



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

FALLA DE ORIGEN

“EL ARTICULO 461 DE LA LEY GENERAL DE SALUD
Y SU PROPUESTA DE REFORMAS”

T E S I S

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

RICARDO GURAIEB MUSI



México, D. F.

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	PAG.
CAPITULO I. DELITO DE TRAFICO DE CADAVERES Y ORGANOS	
1.1 EL TIPO	1
1.2 ELEMENTO DEL TIPO	7
1.3 CLASIFICACION DEL TIPO	14
CAPITULO II. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y CONSECUENCIAS DEL DELITO DE TRAFICO DE CADAVERES Y ORGANOS	
2.1 ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO	21
2.1.1 CONDUCTA	21
2.1.2 ANTIJURICIDAD	31
2.1.3 IMPUTABILIDAD	35
2.1.4 CULPABILIDAD	37
2.2 CONSECUENCIA JURIDICA DEL DELITO DE ESTUDIO	39
2.2.1 PUNIBILIDAD	39
2.2.1.1 CODIGO PENAL VIGENTE	42
2.2.1.2 NUEVA LEY GENERAL DE SALUD	43
2.2.1.3 LEY Y REGLAMENTO DE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS	44
2.2.1.4 CODIGO PROCESAL PENAL	46
2.2.1.5 JURISPRUDENCIA	47
2.2.2 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	48

	PAG.
CAPITULO III ESTUDIO DE LA PERSONALIDAD	
3.1 INICIACION DE LA PERSONALIDAD	50
3.2 EXTINCION DE LA PERSONALIDAD	55
3.3 LA MUERTE DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PRUEBA	59
3.4 TRAMITE DEL CERTIFICADO DE DEFUNCION	60
3.5 MOMENTO DE LA MUERTE	61
3.6 EFECTOS DE LA MUERTE	63
3.7 FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN LA PROTECCION JURIDICA DE LA VIDA	65
CAPITULO IV DERECHO A LA VIDA Y LA EXTINCION DE ESE DERECHO	
4.1 MOMENTO EN QUE SE GENERA EL DERECHO A LA VIDA Y LA EXTINCION SOBRE ESE DERECHO.	66
4.2 DERECHO SOBRE EL CADAVER	67
4.3 NATURALEZA JURIDICA DEL CADAVER	78
4.4 CONTRATOS RELATIVOS AL CADAVER Y ORGANOS DEL HOMBRE	80
4.5 DETERMINACIONES MEDICO LEGALES	92
4.6 BARRA DE ABOGADOS	106
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFIA	114

CAPITULO I

DELITO DE TRAFICO DE CADAVERES Y ORGANOS

1.1 EL TIPO.

El delito cuyo estudio dogmático se inicia en el presente capítulo, se describe en la Ley General de salud en los términos siguientes:

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

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

Debe tenerse presente de que, no obstante que en el precepto transcrito se hace referencia a la Secretaría de Salubri -

dad y Asistencia, la misma se entiende hecha a la Secretaría de Salud, de conformidad con el artículo segundo transitorio del decreto por el que se reformó y adicionó la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado en el "Diario Oficial" de fecha 21 de enero de 1985.

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, en la fracción IV de su artículo 100, establece que requiere permiso sanitario, entre otros actos, el traslado de cadáveres de una entidad federativa a otra o al extranjero. Para la obtención de dicho permiso deberá presentarse el certificado de defunción así como el comprobante de embalsamamiento, además de proporcionarse información sobre la vía aérea, marítima o terrestre que se utilizará y el destino final que se dará al cadáver, (Artículo 104). Deberá exhibirse solicitud firmada por el interesado en la que consten, los citados datos y a la que acompañarán los documentos antes mencionados, al igual que la demás información administrativa que determine la Secretaría de Salud, (Artículo 115).

Es de extrañar que en el citado Reglamento no se señalen los requisitos que deban satisfacerse, para obtener el permiso sanitario que autorice la salida del territorio mexicano de órganos o tejidos de seres humanos vivos.

En concordancia con su artículo 461, la Ley General de Salud, en el numeral 333, establece:

"Los órganos y tejidos de seres humanos, incluyen a la sangre y hemoderivados, no podrán internarse o salir del territorio nacional sin permiso previo de la Secretaría de Salud..."

Los órganos y tejidos de seres humanos, incluyendo la sangre, en ningún caso serán objeto de exportación y únicamente podrán salir del territorio nacional con permiso de la Secretaría de Salud". (1)

De esa manera, sacar o pretender sacar del territorio nacional dichas partes corporales, sin el mencionado permiso, da lugar a la comisión del delito contemplado en el primero de los citados artículos.

Delito diverso, aunque relacionado con el que motiva la presente tesis profesional, es el descrito en el artículo 459 de la referida Ley General de Salud, que a la letra dice:

(1) Ley General de Salud. p. 65

"Al que por cualquier medio pretenda sacar o saque del territorio nacional sangre humana, sin permiso de la Secretaría de Salud, (2) 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...".

La sangre humana, como ha quedado establecido en páginas anteriores, (3) es un tejido; así al establecer como delito el señalado en el artículo 459 del mencionado ordenamiento, el legislador no hizo otra cosa sino fijar una penalidad más agravada que la que corresponda a quien pretenda sacar o saque ilícitamente de nuestro país, órganos o tejidos humanos distintos al fluido sanguíneo.

Por último, la fracción II del artículo 462 de la Ley General de Salud, señala como delincuentes "Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre, y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos..." Lo anterior obliga a destacar el hecho de que el tráfico o exportación ilícita de órganos o tejidos humanos, a que se refiere el artículo 461 de la mencionada Ley debe realizarse con cualquier fin diverso al de comerciar con esas partes corporales, ya que si -

(2) Idem.

(3) Vid. supra. p. 22.

no ocurriese de esa manera aparecería la figura jurídica del concurso, por actualizarse ambas infracciones penales.

Comprobada la existencia de una conducta humana, deberá-buscarse si se adecúa a alguno de los tipos contenidos en la legislación penal.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad; el primero, antecedente o presupuesto del delito, (4) "...es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito..." (5) o dicho de otra manera, es "... la abstracción concreta de lo injusto recogido y descrito en la ley penal". (6)

La tipicidad, en cambio, constituye uno de los elementos del delito, (7) y "...es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador..." (8)

(4) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal - Mexicano, 7ª. edición Edit. Porrúa, S.A. México, 1985. p.289

(5) Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. 10ª. edic. Edit.- Sudamericana, Buenos Aires, 1980. p. 235.

(6) Folchi, Mario O. La importancia de la tipicidad en el Derecho Penal. Roque De palma Edit. Buenos Aires, 1960. p. 22.

(7) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. p. 289.

(8) Castellanos, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 20ª. Edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. p. 168.

"... la adecuación de la conducta concreta al tipo legal-concreto..." (9)

Una conducta se adecúa a un tipo cuando los diversos elementos que la forman quedan abarcados por éste de manera plena y directa. (10)

Por esa adecuación, y una vez que concurren los restantes elementos del delito, la conducta se hace merecedora de pena; no ocurrirá esto si la acción u omisión desplegadas, por -antijurídicas o culpables que sean, no son incluibles en alguno de los tipos establecidos por el legislador. (11)

Es de afirmarse que el delito sujeto al presente estudio-dogmático, encuentra su tipo o descripción legal en el artículo 461 de la Ley General de Salud, transcrito en páginas anteriores. (12) Existirá la respectiva tipicidad o adecuación típica, cuando la conducta desplegada por el agente tenga plena -coincidencia con el comportamiento descrito en dicho precepto.

(9) Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 14ª. edic. Editorial Porrúa.S.A. México, 1982. p. 407.

(10) Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. I. 5ª. - edic. Edit. Porrúa, S.A. México, 1985, p. 300

(11) Cfr. Beling, Ernest Von. La doctrina del delito-tipo. Traducción del alemán por el Dr. Sebastián Soler. Edit. Depalma, - Buenos Aires, 1994. p. 4.

(12) Vid. supra. p. 30.

1.2 ELEMENTOS DEL TIPO.

Se reconocen como elementos del tipo, los siguientes:

a) El presupuesto de la conducta, (13) que el tipo - contenido en el artículo 461 de la Ley General de Salud consiste en el sacar o pretender sacar ilícitamente del territorio mexicano órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos, vivos o cadáveres.

En algunos tipos se requiere que con la conducta concurren referencias de carácter temporal, especial, (14) o relacionadas con los medios comisivos.

Hay referencia especial en el delito de allanamiento de morada, previsto por el artículo 285 del citado ordenamiento, ya que la conducta, para integrarlo, debe desplegarse en "un departamento, vivienda, aposento, o dependencia de una casa-habitada". Por último, en algunos casos la ley exige el em -

(13) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, I. 9ª. Edic. Editorial Porrúa. S.A. México, 1984. p. 431.

(14) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 277.

pleo de determinado medio comisivo sin el cual la conducta no -- puede integrarse; (15) así acontece, por ejemplo, con el delito de violación contemplado en el artículo 265 de nuestra Ley Penal, en el que el agente debe tener la cópula con el sujeto pasivo "por medio de la violencia física o moral".

