tendencia es la que sigue nuestra actual legislación penal.

La sanción prevista para el delito de robo, cuando el valor de lo robado no exceda de cien veces el salario mínimo se impondrán hasta dos años de prisión y multa de hasta cien veces el salario mínimo. Cuando exceda de cien veces el salario mínimo pero no de quinientas, la sanción será de dos a cuatro años de prisión y multa de cien hasta ciento ochenta veces el salario mínimo. Para el supuesto de que exceda de quinientas veces la sanción aumentará de cuatro a diez años de prisión y multa de ciento ochenta hasta quinientas veces el salario mínimo diario general vigente en el lugar donde se cometió el ilícito.

Existen diversas calificativas del robo, entre otras están las siguientes: a) robo con violencia, b) robo cometido por circunstancias de lugar y c) robo cometido por circunstancias personales.

Es el artículo 372 el que nos define al robo con violencia y es el precepto siguiente el que nos diferencia la violencia física de la moral. Por violencia física se entiende, en el robo, la fuerza material que para cometerlo hace una persona. La violencia moral es cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarla.

El artículo 381 del código penal dice que además de las penas señaladas para los artículos 370 y 371, se aplicarán al sujeto activo, hasta cinco años de prisión en los siguientes casos:

b) Robo calificado por circunstancias de lugar, en este caso se refiere a que el robo se lleva a cabo en un lugar cerrado, en este caso estaríamos en los supuestos contenidos en las fracciones: séptima que se refiere a que el robo se cometa cuando el ofendido se encuentre en un vehículo particular o de transporte público y a los supuestos que alude el artículo 381 bis, que es cuando el robo se comete en edificios, viviendas, aposentos o cuartos destinados para habitación, incluyéndose también aquellos que sean móviles (no fijos en la tierra), independientemente del material con que estén contruidos.

También se considerará dentro de éstos al vehículo que esté estacionado en la vía pública o en lugar destinado a su guarda o reparación y por último, al que se apodere en campo abierto o en paraje solitario de una o más cabezas de ganado.

En conclusión, por lugar cerrado debemos entender todo aquel lugar que no se encuentre abierto al público y que para impedir el libre acceso al mismo, se halla rodeado por fosas, enrejados, cercas, etc., es decir, que se encuentre asegurado por algún mecanismo.

c) El robo cometido por circunstancias personales: En este caso se trata de los supuestos previstos en las fracciones: segunda, que es cuando el robo se comete por algún dependiente o doméstico contra su patrón o alguno de la familia de éste, no importando cual sea el lugar donde lo cometa, la fracción tercera que habla del huésped o comensal, o alguno de su familia o de los criados que lo acompañan, señalando además que el robo se cometa en la casa donde los recibieron. La fracción cuarta prevé la situación de que el dueño o alguno de su familia lo cometa contra los dependientes, domésticos o cualquier otra persona, en la casa del dueño. La fracción sexta es cuando el robo sea cometido por los obreros, artesanos, aprendices o discípulos, en la casa, taller o escuela en que habitualmente trabajen o aprendan, o en la habitación, oficina o bodega u otros lugares al que tengan libre entrada con motivo de la actividad que desempeñen. La fracción octava alude al robo cometido aprovechándose de condiciones de confusión que se produzcan debido a catástrofes o al desorden público, y por último, la fracción novena que señala

el robo cometido por una o varias personas armadas o que utilicen o porten objetos peligrosos.

Entre el delito de robo previsto por el artículo 367 que dice: "Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley", y el artículo 462 de la Ley General de Salud que señala: "Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte o 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, fetos o restos de seres humanos, y

II. Al que comercie con órganos, tejidos, incluyendo la sangre y sus componentes, cadáveres, fetos o restos 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", existe un verdadero conflicto aparente de normas, ya que la Ley General de Salud en el mencionado artículo establece "Al que ilícitamente obtenga" y ¿cómo se puede obtener si no es mediante el "apoderamiento", elemento comisivo del robo?.

Para solucionar este conflicto aparente de normas, es menester recurrir al principio de especialidad en donde la ley especial (Ley General de Salud), deroga ley general (Código penal); por lo tanto, en estos casos existirá el delito de tráfico de órganos.

3.- EQUIPARACION A LA PROFANACION DE CADAVER.

La muerte es causa de la extinción de la personalidad, y por tanto, de la capacidad jurídica de las personas físicas. Por ello, la muerte entraña una inmensa importancia en el terreno de lo jurídico y la necesidad para la ley de fijar el hecho de la misma y el momento en que tiene lugar, cosa que si no es difícil tratándose de una muerte ordinaria, existen casos en que si lo es. La cuestión ha sido resuelta de diferente manera y las reglas relativas a la misma han tenido un proceso de elaboración muy pausada.

Una vez certificada la muerte, si bien es cierto que el cadáver ya no es sujeto de derecho, también lo es que no queda sin derechos, puesto que no se trata de una cosa de la que puede disponer cualquier persona.