En el tipo delictivo reseñado en el artículo 461 de la Ley General de Salud, no existen referencias de carácter temporal ni en cuanto a los medios comisivos; la conducta del agente puede ser desplegada en cualquier tiempo y empleando cualquiera de éstos. Existe, en cambio, una referencia especial: los órganos o tejidos de seres humanos vivos o de cadáveres han de ser sacados o pretenderse sacar, sin el permiso respectivo, -- "del territorio nacional".

b) El sujeto activo y el sujeto pasivo. El hombre es el único que puede ser sujeto activo del delito, (16) por tal se entiende a "... la persona física que causa el resultado". (17) Este elemento, "mencionado en los tipos"... por medio de una abstracción: 'el que haga esto' o 'el que omita aquello' - ..." (18) en ocasiones y por exigencias legales debe reunir -

(15) Ibidem. p. 277 y 278,

(16) Cfr. Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal. Editorial Botas. México, 1940. p. 64.

(17) Cárdenas, Raúl F. Derecho Penal Mexicano. 3ª. Edic. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. p. 33.

(18) Folchi, Mario O. Op. Cit. 61.

ciertas características en cuanto a la calidad (19) y al número. (20)

En cuanto al número, puede citarse el caso del delito de asociación delictuosa en el que deben concurrir, por lo menos, tres sujetos activos.

"Por sujeto pasivo del delito se entiende a la persona titular del derecho violado, de donde resulta que sólo puede tener tal carácter:

1. El hombre,
2. Las personas Morales,
3. El Estado y
4. En cierta clase de delitos, la colectividad". (21)

Aunque generalmente coinciden en la misma persona las calidades de sujeto pasivo y de ofendido, uno y otro no son lo mismo; éste es quien resiente el daño causado por el delito, mientras aquél es el titular del bien jurídico protegido por la norma y que resulta violada como consecuencia del ilícito; en el homicidio, por ejemplo, sujeto pasivo es el individuo al que privó de la vida en tanto que los ofendidos son los familiares -

(19) Cfr. Franco Sodi. Op. Cit. p. 65.

(21) Franco Sodi, Carlos. Op. Cit. p. 70.

(20) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 441

del difunto. (22)

En ocasiones la ley exige una determinada calidad en el sujeto pasivo; (23) así acontece en el delito de estupro en el que el sujeto pasivo sólo puede serlo la mujer menor de dieciocho años casta y honesta.

Los muertos no pueden ser sujetos pasivos de delito alguno, por no ser titulares de bienes jurídicos; en los atentados contra ellos que constituyen delitos, serán sujetos pasivo la sociedad o los familiares del difunto. (24)

De lo antes expuesto, es de concluir que sujeto activo del delito objeto del presente trabajo puede serlo cualquier persona, sin importar su calidad y sin que sea necesaria para su comisión la concurrencia de algún otro sujeto; así se desprende de la fórmula "al que saque o pretenda sacar" contenida en el artículo 461 de la Ley General de Salud.

En cuanto al sujeto pasivo, lo serán la sociedad y los parientes del difunto, si los órganos o tejidos que son exportados ilícitamente son obtenidos del cadáver de este último; si dichas estructuras corporales se obtienen de un ser humano vivo,

(22) Cfr. Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 152.

(23) Ibidem. p. 70

(24) Ibidem. p. 172.

que consiente en su tráfico legal, sujeto pasivo lo será la colectividad y si, por último, aquellas partes del cuerpo humano han sido separadas sin consentimiento del individuo, o con su voluntad pero sin su deseo que salgan sin permiso de nuestro país, en tales casos sujeto pasivo de la infracción penal lo serán el propio individuo, además de la sociedad. En cada una de las anteriores hipótesis, el sujeto pasivo coincide con el ofendido.

c). Los objetos. "En la doctrina se distingue entre objeto jurídico y objeto material. Por el primero entendemos el bien jurídico tutelado a través de la Ley Penal mediante la amenaza de sanción; puede decirse que no hay delito sin objeto jurídico, por constituir este su esencia. El objeto material es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aún cuando en ocasiones este último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito". (25)

Es de estimar que en el delito a que se refiere al presente tesis profesional se tutelan los siguientes bienes jurídicos: el respeto debido a la memoria de los seres humanos que han muerto, la dignidad e integridad humanas, así como la salud pública. El objeto material en esta infracción penal lo son los ór-

(25) Ibidem. p. 175.

ganos o tejidos de seres vivos o de cadáveres, que son sacados o se pretende sacar de nuestro país, sin el permiso que deba obtenerse de la Secretaría de Salud.

d). Elementos normativos, que son los que implican --- "... una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico". (26)

Los elementos propiamente normativos se expresan con calificativos como "ilícitamente", "sin estar autorizado por la ley", "sin autorización del gobierno", (27) "sin satisfacer los requisitos fijados por las normas" (fracción I del artículo 197 del Código Penal para el Distrito Federal) "sin satisfacer todos los requisitos legales" (fracción I del artículo 214 de la citada Ley Penal), entre otros. Como podrá apreciarse, el legislador es redundante al colocar expresamente en el tipo la referencia a lo injusto, pues se entiende que los tipos penales no describen conductas que no sean antijurídicas. (28)

(26) Ibidem. p. 278

(27) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis Op. Cit. p. 257

(28) Cfr. Folchi, Mario O. Op. Cit. p. 71

En el delito contemplado por el artículo 461 de nuestra ley sanitaria federal, la expresión "sin permiso de la Secretaría de Salubridad y Asistencia". (29) es un elemento normativo con valoración jurídica; el juzgador deberá apreciar si el individuo sacó o pretendió sacar de nuestro suelo patrio, órganos o tejidos humanos, contando o no, con el citado permiso.

e) Elementos subjetivos del injusto, que son referencias a la voluntad del agente o al fin que persigue: (30) pertenecen a lo interno del autor; sus representaciones, sus propósitos, etc., (31) y se ilustran con conceptos tales como "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito", entre otros, de uso muy frecuente en la descripción de las figuras típicas (artículos 260, 267, 323, etc., de nuestro Código Penal).

La infracción penal que da base al presente trabajo profesional no contiene elemento subjetivo del injusto alguno; para el derecho carece de relevancia el propósito o fin que persiga el agente, al momento de llevar a cabo la exportación ilícita de órganos o tejidos humanos.

(29) Debe entenderse "...Secretaría de Salud". Vid. Supra. p.30

(30) Cfr. Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 176.

(31) Cfr. Beling, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal. Traducción del alemán por el Dr. Sebastian Soler. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944. p. 52

1.3 CLASIFICACION.

Los tipos se clasifican:

Fundamentales o básicos, que son aquellos que, por sus elementos integrantes, son la esencia o fundamento de otros tipos; (32) constituyen la médula (33) o espina dorsal del sistema de la parte especial del Código Penal, (34) pudiendo citarse como ejemplos de ellos, el homicidio, el robo, y el fraude, descritos en los artículos 302, 367 y 368 del Código Penal para el Distrito Federal, respectivamente.

Tipos autónomos o independientes, es decir, los que tienen vida o existencia propia, sin depender de algún otro, como los tipos de robo simple (35) y de homicidio.

Tipos especiales, que son aquellos en los que se mantienen los caracteres del tipo básico, a los que se añade alguna otra peculiaridad o característica, cuya nueva existencia excluye la aplicación de éste y subsume los hechos bajo el tipo especial, tal y como sucedía con el infanticidio. (y ya no existe)

(36)

(32) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 282.

(33) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. p. 259.

(34) Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. p. 254.

(35) Cfr. Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 172.

(36) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. p. 259.

Tipos complementados y subordinados, que son los que se integran con el tipo básico, al cual se suman nuevos elementos, quedando subordinados a este y funcionando siempre relacionados al tipo fundamental del cual se forman. (37) Ejemplos de estos tipos son los que corresponden al homicidio calificado por premeditación, alevosía, etc., o bien el producido en riña o duelo.

Tanto los tipos especiales como los complementados o subordinados, pueden ser agravados o privilegiados, según resultan un delito de mayor o menor entidad. El parricidio era un tipo especial agravado por tener una sanción más severa, mientras el infanticidio fue especial privilegiado por castigarse con menos energía, en relación al básico de homicidio. El homicidio calificado es complementado agravado, mientras el producido en riña o duelo es complementado privilegiado. (38)

Tipos simples y complejos. Los primeros son los que tutelan un sólo bien jurídico, como el tipo de homicidio mientras que en los segundos, llamados también compuestos, se tutelan dos o más bienes jurídicos; así como ocurre con el reseñado en el artículo 397 de nuestro Código Penal, en el que se protege jurídicamente no sólo el patrimonio frente a los daños que pue -

(37) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 285.

(38) Cfr. Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 171 y 172.

dan afectarle, sino también la seguridad pública ante los estragos que pudiesen causarse mediante incendio, inundación o explosión. (39)

Tipos de formulación amplia y casuística. Los segundos son aquellos en los que se describen varias formas de ejecutar el delito, pudiendo ser alternativa o acumulativamente formados; en aquéllos se prevén dos o más hipótesis comisivas, colmándose el tipo con cualquiera de ellas, como en el adulterio, en que se precisa que sea realizado en el domicilio conyugal o con escándalo; en los acumulativamente formados se requiere de la concurrencia de todas las hipótesis, como en el tipo de vagancia y malvivencia, en que se exigen dos circunstancias; que el sujeto no se dedique a un trabajo honesto sin causa justificada y -- que tenga malos antecedentes. Los tipos de formulación amplia, en cambio, son aquellos en los modos de ejecución, como el apoderamiento en el robo. (40)

Tipos normales y anormales. Los primeros son aquellos que incluyen palabras que se refieren a situaciones objetivas, como el privar de la vida a otro, en el homicidio; en los segundos se hace necesario establecer una valoración jurídica o cultural, como en el estupro. (41)

(39) Cfr. Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit. p. 258-259.

(40) Cfr. Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 172.

(41) Ibidem. p. 170.

Tipos de daños y de peligro. Si el tipo protege los--- bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño (homicidio, fraude); de peligro cuando la - tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (disparo de arma de fuego, omisión de auxilio). (42)

En orden al tipo, el delito sujeto al presente estudio - dogmático es: autónomo o independiente, ya que tiene vida propia y no depende de algún otro, complejo o compuesto toda vez - que tutela más de un bien jurídico (el respeto debido a la memoria de los seres que han muerto, la dignidad e integridad humanas, así como la salud pública); de formulación casuística alternativamente formado, ya que en él se escriben dos formas de ejecutar el delito ("sacar" o "pretender sacar"), colmándose el tipo con cualquiera de ellas; anormal, por cuanto incluye - un elemento normativo con valoración jurídica, de daño, ya que tutela los bienes jurídicos antes citados frente a su destrucción o disminución.

Se distingue en la doctrina entre ausencia de tipo y de - tipicidad; la primera existe cuando el legislador, inadvertida o deliberadamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser considerada como delito. (43)

(42) Ibidem. p. 172 y 173.

(43) Ibidem. p. 175.

"La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descriptiva en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primero, de la famosa máxima "nullum crimen, nulla poena --- sine lege", que técnicamente se traduce 'no hay delito sin tipicidad'. (44)

La ausencia de tipicidad, en cambio, surge cuando existe el tipo, pero no se amolda en él la conducta desplegada por el sujeto; (45) el comportamiento humano concreto no encuentra perfecta adecuación en la descripción hecha en la ley por -- estar ausente alguno o algunos de los requisitos que constituyen el tipo. (46)

La atipicidad puede presentarse por la ausencia del presupuesto de la conducta, de las calidades de los sujetos activos o pasivo requeridas por el tipo, de los objetos jurídico y material, de las modalidades de la conducta (de referencias temporales, espaciales o de los medios empleados), o bien por ausencia de los elementos normativos y subjetivo del injusto. (47)

(44) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. p. 263.

(45) Cfr. Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 174.

(46) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. p. 290.

(47) Cfr. Porte Petit, Candaudap. Op. Cit. P. 478.

En la infracción penal que es objeto del presente trabajo, puede existir atipicidad por ausencia del presupuesto de la conducta, por no darse la referencia espacial (cuando los órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o de cadáveres, no son sacados o no se pretende sacarlos del territorio nacional), por inexistencia del objeto material (como ocurriría si se sacaran o se pretendieran sacar de nuestro país objetos diversos a aquéllas partes del cuerpo humano), o bien, por contar el agente, al momento de efectuar la exportación de esas estructuras corporales, con el respectivo permiso expedido por la Secretaría de Salud.

En orden al tipo el artículo 461 de la L.G.S. es:

Anormal porque contiene factores que requieren de valoración jurídica, es decir, "al que saque o pretenda sacar del territorio nacional"; es autónomo ya que no requiere de otro tipo penal para su existencia; es casuístico porque hay varias formas de ejecutarlo el ilícito que dentro de éstos mismos concluimos que es alternativamente forma porque describe dos formas de ejecutar el delito "sacar" y "pretender sacar" y con cualquiera de estas se colma el delito; es complejo ya que tutela más de un bien jurídico como el respeto a la memoria de los muertos, la dignidad y la integridad humana y la salud pública; es de daño porque protege la disminución, o destrucción del bien que sería en este caso lo mencionado anteriormente.

Como sabemos que para que una conducta se considere delictiva, se necesita violar algún precepto legal, en concreto si no se realiza la conducta descrita en el artículo 461 del presente estudio, no habrá tipicidad. Pero dentro de este mismo comentario podemos añadir que la tipicidad se presentaría por una mera casualidad en el caso de que por ejemplo:

Por ausencia de referencia espacial (cuando los órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o de cadáveres, no son sacados ni se pretenda sacarlos del territorio nacional);

Por inexistencia del objeto material (que se sacaran del territorio nacional diversos objetos o cosas que requieran de ciertos cuidados que se puedan confundir con los que necesitan ciertas partes del cuerpo).

CAPITULO II

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS Y CONSECUENCIAS DEL DELITO DE TRAFICO DE CADAVERES Y ORGANOS.

2.1 ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO.

2.1.1 CONDUCTA

Para que exista el delito se requiere primero de una conducta humana, (1) esta es el primer elemento de aquel, (2)- y constituye la base en la que descansan los restantes elementos del mismo. (3) Sólo la conducta del hombre tiene relevancia para el Derecho Penal, pues es el único posible sujeto activo de las infracciones penales, dada su exclusiva capacidad de voluntariedad. (4)

Para dominar a este elemento material, externo o físico del delito se emplean los términos, acto, acaecimiento, muta-

-
- (1) Cfr. Carránca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, -- 14ª. edic. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. p. 261.
 - (2) Cfr. Cárdenas, Raúl F., Derecho Penal Mexicano, 3ª. edic.-- Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. p. 129.
 - (3) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la - Parte General de Derecho Penal, I, 9ª. Edic. Editorial Porrúa S.A. México, 1984. p. 289.
 - (4) Cfr. Castellanos, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal. 20ª. Edic. Editorial Porrúa, S.A. México, -- 1984. p. 149.

ción en el mundo exterior, hecho y conducta. (5) Así, el -- profesor Celestino Porte Petit, entre otros, prefiere emplear - las voces conducta o hecho, explicando que el primer término es adecuado para abarcar la acción y omisión, en tanto que el se- gundo es útil para designar los casos en que a la conducta le re cae un resultado material. (6)

Para Ernest Von Beling, el vocablo que mejor sirve para denominar a este elemento del delito es el de "acción", siendo esta "... un comportamiento corporal (fase externa, 'objetiva' de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (liber - tad de inervación muscular, 'voluntariedad'), (fase interna, - 'subjetiva positiva'), ello es un movimiento corporal, por e - jemplo levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya - en un 'no hacer' (omisión), ello es distensión de los múscu - los. (7)

Luis Jiménez de Asúa, al hacer uso de la voz 'acto', - dice que este es la "...manifestación de voluntad que, median - te acción, produce un cambio en el mundo exterior o que por no-

(5) Cfr. Porte petit Conadaudap, Celestino. Op. Cit. p. 282.

(6) Ibidem. p. 293.

(7) Beling, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal. Traducción - del alemán por el Dr. Sebastián Soler. Editorial Depalma. - Buenos Aires, 1944. p. 19 y 20.

llevar a efecto, lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda. (8) El acto, dentro del cual se comprende tanto la acción como la omisión, se compone, según el citado autor, de tres elementos:

a) manifestación de voluntad, b) resultado y c) relación de causalidad.

En fin, otros penalistas como Fernando Castellanos, prefieren la utilización de la palabra conducta ya que dentro de ella pueden incluirse tanto el hacer positivo como el negativo. (9) La conducta es así "... el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito". (10)

Entre la conducta y el resultado material debe existir una relación de causalidad, para que este pueda ser atribuido a un individuo. (11) "En la materia penal interesa tener esto presente, sin embargo, para la correcta imputación del hecho o daño típico a su verdadero agente productor y no a otras personas que pudieran señalar algunas apariencias externas". (12)

(8) Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. 10ª. edic. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980. p. 210.

(9) Cfr. Ibidem. p. 210 y 214.

(10) Cfr. Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 147

(11) Ibidem. p. 149.

(12) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 335.

En efecto, si dicha relación o nexa causal no existiera, "... el resultado aparecería como un acontecimiento totalmente - desligado del comportamiento del sujeto y sin relación alguna con él". (13)

En orden a la conducta los delitos se clasifican en: (14)

A) DELITO DE ACCION

Que es aquel que se realiza "... por un movimiento-positivo del hombre, como sucede al disparar contra un semejante o al pronunciar un discurso incitando a la rebelión. Forma la mayoría y van siempre contra una ley prohibitiva". (15)

B) DELITO DE OMISION

Es decir, aquel en que la conducta consiste en una inactividad, en un no hacer voluntario. Así ocurre con el delito señalado en el artículo 182 de nuestra Ley Penal, por el -- que se sanciona al "... que, debiendo ser examinado en juicio - ..., se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar...".

C) DELITOS MIXTOS DE ACCION Y DOBLE OMISION

Son aquéllos cuyo tipo requiere de un hacer y de una-

(13) Villalobos, Ignacio. Op. Cit. P. 234.

(14) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, I, 5ª. Edi. Editorial Porrúa, S.A. México 1985. p. 173 y 174.