La moral y el Derecho, coinciden en que al cadáver se le debe respeto, puesto que éste era parte sustancial de un ser humano. En el momento en que nosotros señalamos que el cadáver ya no es sujeto del derecho pero sigue teniendo derechos, nos referimos a que estos son entre otros: el derecho a la digna sepultura y el derecho a que se le respete.

El código penal de 1871 ya contenía disposiciones en relación a la infracción de leyes y reglamentos sobre inhumaciones (Capítulo IV), y sobre la violación de sepulcros y profanación de un cadáver humano (Capítulo V).

Con respecto al capítulo cuarto, éste sólo contenía tres artículos que disponían:

"ART. 881.- El que sepulte, ó mande sepultar en un panteón público un cadáver humano sin la autorización escrita de autoridad que deba darla, o sin los requisitos que exige el código civil, sufrirá la pena de uno a dos meses de arresto, ó multa de veinticinco a trescientos pesos.

ART. 882.- Si el entierro se hiciere en lugar privado, sin licencia de la autoridad, ó en cualquier que este prohibido hacerlo, se duplicará la pena mencionada.

ART. 883.- Se impondrá un año de prisión y multa de cien a mil pesos al que oculte, ó sin la licencia correspondiente, sepulte ó mande sepultar el cadáver de una persona a quien se haya dado

muerte violenta, ó que haya fallecido a consecuencia de golpes, heridas y otras lesiones, si el reo sabía de esta circunstancia. Si la ignoraba, se le aplicarán las penas de que habla el artículo anterior".

Dentro de la misma legislación, el capítulo quinto nos dice:

"ART. 884.-Se castigará con arresto mayor y multa de segunda clase la violación material de un túmulo, de un sepulcro, de una sepultura o de un féretro, sin atender a la intención del delincuente.

ART. 885.- La profanación de un cadáver humano se castigará con tres años de prisión.

ART. 886.- Si además de la violación o profanación de que hablan los dos artículos que preceden, se cometiere otro delito, se observarán las reglas de acumulación".

Como podemos observar, el código de 1871, con tendencias eminentemente clásicas, se preocupa más por la imposición de la pena que por el delincuente y en ningún momento nos señala lo que debemos entender por profanación.

El código penal de 1929, dentro de su título decimo quinto, intitulado "De los delitos contra el orden público", en su capítulo primero: "De la violación de leyes sobre inhumaciones y exhumaciones", dice:

"ART. 910.- El que sepulte o mande sepultar en un cementerio público un cadáver humano o el de un feto, sin la autorización escrita de la autoridad que deba darla o sin los otros requisitos que exijan los códigos civil y sanitario, pagará una multa de veinte a cuarenta días de utilidad y se le aplicará arresto hasta por seis meses.

ART. 911.- Si el entierro se hiciere en lugar privado, sin licencia de la autoridad respectiva o en cualquier otro, en que esté prohibido hacerlo, se duplicará la multa mencionada.

ART. 912.- Se impondrán de uno a tres años de segregación y multa de treinta a sesenta días de utilidad: al que oculte o, sin la licencia correspondiente; sepulte o mande sepultar el cadáver de una persona a la que se le haya dado muerte violenta, o que haya fallecido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía de estas circunstancias.

No se aplicará la sanción de este artículo a los ascendientes o descendientes, cónyuge y hermanos del responsable del delito que haya causado la muerte.

ART. 913.- Las exhumaciones hechas sin los requisitos legales, tendrán las sanciones que señala el artículo 910".

Como podemos ver, este código ya señala un aspecto distinto, como lo es, la excusa absolutoria que marca el artículo 912, para los ascendientes, descendientes y hermanos que tengan conocimiento del delito.

El capítulo segundo, habla de la violación de sepulcros y de la profanación de cádaver, señala:

"ART. 914.- Se aplicará arresto por más de seis meses y multa de diez a veinte días de utilidad: por una sola violación material de un túmulo, de un sepulcro, de una sepultura o de un féretro.

ART. 915.- Por la profanación de un cadáver humano se aplicarán tres años de segregación.

ART. 916.- Si además de la violación o profanación de que hablan los dos artículos anteriores, se cometiere otro delito, se observarán las reglas de acumulación".

El código penal que nos rige en la actualidad, sólo contiene dos preceptos legales relativos a la materia de inhumaciones y exhumaciones. Estos artículos son el 280 y 281, los cuales establecen que al que oculte, destruya o sepulse un cadáver, o un feto humano, sin orden de autoridad competente o sin los requisitos que al respecto disponen los códigos civil, sanitario y otras leyes especiales, así como a la persona que oculte, destruya o sin la licencia correspondiente sepulse el cadáver de una persona,

siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones a sabiendas del reo, se le impondrán de tres días a dos años de prisión y multa de cinco a dos mil pesos. Esta misma sanción se aplicará al que exhume un cadáver sin cumplir con los requisitos legales.