(15) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino. Op. Cit. p. 271 a - 278.

doble omisión, (16) como por ejemplo el contenido en el artículo 229 del Código Penal para el Distrito Federal, por el -- que se sanciona a los médicos que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un enfermo, lo abandonen - en su tratamiento sin causa justa y sin dar aviso a la autoridad.

D) DELITOS DE DOBLE ACCION O DOBLE CONDUCTA

Es decir aquéllos que se forman con la combinación de acciones de significado diverso. (17) Así acontece con el delito regulado en la fracción I del artículo 250 de nuestro Código Penal, por el que se castiga a quien, sin ser funcionario - público, se atribuya esa calidad y además ejerza alguna de las funciones propias de aquel.

E) DELITOS MIXTOS DE ACCION Y DE OMISION O DE HECHO COMPLEJO.

Son aquellos en que la conducta está constituida de acción positiva y de omisión. (18) Ejemplo de estos delitos, en --

(16) Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 254.

(17) Idem.

(18) Cfr. Porte Petit Candaudap. Celestino Op. Cit. pa. 373.

los que se exige un hacer y un no hacer, es el contemplado por la fracción IV del artículo 387 de nuestro ordenamiento punitivo en cualquier comercio sin pagar el respectivo importe.

F) DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES

"El delito es un unisubsistente cuando la acción se agota en un sólo acto; es plurisubsistente cuando la acción requiere, para su agotamiento, de varios actos. El acto dispositivo en el abuso de confianza integra la acción por ser tal delito de acto único; en el homicidio se puede privar de la vida mediante varios actos, pero también con un sólo acto". (19)

G) DELITO HABITUAL O DE CONDUCTA PLURAL

Está formado de acciones repetidas de la misma especie, - las que por sí mismas no constituyen delito. (20) Así ocurriría con el ilícito previsto en la fracción I del artículo 171- de nuestra Ley Penal, por el que se sancionaba a los que violan, "... dos o más veces los reglamentos o disposiciones sobre tránsito y circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso-

(19) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit. p. 233

(20) Cfr. Porte Petit Caudaudap, Celestino. Op. Cit. p. 378.

de velocidad..."

Lo expuesto hasta aquí, permite concluir que el ilícito - a que se refiere el artículo 461 de la Ley General de Salud, - es un delito de acción. Se trata además de una infracción pe - nal en la que la acción que integra la conducta se agota en un - sólo acto (unisubsistente), aunque es dable que su agotamiento se efectúe a través de varios actos (plurisubsistente).

En el delito contemplado por el artículo 461 de la Ley - General de Salud, es dable la existencia de cualquiera de los - supuestos de ausencia de conducta.

Sirvan de ejemplos, para ilustrar lo antes mencionado, - las siguientes situaciones: un individuo, encontrándose cami - nando junto a alguna de nuestras líneas fronterizas y llevando - consigo un paquete en el que se contienen órganos o tejidos huma - nos, los que pretende trasladar de una a otra entidad federati - va de nuestro país, al sufrir su cuerpo una fuerza física exte - rior irresistible, consistente en ser empujado por otro, o -- bien al ejercerse sobre él una fuerza mayor como un movimiento - sísmico que le obliga a cambiar el rumbo de sus pasos, traspasa nuestra frontera nacional de aquellas partes corporales. Caso - semejante sería el que se presentaría cuando el sujeto antes men - cionado, por consecuencia de un acto reflejo, arrojase su car - ga fuera de nuestro país, sacando así de México esos órganos o -

tejidos humanos.

En cualquiera de los ejemplos antes referidos es fácil apreciar que, no obstante que se despliega una actividad humana, en ella no concurre la voluntad y por lo mismo no puede hablarse jurídicamente de una conducta, motivándose la inexistencia del delito por ausencia de ella.

En el artículo en estudio, podemos concluir que sólo puede producirse mediante acción es decir, por medio de un movimiento o un actuar positivo; se lleva a cabo cierta conducta para llegar a un resultado, y así concluir y completarse el delito.

De dicho precepto se desprenden como acciones lo que se menciona en el primer párrafo, al que "saque" o "pretenda sacar" del territorio nacional conductas que como sabemos requieren de un hacer, siendo por lo tanto imposible que las mismas se lleven a cabo por una omisión.

Por lo que corresponde al resultado, este delito produce un resultado material, ya que con su consumación en el mundo exterior se ve modificado en cuanto son sacados o se pretendió sacar los órganos y los tejidos del territorio nacional.

Entre la conducta desplegada por el agente que consiste en sacar o pretender sacar los órganos y tejidos de seres huma -

nos vivos o cadáveres, y el resultado, debe existir un nexo causal, y así poder atribuir jurídicamente la conducta a un sujeto, es decir al que la realiza.

Ahora bien, partiendo de cada elemento positivo contiene su aspecto negativo, es decir la ausencia de la conducta, que en este precepto no es aplicable ninguna causa que excluye la conducta, ya que tendría que llegar a pensarse en situaciones diversas que serían un tanto ficticias.

En relación con la clasificación de los delitos comenzaremos por mencionar en cuanto a la conducta:

Como ya se mencionó anteriormente el artículo 461 de la Ley General de Salud, es un delito de acción, pudiendo añadir, que es un delito unisubsistente en donde la infracción penal en la que la acción que integra la conducta se agota en un sólo acto, y además ser también un delito plurisubsistente cuando el agotamiento se efectúe a través de varios actos.

En cuanto al resultado el delito contemplado en el artículo 461 de la Ley General de Salud, es un delito instantáneo con efectos permanentes, ya que, al producirse la consumación, perduran los efectos y por lo tanto se destruye o disminuye el bien jurídico protegido que recae en este caso en el ser humano y el cadáver, perdurando los efectos en la sociedad.

Encontramos dentro de esta misma clasificación que el presente artículo es un delito material ya que puede haber un cambio en el mundo exterior, es decir, la conducta mencionada al que "saque" producirá el resultado objetivo; en tanto que es formal en donde se menciona... o "pretenda" sacar..., ya que no es necesario para su integración que se produzca un resultado externo. Es también un delito de daño, ya que lo produce en los intereses que jurídicamente están protegidos, que en nuestros preceptos serán los órganos, los tejidos y los cadáveres.

2.1.2 ANTIJURIDICIDAD.

Para que una conducta típica constituya un delito, es necesario que lesione o ponga en peligro un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la sociedad; no basta que la conducta coincida descriptivamente con el tipo legal, sino que se precisa que sea antijurídica, es decir, que esté en opción con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución.

La antijuridicidad, llamada también antijuricidad, ilegalidad, ilícita, entuerto o injusto, ha sido definida como... la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado...; ...la violación de las normas objetivas de valoración..., o bien, como ... lo contrario al Derecho". (21)

Al fondo, debajo o encima de cada tipo se halla la norma de cultura de que el precepto se nutre; el que priva de la vida a otro, no infringe el artículo 302 de nuestro Código Penal, sino que viola la norma de cultura que se traduce en "no matarás". (22)

(21) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. -- 14ª. Edic. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. p. 337.

(22) Ibidem. p. 338

Lo antijurídico implica un desvalor; es la negación del orden jurídico: aquello que, según los ideales éticos del hombre debe ser y sin embargo no es, por el triunfo de la conducta delictuosa sobre la norma penal. Si la actividad humana no está en contradicción con ésta, se hallará fuera de lo punible, la conducta que no lesione ni ponga en peligro un bien jurídico, no puede ser valorada como ilícita.

La antijuricidad presupone un juicio de valor acerca de la relación que existe entre el hecho realizado, y la norma penal que se lesiona; juicio que sólo recae sobre la conducta desplegada por el agente, sin tomarse en cuenta cualquier valoración de índole subjetiva (materia de la culpabilidad), por lo que la antijuricidad tiene carácter objetivo.

En la doctrina se afirma que la antijuricidad es formal, por cuanto se opone a la Ley del Estado, y material ya que afecta los intereses que dicha ley tutela; por lo general ambas especies van unidas, siendo una la forma y la otra el contenido de una misma cosa. (23)

La conducta tipificada en el artículo 461 de la Ley General de Salud debe ser ilegítima para que tenga relevancia para el Derecho Penal. En el delito sujeto al presente estudio dogmático habrá antijuricidad cuando, habiendo adecuación de la conducta a lo descrito por dicho precepto, no concurra alguna - (23) Cfr. Villalobos, Ignacio. Op. Cit. p. 258.

causa de licitud.

Las causas de justificación o de licitud, también llamadas justificantes o causas eliminatorias de la antijuridicidad, constituyen el aspecto negativo de esta. Al concurrir alguna de estas causas la conducta resulta realizada conforme al derecho, aún cuando pueda subsumirse a un tipo legal; no sólo no es negada la norma de cultura sino que, por el contrario es afirmada contra una negación actual. (24)

La única causa de justificación que puede concurrir, al desplegarse la conducta señalada en el artículo 461 de nuestra Ley Sanitaria Federal, es la del cumplimiento de un deber en su forma de obediencia jerárquica. Así ocurrirá en su caso, cuando un miembro del ejército recibiera, por ejemplo, la orden, procedente de uno de sus superiores jerárquicos, de sacar o pretender sacar del territorio mexicano órganos o tejidos humanos, careciendo del permiso necesario para ello, sin que el primero de los citados pueda inspeccionar dicha orden y tenga por el contrario el deber de obedecerla.

No es posible la concurrencia en este ilícito de la legítima defensa ni del estado de necesidad, toda vez que ningún --

(24) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Las causas que excluyen la incriminación. Talleres de Eduardo Limón. México 1944. p. 80.

bien jurídico pueda defenderse o salvarse al realizarse la expor
tación ilegal de aquellas partes del cuerpo humano.

Otro tanto puede decirse en cuanto al impedimento legíti-
mo, ya que en el artículo antes mencionado no se impone ningún-
deber que pueda dejarse de cumplir con apoyo en la ley.

2.1.3 IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es "... la capacidad del sujeto para --
querer y entender tanto la conducta como su resultado..." --
"... es la condición del delincuente que lo hace capaz de actuar
culpablemente, vale decir, con dolo o con culpa..."; o bien, -
es "... el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarro -
llo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, -
que lo capacitan para responder del mismo". (25)

La noción de imputabilidad precisa la capacidad de enten-
dimiento del sujeto, además de su facultad para querer la con -
ducta desplegada; el individuo debe tener la posibilidad de co-
nocer el carácter ilícito de su conducta y de realizarla de mane -
ra voluntaria. Esta capacidad de imputación se surte cuando el
agente, además de tener la edad mínima señalada en la Ley (18-
años), posee un desarrollo mental que le permite comprender la-
significación jurídica de su comportamiento, estando en posibili-
dad de mover libremente su voluntad para producirlo. (26)

Así pues, para que la conducta antijurídica tipificada -

(25) Núñez, Ricardo C. Derecho Penal Argentino, II. Bibliogra-
fía Omeba. Buenos Aires, 1960. p. 24.

(26) Cfr. Pavón Vasconcelos, Francisco. Lecciones de Derecho -
Penal. p. 129.

en el artículo 461 de la Ley General de Salud, tenga relevancia para el Derecho Penal, debe ser desplegada por un sujeto -- que posea capacidad de culpabilidad, es decir, que pueda entenderla y quererla.

La inimputabilidad es falta de capacidad de conocer y querer; incapacidad que puede derivar por no haber alcanzado el sujeto un determinado grado de madurez física y psíquica, o -- cuando su conciencia o voluntad están anuladas o perturbadas gravemente, de manera permanente o transitoria. A los inimputables, si son peligrosos o nocivos, respecto de ellos se adoptarán medidas de seguridad pero no se les aplicarán penas propiamente dichas. (27)

(27) Cfr. Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 4ª. Edi. Editorial Porrúa, S.A. México, 1983. p. 99.

2.1.4 CULPABILIDAD

"La culpabilidad es el resultado de un juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la Ley. O bien, "... el modo de comportamiento psíquico del autor del delito que fundamenta su responsabilidad penal desde el punto de vista personal y que está subordinado a su capacidad, a su saber y a su libertad de determinación". (28)

La culpabilidad reviste las siguientes formas o especies: - dolo y culpa -. La conducta ha de contener alguna de ellas, para hacer a alguien responsable a título culpable y constituir posible delito.

La mencionada infracción penal sólo se integra cuando el agente actúa con dolo, es decir, cuando dirige su voluntad consciente a su ejecución. Por las mismas razones, las únicas clases de dolo que pueden concurrir en la conducta del sujeto son: - directo, genérico, inicial y simple.

(28) Núñez, Ricardo C. Op. Cit. p. 21.

Es de estimarse que en el delito que da base al presente-trabajo, puede concurrir el error de derecho o de prohibición.

Así ocurrirá cuando un individuo, el que presenta extremo atraso cultural y aislamiento social, al ejecutar la conducta reseñada en el artículo 461 de la Ley General de Salud, sea objeto de un error invencible sobre la existencia de dicho precepto o de su alcance, en cuyo caso, sin eliminarse su responsabilidad, se hará merecedor a una pena atenuada, o incluso tratamiento en libertad, en los términos del artículo 59 bis, de nuestro Código Penal.

Igualmente cabe aceptar la posibilidad de que en el ilícito de referencia concorra el error accidental, en su modalidad de aberratio ictus, como en el caso de que el sujeto activo pretendiera sacar del territorio mexicano, sin el permiso necesario para ello, órganos o tejidos de un individuo vivo o de un cadáver determinado, y en virtud de aquél exportara o pretendiera exportar los pertenecientes a otro. En tal caso, como ha quedado establecido, el sujeto será penalmente responsable ya que dicho error no le habrá impedido conocer la ilicitud de su conducta.

2.2 CONSECUENCIA JURIDICA DEL DELITO DE ESTUDIO

2.1 PUNIBILIDAD

"La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena - en función de la realización de cierta conducta..." es "... la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social". (29)

No deben confundirse la punibilidad y la pena; aquélla es ingrediente de la norma, mientras esta es el castigo que el Estado impone legalmente al delincuente. Así, la pena ha sido definida como "... la reacción de la Sociedad o el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito..." es la "... consecuencia legal que tiene el delito para su autor, quien sólo debe sufrirla cuando se la impone el Estado por resolución de sus tribunales. (30)

(29) Cfr. Castellanos, Fernando. Op. Cit. p. 130.

(30) Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal. Ediciones-Botas, México, 1940. p. 113.

Al que incurra en la comisión del delito regulado por el artículo 461 de la Ley General de Salud, se le impondrá de uno a ocho años de prisión y multa por el equivalente de diez a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si el responsable es un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, a la pena anterior se añadirá la suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por cuatro años.

Si en la comisión de la infracción penal de referencia al igual que tratándose de cualquier otra de las que preve nuestra Ley Sanitaria Federal, participa un servidor público que preste sus servicios en establecimientos de salud de cualquier entidad estatal, actuando en ejercicio o con motivo de sus funciones, además de las penas a que se haga acreedor se le destituirá de su cargo, empleo, o comisión y se le inhabilitará para ocupar otro similar, hasta por un tanto igual a la pena de prisión impuesta, a criterio de la autoridad judicial (artículo 470 -- del mencionado ordenamiento).

En función de las excusas absolutorias no es posible la a plicación de la pena; constituyen el factor negativo de la puni bilidad. Son aquéllas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. No obstante que el delito está plenamente integrado, -- es decir, de que existe una conducta típica, antijurídica y --

culpable, la ley no impone sanción alguna, constituyéndose así un perdón legal. (31)

En el delito que da base a la presente tesis profesional, no se presente ninguna excusa absolutoria. Siempre que el agente produzca una conducta, que tenga plena coincidencia con el comportamiento descrito en el artículo 461 de la Ley General de Salud, sin que concurra alguna causa de licitud, siendo además culpable, aquél se hará merecedor de las sanciones señaladas en el inciso anterior.

(31) Cfr. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, I. 9ª. Edic.- Editorial Nacional, S.A. México, 1953. p. 254.

2.2.1.1 Código Penal vigente.

El título décimo noveno del Código Penal para el Distrito Federal, regula lo referente a los delitos contra la vida y la integridad corporal, de los artículos 288 al 301 habla de las lesiones, del 302 al 324 habla del homicidio y del 329 al 334 del aborto, sin embargo no dedica ningún apartado al delito objeto de nuestro trabajo.

2.2.1.2 Nueva Ley General de Salud.

La Ley General de Salud consta de 472 artículos, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de Febrero de 1984, en los artículos 455 al 472, se regulan lo referente a los delitos que contravienen lo dispuesto por dicha Ley Federal y en concreto el artículo 461 se refiere al delito de tráfico de cadáveres y órganos, base de esta tesis.

2.2.1.3 LEY Y REGLAMENTO DE LA COMISION DE DERECHOS
HUMANOS.

La Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue pu-
blicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Junio de-
1992, consta de 73 artículos, del 1º al 4 habla de disposi-
ciones generales, del 5 al 8 de la integración de la Comisión
Nacional de Derechos Humanos, del 9 al 16 del nombramiento y-
facultades del Presidente de la Comisión, del 17 al 20, de la
integración, nombramiento y facultades del Consejo, del 21 al-
22, del nombramiento y facultades de la Secretaría Ejecutiva, -
el 23 y 24 hablan del nombramiento y facultades de los visita-
dores.

Del 25 al 42 regulan lo relativo al Precedimiento ante -
la Comisión Nacional de Derechos Humanos, del 43 al 49 se ha-
bla de los acuerdos y recomendaciones autónomas; del 50 al 54-
de las notificaciones e informes, del 55 al 66, de las incon-
formidades; del 67 al 73, de las autoridades y los servidores
públicos.

El Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos
Humanos, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, -
el 12 de noviembre de 1992, consta de 174 artículos ; del 1º al-
14, se habla de disposiciones generales; del 15 al 29 de las

funciones de la Comisión Nacional; del 30 al 77; de los órganos y estructura administrativa de la Comisión Nacional, del 78 al 147 se habla del Procedimiento ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, del 148 al 171 de las inconformidades; del 172 al 174 de los informes anuales.

Definitivamente la Comisión Nacional de Derechos Humanos si tiene competencia en relación con este delito, en virtud de que el Derecho Humano más importante en la vida y cuando esta peligra, la CNDH puede intervenir cabalmente.