Este precepto también, al igual que el contenido en el código penal de 1929, prevé que para el caso del ocultamiento o destrucción de un cadáver, cuando la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, no se aplicará sanción alguna a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio.

El artículo 281 del código penal establece:

"Al que viole un túmulo, un sepulcro, una sepultura o un féretro o al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia, se le impondrán de uno a cinco años de prisión, más ésta pena aumentará cuando el acto de necrofilia consista en la realización del coito, ya que en este caso la pena aplicable será de cuatro a ocho años de prisión".

Por actos de vilipendio debemos entender tal y como lo señala el maestro Maggiore:

"Acto de vilipendio es todo hecho que constituya profanación del cadáver, por expresarse en formas más o menos abyectas. Tales serían escupir, ensuciar, desnudar o colocar el cadáver en posiciones grotescas o irreverentes, colocarle máscaras o símbolos burlescos, comprimir los restos en una caja de medidas insuficientes y, en fin, las formas más graves, que son el desfiguramiento (punciones, lesiones que constituyen desfiguración, extracción de los dientes, corte de los cabellos), la mutilación (descuartizamiento, corte de miembros), los actos de brutalidad (golpes, mordiscos, etc.) y los actos obscenos (besos lujuriosos, masturbación sobre el cadáver, unión carnal consumada o tentada, etc.), en que se concreta la más horrenda de las perversiones sexuales: la necrofilia".(66)

Consideramos que la definición que nos da Guiseppe Maggiore no es muy precisa, ya que por ejemplo en el caso en donde

(66) Maggiore, Guiseppe: Derecho Penal. Parte Especial. Delitos en particular, Vol. III, Bogotá Ed. Temis, 1955 Pág. 433

habla de lesiones que se cometen al cadáver, constituye una circunstancia imposible, debido a lo que oportunamente señala el maestro Jiménez Huerta al decir que, no existe el delito de lesiones cuando se cree herir a una persona viva, descargando golpes sobre un cadáver, pues en este caso falta el bien jurídico tutelado.

Por vilipendio ha de entenderse todo acto de desprecio hacia una persona o cosa, en este caso hacia un cadáver.

Por mutilación se entenderá la pérdida de un miembro que destruya la integridad del cuerpo. Las legislaciones antiguas impusieron la mutilación como pena de ciertos delitos. Por ejemplo, en la ley del Talión, la mutilación de un miembro hecha criminalmente a otra, llevaba consigo, excepto en el caso de composición entre el ofendido y el culpable, la mutilación del mismo miembro. En Egipto, al que revelaba un secreto de Estado, se le cortaba la lengua y al falsificador de escritos y monedas, se le cortaba la mano. En América del Norte, a la mujer culpable de adulterio se le rapaba el cabello y si reincidía se le cortaba la oreja izquierda.

Dentro del famoso Código de Hammurabi, la mutilación se aplicaba con mucha frecuencia, por ejemplo, a la mujer pública que atribuyera un hijo a un hombre que no fuera el padre, se le cortaba la lengua. En el caso de los médicos, si estos empleaban para curar las heridas de

una persona libre un punzón de bronce y el enfermo moría, o si se ha utilizado este mismo objeto para curar las cataratas, era condenado a que le cortaran ambas manos. Al cirujano que, contra la voluntad de su dueño, marcara a un esclavo con signo de esclavo inalienable, le eran cortadas las manos.

La mutilación de cadáveres tuvo su origen en lo mágico, creyéndose que la mutilación ofrecida a los dioses fertilizaba la tierra y se tendrían mejores cosechas. Sin embargo los reyes egipcios, se opusieron a estas prácticas, basados en sus creencias religiosas de la vida en ultratumba, pues se consideraba que sólo la integridad corporal podía asegurar la felicidad futura.

Alrededor del año de 1800, en muchas facultades de medicina se obtenían cadáveres para poder estudiar el cuerpo humano. Estos cadáveres se obtenían a través de unos individuos llamados "resurreccionistas", que se dedicaban a robar sepulturas, más, en 1827, dos sujetos llamados Guillermo Burke y Guillermo Hare, decidieron asociarse a esta empresa de proveer de cadáveres a las salas de disección, pero simplificando el procedimiento en uso por medio del asesinato. Antes de que fueran descubiertos, asesinaron a dieciseis personas, cuyos cuerpos vendieron, teniendo siempre gran cuidado de matar individuos cuya desaparición no se notara demasiado.

Este episodio sensacional y vergonzoso, preparó el terreno para que se legalizara la disección que forzosamente se llevaría a cabo en las facultades de medicina.

Por brutalidad se entenderá el excesivo desorden en los afectos y pasiones o la acción torpe, grosera y cruel hacia un cadáver.

La necrofilia consiste en la perversión sexual de fondo degenerativo con carácter de obsesión e impulso que comprende manifestaciones variadas. Existen autores que clasifican dentro de la necrofilia al vilipendio y a la mutilación, señalando que existen tres tipos de necrófilos: aquellos que se masturban ante los cadáveres, los que tienen contacto sexual sobre los cadáveres, también llamados "violadores de cadáveres" y los desenterradores, profanadores y mutiladores de cadáveres, que son verdaderos sádicos cuya insana pasión se sacia en los cadáveres.

El maestro Maggiore señala que el uso ilegítimo de cadáveres "consiste en diseccionar o emplear de otro modo un cadáver, o una parte de él, para fines científicos o didácticos no permitidos por la ley".(67)

(67) Maggiore, Guisepppe. Op. Cit.
Pág. 437

Resumiendo, la profanación de cadáveres es un delito en materia de inhumaciones y exhumaciones que comete aquel que viola un féretro o sepulcro o ejecuta sobre el cadáver humano algún acto que vulnera de algún modo el respeto que se debe guardar a los muertos.

El ilustre penalista Carrará, indica que en un principio los pueblos más antiguos consideraron las violaciones de sepulcros y las profanaciones de cadáveres como ofensas a la religión, pero que más tarde se tipificaron como delito.

El Maestro Cuello Calón comenta: "En efecto, sea que se desentierre un cadáver humano con el fin de ultrajar al difunto o a su familia; sea que se le desentierre con el fin estúpido de extraer de él materiales para su sortilegio o para el increíble y abominable desahogo de sus deseos sexuales nefandos; o sea que abrir una tumba para cometer robo o para ocultar en ella cosas robadas u otros cuerpos de delito, siempre se encontrará con el designio del culpable un fin de lucro privado o de sexualidad depravada, o de venganza, nunca un ánimo hostil a la religión que es el criterio esencial de todos los delitos que de la ofensa contra ella sacan su objeto jurídico especial y la denominación de su clase distinta".(68)

(68) Cuello Calón, Eugenio: Derecho Penal,
T. II, Barcelona
Ed. Bosch, 1976
Pág. 318

Dentro de este delito están comprendidos dos hechos distintos, en primer lugar, la profanación de cadáveres humanos y en segundo término la violación de túmulos, sepúlcros, sepulturas o féretros.

El primero, que para nuestros intereses tiene mayor trascendencia, está constituido por el hecho de desenterrar cadáveres humanos y de ejecutar sobre ellos, aún cuando no estuvieren inhumados todavía, cualquier género de acto atentatorio al respeto debido a la memoria de los muertos.

Por cadáver debe entenderse para efectos del precepto legal consagrado en el artículo 280 y ss., el cuerpo de una persona muerta o "nacida sin vida"⁽⁶⁹⁾; sin embargo, no se puede considerar como tal al feto expulsado que no ha alcanzado su pleno desarrollo, es decir, el feto no es un cadáver en el sentido de este artículo y por ello el artículo 280 del código penal vigente hace mención tanto del cadáver como del feto humano, considerado éste último por la Ley General de Salud como el producto de la

(69) El Dr. Alfonso Quiroz Cuarón considera el término "nacido sin vida" o "nacido muerto" impropio, ya que señala que lo correcto es decir "emergido muerto".

concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno. Esta ley también hace mención de lo que es el pre-embrión que es el producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación, y, del embrión conceptualizado como el producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la decimosegunda semana de gestación. Independientemente de lo anterior, el código penal sólo hace mención del feto, que para nuestra apreciación incluye tanto al pre-embrión como al embrión.

No importando que a un cadáver le falte algún miembro, este debe tratarse con igual respeto que a los demás. Para la existencia de este delito debe existir una voluntad de ejecutar el hecho, y ejecutarlo con conciencia de lo que se ofende es el respeto debido a la memoria de los difuntos, no obstante, no es preciso tener el ánimo especial de ofender ésta memoria, pues el texto legal no exige dicho ánimo en particular.

En base a lo estudiado con anterioridad, el delito de profanación de cadáver y el tráfico de órganos, no son delitos equiparables ni son ilícitos totalmente independientes, que bien podrían ser contemplados por un "tipo complejo" en cuanto a su sanción.

En concepto del eminente penalista colombiano Alfonso Reyes Echandía, los tipos complejos o de conducta pluriofensiva se caracterizan: ". . . porque simultáneamente protegen varios intereses jurídicos,

sin perjuicio de que uno de tales bienes esté independientemente tutelado en otro tipo. . ."(70). Aquí podríamos hablar por ejemplo del delito de tráfico de órganos. Este delito contemplaría tres delitos: el tráfico de órganos, la profanación de cadáver y el robo, aún cuando los últimos dos delitos protegen bienes jurídicos distintos (el tráfico de órganos aún no está contemplado como delito en forma específica por el código penal). En este caso el legislador tendría que considerar el delito más importante o el que se vea afectado en forma más profunda que en este caso es el tráfico de órganos.

Resumiendo, el delito complejo busca la simplificación, aplicando una sola pena para los tres delitos, sin que haya acumulación, ya que, la suma de penas resulta injusta y por eso, en cuanto a la pena, debe crearse un tipo complejo.