2.2.1.4 Código Procesal Penal.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales, contienen -- disposiciones relativas con el procedimiento en los casos de investigación y esclarecimiento de delitos contra la vida y obviamente en lo concerniente al delito objetivo de nuestra tesis se aplica de manera supletoria a la Ley General de Salud, en cuanto al procedimiento a seguir en caso de la comisión del delito - materia de este trabajo recepcional.

2.2.1.5 Jurisprudencia.

Después de llevar a cabo una investigación extensa en el máximo tribunal de nuestro país, no encontramos ninguna jurisprudencia relacionada con el tema de nuestra tesis, lo que nos permite suponer que casi no se comete, o bien, no se han dictado las resoluciones respectivas.

2.2.2 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

La gran mayoría de los autores coinciden en afirmar que - las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, no constituyen un elemento autónomo del delito. Siendo de naturaleza dudosa, - con mucha frecuencia son confundidos con requisitos de procedibi - lidad, como la querrela de parte, o el desafuero previo en --- ciertos casos.

Se trata de "... exigencias, ocasionalmente estableci - das por el legislador, para que la pena tenga aplicación, por - ejemplo: la previa declaración de quiebra para poder perseguir - el delito de quiebra fraudulenta (artículo 111, 112 y 113 de - la Ley de Quiebras vigente).

Son determinadas circunstancias, exteriores al delito, in - dependientes a la voluntad del agente, exigidas por la ley, para -- que el hecho en cuestión sea punible.(32)

Es de afirmar que en la infracción penal contemplada en - el artículo 461 de nuestro ordenamiento sanitario federal, no -

(32) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho de Procedimientos Pena - les. 4ª. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1977. p. - 240.

se exige la concurrencia de alguna condición objetiva de punibilidad. Resulta suficiente que una conducta humana se amolde al comportamiento descrito en dicho precepto, que no se encuentre amparada por alguna causa de justificación y que sea culpable, - para ser punible.

CAPITULO III

ESTUDIO DE LA PERSONALIDAD

3.1 INICIACION DE LA PERSONALIDAD

Desde que somos concebidos tenemos la posibilidad de ser sujetos de derechos y obligaciones, la segunda situación lo observamos (ser sujeto de obligaciones) cuando tenemos la capacidad de ejercicio.

Ahora hablemos de los derechos de la personalidad.

Al no tenerse un consenso sobre cuántos y cuáles son los Derechos de la Personalidad, y cómo debe estar clasificados, se han presentado innumerables catálogos de los Derechos de la Personalidad.

Una de las clasificaciones más rudimentarias que de éstos se han hecho es la realizada por Kummerow Gert, sólo indica los derechos que a su parecer los componen, sin hacer distinción alguna entre ellos, e indica que son los siguientes:

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

- a) Derecho a la vida. (Gandi).
- b) Derecho a la libertad.
- c) Derecho al nombre. (Borell, Barassi)
- d) Derecho a la integridad-física o corporal.
(Borrel, Gandi).
- e) Derecho a la propia imagen. (Borell, Gandi, Barassi,
Ferrara)
- f) Derecho a la disposición del propio cuerpo y del propio cadáver. (Borell, Gandi)
- g) Derecho al honor. (Gandi)
- h) Derecho al secreto epistolar, telegráfico, y telefónico.
- i) Derecho a la propia obra. (1)

Por su parte, Gandi (2) considera que los Derechos de la personalidad comprenden:

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

(1) Kummerow Gert. Revista de la Facultad de Derecho. Tomo XI.- Derecho sobre, aspectos relativos a la propiedad del cadáver Editorial Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. Abril 1957. p. 230 (al lado de los diversos tipos figuran los nombres de los autores que los desarrollan de modo particular en su exposición).

(2) Citado por Kummerow Gert. op. Cit. p. 230.

- I. Derecho a la vida.
- II. Derecho a la Integridad Física o Corporal.
- III. Derecho de Disposición del Propio Cuerpo y del Propio Cadáver.
- IV. Derecho al libre Desarrollo de la Propia Actividad o Derecho de Libertad; este a su vez comprende:
 - 1. Derecho a la libertad por locomoción, de residencia y de domicilio.
 - 2. Derecho a la libertad matrimonial.
 - 3. Derecho a la libertad contractual y comercial.
 - 4. Derecho a la libertad de trabajo.
- V. Derecho al Honor.
- VI. Derecho a la Imagen.
- VII. Derecho Moral de Autor y de Inventor.
- VIII. Derecho al Secreto Epistolar. Telegráfico y telefónico.

Otra clasificación realizada sobre los derechos de la Personalidad, es la realizada por Gutiérrez y González, basándose en las ideas de Nerson y de Cupis, comprendiendo tres amplios grupos, que el autor considera responde al sistema jurídico mexicano; considero que es la más completa y mejor estructurada:

DERECHO DE LA PERSONALIDAD

A. PARTE SOCIAL PUBLICA.

- a) Derecho al Honor y Reputación.
- b) Derecho al Título Profesional.
- c) Derecho al Secreto o a la Reserva:

- a' Epistolar;
- b' Domiciliario;
- c' Telefónico;
- d' Profesional;
- e' Imagen;
- f' Testamentario.

- d) Derecho al nombre.
- e) Derecho a la presencia Estética.
- f) Derecho de convivencia.

B. PARTE AFECTIVA.

- a) Derechos de Afección:

- a' Familiares;
- b' De amistad.

- b) Derecho a la Vida.
- c) Derecho a la Libertad.

d) Derecho a la Integridad Física.

C. PARTE FISICO-SOMATICA

a) Derechos relacionados con el cuerpo humano:

a' Disposición total del cuerpo;

b' Disposición de partes del cuerpo;

c' Disposición de accesiones del cuerpo;

b) Derechos sobre el cadáver:

a' El cadáver en si;

b' Partes separadas del cadáver. (3)

(3) Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Editorial - Cajica. Puebla, Pue. México, 1988. p. 370.

3.2 EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD

La personalidad del ser humano, se extingue con la muerte.

Respecto del concepto médico-jurídico de muerte, se tienen diferentes opiniones, y esa idea ha variado inclusive de época en época.

En los tiempos más antiguos. Se tenía como signo inequívoco de la muerte de un ser, el inicio de la putrefacción, lo que actualmente se llama "muerte celular".

Después se pensó que lo que indicaba la muerte del individuo, era el paro del corazón, lo cual resultó ya inconcebible en este siglo, pues se descubre que el paro cardiaco no siempre es irreversible, a través de diferentes maniobras de resucitación, este es uno de los principales problemas, para la utilización casi inmediata de los cadáveres.

Para que quede claro este punto, se puede afirmar que existen dos tipos de paros cardiacos:

"A). El paro cardiaco terminal es aquel que se presenta como manifestación última de la vida de un individuo que tiene -

lesiones consideradas irreversibles por la ciencia médica actual". (4)

En estos casos, sería inhumano tratar de volverlo a la vida, y el médico que lo intentara, podría ser considerado inhumano y sobre todo inhumano.

"B). El paro cardiaco accidental, es el que se presenta en individuos que no tienen lesiones irreversibles".

Este tipo de paro no permite certificar la muerte, sino hasta después del fracaso de las maniobras de resucitación que son obligatorias, en este caso.

Más adelante se dijo que la muerte se da cuando se paraliza y muere el cerebro, pero este punto sólo, también fue cuestionado. El tipo de muerte más dramático es la cerebral, la que a su vez ya se puede clasificar en diferentes tipos como son las siguientes:

LA MUERTE CORTICAL

"Se diagnostica por un encefalograma plano durante un mínimo de 4 horas. Cuando hay intoxicación barbitúrica o hipoter

(4) Palacios Macedo, Xavier. Criminalia. Los trasplantes del Corazón y algunos aspectos médicos y legales en México. Edit. Boletines No. 2. Febrero, 1969. México, D.F. p. 67.

mia el tiempo mínimo será de 24 horas y en caso de niños pequeños será de tres y media." (5)

En este caso, el individuo tiene sólo vida de tipo vegetativa, así puede estar días, meses y hasta años; de ellos me surge una pregunta, ¿es justo para la familia ver en éstas condiciones a un ser querido?, pienso sería más equitativo tanto para la familia como para ese ser, tomar una decisión definitiva respecto a él, y no prolongar ese residuo de vida por medios artificiales. Considero que tenerlo de esta forma es una especie de masoquismo por parte de los familiares y de sadismo en cuanto al personal médico, por mantenerlo así; aunque también entiendo que debe ser sumamente difícil tomar una decisión de este tipo, de la cual surgirán reproches, indignaciones y tal vez remordimientos de conciencia.

LA MUERTE MESENCEFALICA

"Se diagnostica cuando además de la descorticación hay una midriasis bilateral con arreflexia pupilar dando lugar a la verdadera descerebración, la que tampoco autoriza actualmente a -- certificar la muerte del individuo". (6)

(5) Idem. p.. 68

(6) Palacios Macedo, Xavier. Op. Cit. p. 69.