La profanación de cadáver es un delito, que al igual que los estudiados con anterioridad, está íntimamente relacionado con el tráfico de órganos y por tanto, consideramos que debería establecerse este tipo complejo en el multicitado artículo 462 de la Ley General de Salud y la profanación de cadáver.

(70) Echandía Reyes, Alfonso: Tipicidad.
5a. Ed., Bogotá-Colombia
Ed. Temis, 1989
Pág. 128

4.- PROPOSICIONES.

A lo largo de la presente investigación, hemos propuesto diversas cuestiones en aras del mejoramiento de nuestra actual legislación en materia de trasplantes.

Estamos conscientes de que toda modificación implica cambios, mismos a los que hay que adaptarse si estos comportan un avance. Por ello, es de importancia la selección que ha de hacerse con sumo cuidado, de las modificaciones a realizar, esto debido principalmente a lo complicado y delicado del tema, además de que se corre el riesgo de frenar el avance científico.

Tomando en consideración lo anterior, proponemos que:

- La Ley General de Salud deje bien claro que lo que se pretende es permitir tanto el trasplante de órganos entre vivos, así como el trasplante en el que el disponente originario es un cadáver.

- Que el legislador establezca la condición del cadáver como objeto de apropiación.

- La ley competente, realice una clasificación de los tipos de trasplante y legisle a favor de heteroinjerto.
- La Ley General de Salud, en base al criterio clínico, establezca el momento en que sobreviene la muerte.
- Se incluya en una credencial de identificación, tal como la licencia de conducir, el consentimiento o la negativa para que los órganos del titular sean objeto de trasplante.
- Se tipifique en materia penal, el delito de tráfico de órganos humanos.
- Que se establezca un tipo complejo para el delito de profanación de cadáver y el artículo 462 de la Ley General de Salud.

Profundizando en los puntos anteriores, la Ley General de Salud debe esclarecer que no sólo se pretende el aprovechamiento de los órganos de un cadáver, sino que, se pretende que los trasplantes también se lleven a cabo entre vivos, siempre y cuando se realicen dentro del marco legal establecido, es decir, que sólo se trasplante órganos pares que no impliquen un riesgo en la salud del receptor originario vivo, que no se pretenda el lucro con este tipo de intervenciones, que únicamente se lleven a cabo cuando tengan por objeto mejorar la salud del receptor, etc.

La legislación penal debe establecer tipos penales que contemplen los delitos que se cometen en el tráfico de órganos, así como establecer el tipo penal del mismo.

La propiedad del cadáver es un factor de gran trascendencia, ya que, la misma marcará las pautas a seguir con respecto a la disposición del mismo. Los familiares son, quienes a falta del consentimiento del disponente originario otorgado en vida, decidirán sobre la disposición del mismo. Es aquí donde existe una gran contradicción, ¿cómo es que la ley permite que dispongan de algo con respecto a lo cual no tienen la propiedad?. Algunas legislaciones han tratado de resolver este problema declarando una "nacionalización" o "socialización" del cadáver. En nuestro concepto bastaría que se diera la propiedad del cadáver pero sólo para resolver este tipo de cuestiones y no permitiéndolo bajo ninguna circunstancia que esta situación se prestara a la mercantilización del cadáver, en otras palabras, se otorgaría la propiedad, pero sólo para decidir sobre la disposición de órganos.

Es importante mantener un criterio amplio con respecto a los trasplantes, recientemente, no hace arriba de dos meses (mayo de 1992), se llevó a cabo, en Estados Unidos, un trasplante del corazón de un mandril al de un humano. Dicho trasplante, según informaron los medios de comunicación, se llevó a cabo con gran éxito, parte del cual, se debió a que el corazón del mandril posee una anatomía bastante semejante a la del ser humano.

Este hecho implica dos problemas de orden ético. El primero sería si existe o no licitud en sacrificar un animal para sacar un órgano en favor de la supervivencia de un ser humano, cuyo órgano está irremediablemente perdido, y la segunda, si existe licitud en trasplantar un órgano de origen animal a un ser humano.

Respecto de la primera cuestión, hay que decir que según el orden moral, no existe alguna reserva. A los animales se les debe respeto evitando someterlos a torturas. Pero también es cierto que, los animales están al servicio del hombre. El hombre se alimenta de ellos. Si estos sirven de alimento, con mayor razón para la supervivencia, insistiendo en que es reprochable cualquier acto en el que se haga sufrir al animal.

La respuesta a la segunda cuestión no puede ser diversa de la anterior. Se trata de una aplicación consecuente del primer principio. El órgano o cualquier otra parte animal puede ser trasplantado lícitamente en el cuerpo humano, sin que esto constituya un atentado a la dignidad humana ni a su integridad física.

La utilización de órganos animales, pudiera en un momento dado evitarse, mediante la implantación de órganos artificiales, que en un tiempo no muy lejano podremos vislumbrar como algo tangible o real. Ojalá esta técnica se perfeccionara a un plazo relativamente corto, evitando la muerte de animales a consecuencia de trasplantes.

Es necesaria la existencia de un criterio uniforme que permita determinar el momento de la muerte. No se ha llegado a establecer con claridad lo que es la muerte en términos legales, concepto que debe estar basado en un criterio clínico. El artículo 317 de la Ley General de Salud, nos dá diversos supuestos para certificar la pérdida de la vida pero, para llevar a cabo un trasplante se requiere de condiciones especiales que en un momento dado podrían llevarnos a hablar de una "muerte anticipada", como en el caso del trasplante de corazón, lo cual resulta delicado, sobre todo en materia penal.

En España alrededor de 1975, la Cámara del congreso aprobó una legislación sobre la extirpación de órganos de individuos fallecidos por accidente que no hubiesen constatado previamente su negativa a donar sus órganos. Esta ley fue aprobada por el Senado, siendo considerada como una de las legislaciones en este tema de vanguardia. Algunos juristas, moralistas y pensadores, se opusieron rotundamente a esta legislación, basados en que la mayoría de los individuos que mueren en accidente no han tenido tiempo de plantearse la cuestión de donar sus órganos. Por lo tanto, consideramos necesario hacernos conciencia de este problema e incluir en una credencial de identificación este dato, ya que, permitiría agilizar todo tipo de trámites e inclusive recuperar minutos de importancia para la realización de trasplantes.

A fin de promover la educación para la donación de órganos y tener disponibilidad para los trasplantes, se han creado, en algunos países, asociaciones que actúan sin fines de lucro. Estas asociaciones tienen como objetivo sensibilizar la opinión pública respecto de los trasplantes e incrementar la donación de órganos.

En Estados Unidos el tipo de información que se da a la persona interesada en la donación es la siguiente:

1.- ¿Quién puede ser donador?

Cualquier persona de dieciocho años o más puede donar sus órganos o tejidos, ya sea con fines de investigación o trasplante. Quienes sean menores de dieciocho años podrán donar con el consentimiento de sus padres y a falta de estos, de su representante legal. Aún cuando la mayoría de órganos y tejidos son removidos de gente menor de sesenta y cinco años, no existe edad límite para poder ser un donador.

2.- ¿Qué es lo que puede donar?

Existen cerca de veinticinco órganos y tejidos que pueden ser objeto de trasplante. Dentro de los órganos vitales se incluyen: corazón, pulmones, riñones, hígado y páncreas. El tejido puede utilizarse hasta veinticuatro

horas después del fallecimiento y este tipo de tejido incluye: hueso, piel, tendones, vasos sanguíneos y válvulas del corazón. Los donadores vivos pueden donar riñones, médula ósea y partes del hígado y pulmón.

3.- ¿Quiénes recibirán mi donación?

Por la urgencia que se requiere para encontrar un receptor en el momento en el que existe un donador disponible, el hospital o la agencia procuradora de órganos, tiene acceso inmediato a un registro computarizado, elaborado por "United Network for Organ Sharing" (UNOS), que en español significa: Red unida pro órganos compartidos, la cual contiene una lista de todas las personas en los Estados Unidos que requieren de trasplante. En el caso de que el órgano no sea utilizado por los Estados Unidos -preferencia básica-, se localizará otro receptor en base a la extrema urgencia, tiempo que ha esperado para el trasplante, tipo de sangre y otras compatibilidades físicas.

4.- ¿Cuál es el momento en el que se extraen los órganos?

La donación no será considerada hasta que se haya realizado todo lo humanamente posible por salvar la vida del paciente. A este se le tendrá que certificar muerte cerebral antes de que pueda ser extraído órgano alguno. El médico que certifique la muerte no podrá formar parte del equipo que realice el trasplante. La cirugía no implicará costo alguno para la familia del donador, así como tampoco al Estado.

5.- ¿En que afecta el trasplante los planes funerales?

La extracción de órganos y tejidos no causa desfiguración al cuerpo ni retrasa los planes funerales.

6.- ¿Cuáles son los riesgos?

Para donadores vivos, el riesgo que se correría sería la infección u otra complicación resultante de la cirugía. Para los receptores los riesgos incluyen el rechazo y efectos derivados de la aplicación de drogas inmunodepresoras y una posibilidad, que aún cuando es mínima de adquirir enfermedades tales como la hepatitis o el SIDA.

7.- ¿Cómo puedo convertirme en donador?

Llenando una forma de donador, la cual puede adquirirse en hospitales o en organizaciones procuradoras de órganos y tejidos u otros grupos similares. Muchos estados permiten que en la licencia de conducir se incluya el dato de que se está de acuerdo con donar órganos. Sin embargo aún cuando se esté registrado como donador o se haga mediante testamento, los hospitales generalmente no extraen ningún órgano sin el consentimiento de los familiares.

El tráfico de órganos constituye un delito aún no tipificado por nuestro código penal. No se trata del tráfico de cualquier cosa, sino de una cosa que constituye una parte esencial de un ser humano.