El Dr. Rojas Avendaño dice que para los juristas:

"... la muerte es la cesación de las funciones vitales, - es decir, la muerte funcional, que es cuando se suspende la -- circulación, la respiración y toda manifestación cerebral. La ~~cesación~~ funcional, empero está condicionada a la vigilancia mé dica durante un lapso, ante la posibilidad de que la suspensión de las funciones sea reversible, ya sea mediante el resucitador de corazón u otros estímulos que intenten reanimar el organismo- yacente". (7)

(7) Palacios Macedo, Xavier. Op. Cit. p. 70

3.3 LA MUERTE DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PRUEBA

La definición que se toma como base para dictaminar que un ser humano ha muerto, en el Servicio Médico Forense Mexicano es que la...

"... muerte verdadera es la que no admitirá resucitador, ni otros medios de reversibilidad de las funciones vitales, es la que indica en sus signos externos la descomposición la disgregación de las células, es decir, el aniquilamiento estructural del individuo". (8)

Considero que la muerte de una persona deberá certificarse y considerarse como cadáver, cuando sus funciones vitales -- (circulación, respiración y manifestaciones cerebrales), hayan cesado y no responda a ninguno de los supuestos medios de resucitación. Creo inoperante e indigno de la época en la que se vive, que se espere a que haya indicios de putrefacción para indicar que el individuo dejó de serlo.

(8) Rojas Avendaño, Mario. Los Transplantes de Corazón y algunos aspectos médicos y legales en México. Revista Criminalia. México, 1969. p. 147.

3.4 TRAMITE DEL CERTIFICADO DE DEFUNCION

El artículo 391 de la Ley General de Salud, dispone:

"Los certificados de defunción y de muerte fetal serán ex pedidos, una vez comprobado el fallecimiento y determinadas sus causas, por profesionistas de la medicina autorizada por la autoridad sanitaria competente".

3.5 MOMENTO DE LA MUERTE

Según la Convención de Finlandia, se puede considerar -- que una persona falleció y por lo tanto, es un cadáver si reúne las características que a continuación transcribo:

- "a) Cuando ha cesado la función respiratoria;
- b) Cuando ha cesado todo movimiento en el músculo cardíaco; determinado ello por un "electrocardiograma" y-
- c) Cuando un "Electroencefalograma" muestra una raya -recta o plana, denotando así absoluta falta de generación de impulsos eléctricos por el cerebro". (9)

Indica el Dr. Gibón, que:

"La muerte verdadera es la que no admitirá resucitador, - ni otros medios de reversibilidad de las funciones vitales, es- la que indica en sus signos externos la descomposición, la dis- gregación de las células, es decir, el aniquilamiento estructu- ral del individuo". (10)

(9) Gutiérrez González, E. Op. Cit. p. 905. No. 629

(10) Rojas Avendaño, Mario. Criminalia. "El corazón, la muerte y la Ley". Ediciones Botas No. 2. Febrero, 1969, México, P. - 133.

El médico legal Miguel Gibon Maittret director del Servicio Médico Forense en el Distrito Federal en el año de 1969, indicaba que todo médico forense debería de tomar en cuenta los siguientes signos abióticos inmediatos:

- "a) Insensibilidad;
- b) Inconsciencia;
- c) Inmovilidad;
- d) Enfriamiento;
- e) Rigidez cadavérica; y
- f) Manchas azuladas en varias partes del cuerpo, y preferentemente en los pies y las manos". (11)

Pero si observan y atacan todos y cada uno de los signos que antes apuntó, resultará que el cadáver no se podrá ya utilizar para la extracción de alguno de sus órganos, ya que estos habrán perdido toda vitalidad, y por lo tanto, su utilidad en materia de implantes, o como barbaramente se dice "transplantes".

(11) Ibidem. p. 132.

3.6 EFECTOS DE LA MUERTE

Lógicamente la muerte de un individuo trae consigo diversos efectos, desde el punto de vista jurídico-familiar puede hablarse de la sucesión testamentaria o intestamentaria según sea el caso.

Como sucesión se entenderá toda transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, de una persona física, a los herederos que determine la ley.

3.6.1 CESACION DE LA PERSONALIDAD

Con la muerte, el individuo deja de ser sujeto de derechos y obligaciones, en consecuencia su personalidad cesa y por lo tanto su situación será totalmente representada por sus herederos o por quienes tengan derecho a sus bienes cuando sean sus acreedores.

3.6.2 APERTURA DE LA SUCESION

Todo juicio sucesorio se inicia con el escrito de denuncia en caso de la sucesión legítima (intestado) o de la apertura

ra en caso de la testamentaria, escrito en el que se solicita -
la intervención del Notario Público para el efecto de leer el --
-testamento,- entendido como el acto jurídico en virtud del --
cual una persona expresa libremente su voluntad para que se dis-
ponga de sus bienes después de su muerte y surta efectos cuando-
él ya no exista; además es un acto jurídico unilateral, perso-
nalísimo y solemne, por el cual una persona dispone de todos o-
parte de sus bienes y derechos que no se terminan con su muerte y
cumple deberes para cuando fallezca.

3.7 FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAN LA PROTECCION JURIDICA DE LA VIDA.

Puede decirse, que en términos generales, el homicidio consiste en la privación de la vida a un ser humano, sin distinción de condiciones de ninguna especie.

El bien jurídico es la vida humana, de él dimanar el resto de los valores, ya que sin la vida carecerían de sentido y de virtualidad práctica los demás valores.

La vida humana es protegida por el Estado no solamente en función de la particularidad concreta de cada cual, sino en consideración del interés colectivo.

La vida del ser humano se rige en un bien de carácter público, social, dado que el elemento poblacional es esencia, fuerza y dinamicidad de la actividad del Estado, en cuanto forma suprema de organización de la sociedad. (12)

(12) Cfr. Márquez Piñero, Luis. Diccionario Jurídico Mexicano. - Editorial Porrúa. México, 1992. 5ª. Edición. Tomo D-H. p.- 1589.

CAPITULO IV

4.1 MOMENTO EN QUE SE GENERA EL DERECHO A LA VIDA Y LA EXTIN- CION SOBRE ESE DERECHO.

El artículo 329 del Código Penal para el Distrito Federal dispone: "el aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

La anterior definición nos permite suponer que el producto de la concepción es una expectativa de vida, de manera tal - que a partir de que somos concebidos y por ello tenemos derecho a la vida, en cuanto a que el derecho nos puede proteger por ello el aborto es sancionado, el derecho a la vida se extingue - únicamente por la muerte que de inmediato nos convierte en cadáveres sujetos a diversos tratamientos, algunos irrespetuosos, - tomando en cuenta que el cadáver se convierte en nuestros restos.

4.2 DERECHO SOBRE EL CADAVER

Para algunos teóricos del Derecho, el hecho de que una persona muera, puede tener o no relevancia, dependiendo de la postura que ellos sostengan respecto al cadáver.

Existen los tratadistas que sostienen que:

"La personalidad no va más allá de la muerte". (1)

Pero aún cuando así se considere, debe existir una regulación en la que se establezca como debe precederse con el cadáver:

"... si el cadáver humano es considerado como "cosa", el derecho de disposición sobre él tiene, forzosamente, que serle reconocido a un TITULAR susceptible de determinación conforme a las normas directrices del Derecho Común". (2)

Si se toma en segunda posición, se estará confirmando lo dicho de que el Derecho al Cadáver es un Derecho de Afectación,-

(1) De Cupis, Citado por Kummerow Gert, Ob. Cit. p. 232.

(2) Idem. p. 233.

ya que éste, o sea, el cuerpo, les pertenece a los parientes y ellos serán los encargados de determinar el último destino de este.

Una tesis diferente a las dos anteriores, es la que considera al cadáver como residuos de la personalidad, la cual establece:

"... el cadáver no es una cosa que pueda pasar a propiedad del heredero, sino que es un RESIDUO DE LA PERSONALIDAD, del cual disponen los sobrevivientes aunque no sean herederos". (3)

Si se toma en cuenta este criterio, se deberá concluir que el cuerpo del ser humano escapa de la órbita de los derechos patrimoniales, y que la familia hace uso del derecho de disposición del cadáver sólo con el fin de darle un lugar donde descansar, y esto se hace por cariño, demostrándose una vez más que el Derecho al Cadáver es un Derecho de Afectación.

Opinión importantísima y que tal vez para muchos resuelva el dilema de lo que es el cadáver, es la expresada por Díez Dfiaz que considera:

(3) Idem.

"El cadáver no es parte integrante del hombre, sencillamente, debido a que el hombre respectivo hubo de morir.- El correspondiente sujeto jurídico YA NO EXISTE, y su cuerpo muerto, en rigurosidad, no es más que EL RECUERDO, LOS RESTOS de aquella extinguida personalidad, El cadáver ha devenido en un ente distinto, se ha convertido en un objeto material, aunque quizá no merezca la simple consideración de COSA". (4)

Una opinión más es la expresada por Gutiérrez y González que al igual que Eneccerus, indican que el cadáver es una cosa, y así dice que:

"... el cadáver definitivamente es una cosa, y sólo una-consideración de tipo místico, religioso es la que aún - hace a los tratadistas dar pasos titubeantes ante tal pensamiento, y estimar que el cadáver se debe mantener como algo especial, como cosa "sui generis". (5)

Tomando como base esta aseveración, se debe establecer - que el Derecho al cadáver no puede en rigor corresponderle al individuo en sí, ya que no puede tener derechos sobre lo que no es aún, y en el momento de ser cadáver deja de tener derechos - por ya no ser humano.