Delito que si se llega a castigar bajo otro tipo, no se ha castigado como debiera, ya que en muy pocas ocasiones se ha sabido de que se persiga penalmente a un médico, en especial a los forenses por haber extraído un órgano dolosamente para venderlo al mejor postor.

El Doctor José Alvarez Amézquita, miembro de la antes Secretaría de Salubridad y Asistencia dijo:

"Está en la naturaleza humana una tendencia profunda a rehusarse a dar a conocer particulares condiciones de vida, especialmente cuando estas son inestables. El ser humano recurre angustiosamente al médico o al curandero, cuando un dolor intenso o la proximidad de la muerte lo agobian; pero son muy escasos aquellos que de buena gana se presentan a poner en práctica principios fundamentales de higiene y salubridad.

Es el Estado quien está obligado a remediar la apatía de los particulares y, en términos generales, a suplir todas las deficiencias de sus gobernados, tanto en lo que a falta de

información se refiere, como a la actuación que, por razón natural, corresponde a los individuos".(71)

Opinamos que además de lo sustentado por el Doctor Alvarez Amézquita, nosotros pensamos que el abstenerse de recurrir al médico, se debe en gran parte, al temor en algunos casos fundado, de que el médico sólo pretenda el lucro y se inventen enfermedades no existentes o se realicen operaciones innecesarias, ya que, reiterando, el delito de tráfico de órganos va en aumento, sin que hasta hoy se haga lo suficiente para disminuirlo.

En el mismo orden de ideas, resulta necesaria la creación de tipos complejos que prevean las diversas situaciones que se pueden dar con motivo del tráfico de órganos.

Es muy difícil que este delito se dé por sí solo, en la mayoría de los casos se dá junto con las lesiones, el robo y ya en menor grado, con la profanación de cadáveres, debido a que como ya lo hemos mencionado, el trasplante debe realizarse como máximo dentro de las 24 horas posteriores al fallecimiento.

(71) Strilzer, Germán. Op. Cit.
pp. 1 y 2

CONCLUSIONES.

- PRIMERA.** El retiro de órganos sólo podrá realizarse con fines terapéuticos y sólo se llevará a cabo en los establecimientos autorizados por la Secretaría de Salud. Proponiéndose que la ley agregue el requisito de contar con las instalaciones y equipo idóneos para este tipo de cirugía, así como, de personal calificado.
- SEGUNDA.** La substitución de un órgano enfermo por uno sano (trasplante), sólo podrá practicarse con métodos terapéuticos que hayan sido practicados. No se experimentarán nuevas técnicas aún no utilizadas en seres humanos.
- TERCERA.** Tanto el disponente vivo, como el receptor tendrán que estar suficientemente informados sobre el riesgo de la operación y sus consecuencias.
- CUARTA.** El consentimiento para el trasplante entre vivos sólo podrá otorgarse por escrito, mismo que podrá ser revocado en cualquier momento hasta antes del trasplante. Tratándose de donación para después de la muerte, se hará por medio de testamento.

- QUINTA.** El consentimiento del disponente originario no podrá revocarse en ningún momento por los disponentes secundarios, por tanto, esta deberá manifestarse en vida o a través del testamento.
- SEXTA.** Está prohibido el trasplante de órgano único y no se permitirá retribución alguna por los órganos trasplantados.
- SEPTIMA.** Tratándose de disponente originario, sólo se permitirá la donación hecha por mayores de 18 años, salvo lo dispuesto en el artículo 15, parte in fine, del Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.
- OCTAVA.** Existe dificultad para encontrar donadores de órganos, ello obedece principalmente a la falta de información.
- NOVENA.** Debido a la escasez de donadores, el secuestro de niños para la extracción y venta de órganos se ha incrementado, no sólo en México, también en toda América Latina.

- DECIMA.** No existe disposición específica en nuestra legislación penal que tipifique el tráfico de órganos, por lo que debe establecerse un tipo penal.
- DECIMO PRIMERA.** Las lesiones y el tráfico de órganos son dos delitos distintos y cuando ambos se dan, existe un concurso ideal de delitos.
- DECIMO SEGUNDA.** En el caso del robo y el tráfico de órganos, siendo delitos distintos, lo que se da es un conflicto aparente de normas, ya que en ambos tipos penales existe un "apoderamiento".
- DECIMO TERCERA.** Con respecto a la profanación de cadáveres y el tráfico de órganos, debe crearse un tipo complejo en la Ley General de Salud.
- DECIMO CUARTA.** Es necesario que la Ley General de Salud esclarezca que no sólo se pretende regular el trasplante con cadáveres, sino también entre vivos.

BIBLIOGRAFIA.

Balestra Fontán, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Parte General
T. I, Buenos Aires.
Ed. Abeledo Perrot, 1966.
523 pp.

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles
2a. Ed., México.
Ed. Harla, S.A. de C.V., 1983.
621 pp.

Bergoglio de Brower, María Teresa y Bertoldi de Fourcadi, María Virginia.
Trasplantes de Organos
Ed. Hammurabi, 1983.
Buenos Aires

Borell Macia, Antonio. La persona humana. Derecho sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres.
Ed. Bosch Casa Editorial, 1954.
Barcelona.
143 pp.

Cárdenas, Raúl F. Derecho Penal Mexicano
2a. Ed., T. I, México
Ed. Jus, 1982.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General
T. I, México.
Ed. Antigua Librería Robledo, 1965.
303 pp.

Cristobal Montes, Angel. La donación con reserva de disponer
Juan Vallet Goytisoló [prol.]
Ed. Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1971.
Caracas, Venezuela.
188 pp.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial
Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández
14a. Ed., Vol. II, Barcelona
Ed. Bosch, 1976.
1062 pp.

Goldstein Mateo, Ossorio y Florit, Manuel. Código Civil y Leyes
Complementarias Anotadas y Comentadas. OMEBA
T. II, Argentina
Ed. Bibliográfica, 1963.

Gomís, José y Muñoz, Luis. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Derechos
Reales.
T. II, México
Ed. José Gomís, 1943.
584 pp.

Grosvenor, Gilbert M. et. al. National Geographic Magazine.
Vol. 180, No. 3, Washington, D.C.
national Geographic Society, September, 1993.
132 pp.

Haggard, Howard W. El médico en la historia.
María Luisa de Ayala [traduc.]
5a. Ed., Buenos Aires.
Ed. Sudamericana, 1962.
401 pp.

Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tutela penal de la vida e
integridad humana.
7a. Ed., T. II, México
Ed. Porrúa, S.A., 1986.
342 pp.

Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. La tutela penal del
patrimonio.
6a. Ed., T. IV, México
Ed. Porrúa, S.A., 1986.
409 pp.

Kountz L., Samuel. Cirugía. Manual de preguntas y respuestas
Dr. Victor de la Garza [traduc.]
Ed. Interamericana, S.A. de C.V., 1981.
México
184 pp.

Maggiore, Guiseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Delitos en particular
Vol. III, Bogotá
Ed. Temis, 1955.
450 pp.

Pavón Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial
5a. Ed., México
Ed. Porrúa, S.A., 1985.
369 pp.

Porte Petit Candaudap, Celestino. Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal.
9a. Ed., México
Ed. Porrúa, S.A., 1992.
498 pp.

Pothier. Tratado del contrato de venta
D. Manuel Deó [traduc.]
T. V, Barcelona
Ed. Juan Llordachs, 1800.
384 pp.

Quiroz Cuarón, Alfonso. Medicina Forense
5a. Ed., México
Ed. Porrúa, S.A., 1986
1123 pp.

Reinader, Antonio. Moral profesional
2a. Ed., Madrid
Ed. Católica, S.A., 1968.

Striltzer, Germán. Evaluación clínica del riesgo en cirugía general.
Dr. mario Suldoti [prol.]
Ed. Médica Panamericana, S.A., 1974.
México
1100 pp.

LEGISLACION.

Secretaría de Gobernación. Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales sobre los delitos de Fuero Común y para toda la República Mexicana sobre delitos contra la Federación de 1871.

Arreglada por Genaro García
Ed. Herrero Hermanos, 1900.
México

Secretaría de Gobernación. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.

Edición Oficial
Ed. Talleres Gráfico de la Nación, 1929.
México

Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1931.

Ed. Berbera Editores, S.A. de C.V., 1991.
México

Ley General de Salud

7a. Ed., México
Ed. Porrúa, S.A., 1991.
1102 PP.

Diario Oficial de la Federación

Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos
T. CDXXXI, No. 8, México, D.F., Jueves 10 de Agosto de 1989.
112 pp.

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Revista Mexicana de Derecho Penal.

Ed. Cuarta Epoca, No. XX
Abril-Junio de 1967.

Periódico Novedades. Sábado 30 de mayo de 1992. Sección C. Medicina y Salud. La inmunodepresión y la compatibilidad de tejidos son clave para el éxito de los trasplantes.

Programa transmitido por canal de los Angeles California sobre la Asociación "Regalo de Vida", dirigido por la Doctora Lily Barba, directora de la asociación y especialista en trasplantes.

Revista "Semanario Rotativo" del día 7 de agosto de 1990. Artículo de Jorge Figueroa sobre el incremento en el secuestro de niños para extraerles órganos.

JURISPRUDENCIA.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Vol. LII, Segunda Parte

Ed. Sexta Época

A.D. 3611/1961. Plinio, Santiago Musso. Octubre 26 de 1961. Mayoría de 3 votos. Ponente: Maestro González Bustamante. Primera Sala

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Vol. XV, Segunda Parte

Ed. Sexta Época

A.D. 21341/57. Dolores Avalos. 5 Votos

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Vol. XXXVIII, Segunda Parte

Ed. Séptima Época

A.D. 2647/71. Jonás Treviño Ortega. Mayoría de 4 Votos.