(4) Díez Díaz, Joaquín, Ob. Cit. p. 372.

(5) Gutiérrez y González, Ob. Cit. El Patrimonio, p. 904. No. 628.

Este conjunto de ideas teóricas se han reflejado en ocasiones en los distintos ordenamientos legislativos de los que se ocupará mas adelante, pero aquí, adelantando ideas, se puede decir que en el Código Civil Italiano de 1942, en su artículo 5o. se da ya esbozo de Derecho de la Personalidad.

En el Código Civil de Tlaxcala de 1976, ya se inició el reconocimiento de un patrimonio moral, al lado de un patrimonio pecuniario.

En el Código Civil de Quintana Roo de 1980, se establece un catálogo mas amplio de Derechos de la Personalidad.

Aceptada ya la viabilidad del Derecho de Disposición del-Cuerpo o del propio Cadáver, surge en cuestionamiento de gran importancia:

¿Quién es el titular del cadáver, para así poder ejercitar éste Derecho de Disposición?

La respuesta a la pregunta que encabeza esta sección, es un punto difícil de solucionar; el llegar a establecerlo será la solución para la disposición del cadáver, ya sea en su totalidad o en partes, pues al determinarse quien es el titular de este, se podrá indicar lo que se haga, en base al derecho que este puede ejercer, en el momento preciso. La solución tiene-

que obtenerse a base de inducciones, y así diré:

a) El cadáver, ¿ puede pertenecer al mismo muerto?

Por supuesto que no. La persona titular de lo que fue - el cuerpo humano en vida, al morir deja de tener derechos, (independientemente de la concepción que se tenga de la naturaleza-jurídica del cadáver), ya que al haber muerto él, no puede hacer nada por sí mismo; así, todo aquello que decida realizar - lo tendrá que hacer en vida, pues al morir nada de lo que él -- dispuso para cuando esto sucediera, dependerá de él, sino de - las personas que le sobrevivan.

El cuerpo humano, cuando lo es, pertenece al titular -- que es un ser humano, pero cuando este pierde esta calidad, de finitivamente no es el titular el propio muerto, pues reiero, sobre las cosas entre ellas el cadáver no hay derechos.

b) El cadáver ¿pertenece a la familia que fue, del ahora muerto?

No considero que la familia tenga un derecho de disposición sobre el cadáver; el derecho que considero tienen hoy en día en México, sus miembros, es de custodia, ya que al morir un - pariente lo que generalmente se hace ya sea por afecto o por deber, es encargarse de sus restos mortales sólo para velarlos, y

después enterrarlos o incinerarlos; o cumplir en ese sentido la última voluntad del difunto, si es que la estableció.

Considero que uno de los deberes que tienen los que fueron familiares del ya difunto, es la de cumplir los deseos que este externó, respecto a lo que se deberá hacer con el cadáver en que se convertirá.

Pero por otra parte, aún cuando el difunto no haya establecido un fin diferente al normal para su cuerpo, si los familiares consideran que se puede dar al cadáver una verdadera utilidad social, no encuentro justificación alguna que obstaculice esta decisión, ya que al muerto no le afecta en nada; en todo caso, se tendría un mejor recuerdo respecto a él, indicado que sirvió a sus semejantes aún después de su final.

Los únicos que podrían sufrir realizando esta acción de disposición al cadáver, pudieran ser los familiares del ahora muerto, aunque lo dudo, ya que a pesar de que se mutila el cuerpo del que fue un ser querido, están, con esta buena acción ayudando a la salvación de un ser humano, que quizá si tiene alguna religión, estará rezando por el eterno descanso de su benefactor. Creo firmemente que se debe permitir esta disposición o sea, el que los familiares decidan el destino último, de ese que alguna vez fue humano, si es que este no lo indicó con anterioridad a su muerte.

c) ¿A quién pertenece el cadáver si no vivió con su familia?

En principio considero que a pesar de que una persona no viva con su familia, cuando muera y sus parientes lo sepan, quizá movidos de piedad se encarguen de sus restos, simplemente en recuerdo a que éste, alguna vez formó parte de la familia, pero aún en este caso no les corresponde el Derecho de disponer -- del cadáver sino para su inhumación o incineración.

Quizá suceda que al enterarse la familia de la muerte de este ser, ni siquiera les importe y no hagan nada por el cuerpo; y no hay nada ni nadie que los obligue a encargarse de este y será otro el que realice esta acción, que sin duda debe ser el Estado, pero conforme al Derecho vigente, tampoco podría este disponer él del cadáver como no sea para enviarlo a la fosa común o al incinerador.

d) ¿A quién pertenece el cadáver si no tenía familia?

Lo lógico es pensar que si una persona no tenía familia, seguramente tendría amigos, y ellos serán los más indicados encargarse del cadáver de aquel que fuera amigo suyo, sin tener derecho ni obligación alguna, al contrario, un deber que pienso les da ese lazo de amistad que los unió, pero este derecho será también sólo para inhumarlo o incinerarlo.

En caso de que ni siquiera hubiese tenido amigos, o como dice el dicho "no tiene ni padre ni madre, ni perro que le ladre", el encargado de la inhumación o incineración del cadáver será el Estado, a través de su Organo Ejecutivo, y por medio de los trabajadores de la Entidad Federativa, Delegación Municipal, cuando esto sucediera en la provincia.

Puede suceder, sin embargo, que una persona fallezca -- sin que su familia se entere, ni se le pueda avisar, y por ello un amigo que fue del ahora muerto se encarga de realizar lo necesario para la inhumación del cuerpo. Esta persona, preve el Código Civil, puede exigir el pago de los gastos que se generaron por el suceso acontecido a aquellos que hubieren tenido el deber de alimentar al ahora muerto; así lo autoriza el Código Civil del Distrito Federal en su Artículo 1904 cuando dice:

"Deben pagarse al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes, pero no tiene derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión".

e) ¿Corresponde el cadáver a los que dependieron económicamente del ahora muerto?

Se dice que para tener derechos, se deben tener deberes. Si una persona siempre o muy regularmente ha cumplido con sus de

beres de tipo económico respecto a otra u otras personas, las -
cuales eran dependientes económicos de este, al morir esos que-
de él dependieron, tendrán el deber de hacer los gastos necesa -
rios para darle sepultura, o lo que decidan en cuánto al cuerpo
del difunto, ya que en vida fue su benefactor y satisfactor de-
sus necesidades económicas; siendo así, sería ingrato el no res-
ponder en la última acción que se podrá realizar en beneficio de
este. Pero ello no significa que tenga un Derecho de Disposi -
ción del Cadáver para fines diferentes de la inhumación o incine-
ración.

g) ¿El cadáver pertenece al Estado si no existen otros -
titulares?

Considero que el Estado no tiene Derecho de Disposición -
del Cadáver, en caso de que no haya antes que él otras personas;
el Estado sólo tendrá un deber de disposición del cadáver, con-
forme a lo que ya se vió que determina la Ley General de Salud.

Todo lo anterior permite llegar a esta conclusión:

Hoy día, no hay persona que tenga Derecho de Disposición
de los Cadáveres, sino sólo el deber de llevar éstos al final u
sual de inhumarlos o incinerarlos.

Ya se empieza a despejar en alguna medida el horizonte, -

cuando la Ley General de Salud permite al Estado disponer de los cadáveres de quienes fueron personas no identificadas.

Aquí precisamente es en donde debió intervenir de manera drástica y socialmente útil, el legislador, rompiendo los atavismos de un supuesto respeto al cadáver, pues no es faltarle al respeto a un cadáver el disponer de él, y no lo es porque el cadáver en sí, no tiene derecho a ser o no respetado.

La verdad es que ese supuesto Derecho de respeto al Cadáver, es respetado a los sentimientos de los que le sobreviven, si son personas identificables y al sentimiento místico de la colectividad, si no hay una persona en especial a la que se lesione en sus sentimientos.

Propongo que se revise la legislación y se determine la idea del "Cadáver Función Social".

Esta función social, dependiente de los cadáveres, en México es muy difícil que llegue a realizarse, por todo lo que se ha expuesto, pero no imposible, tal vez en algunos años más se instituya un servicio cadavérico obligatorio, como desde hace mucho tiempo se viene aplicando en otros países, y observando los resultados que ahí se han tenido, se notará la conveniencia de aplicarlo en este país.

El medio más idóneo para llevar a cabo esta función social, debe ser a través de la incautación del cadáver por el Estado; claro está, que de por medio tendría que existir una buena legislación al respecto, para evitar excesos y desmanes por parte de los funcionarios competentes en el caso.

4.3 NATURALEZA JURIDICA DEL CADAVER.

Existen dos teorías al respecto:

- a) Las que consideran al cadáver como una cosa sagrada.
- b) Una intermedia, que considera que algunas partes del cuerpo, al separarse de este, se vuelven cosas.

a). Para el Derecho Canónico, el cadáver es una cosa sagrada, y por ello es muy difícil que se apruebe por la Iglesia Católica la disposición del cadáver, especialmente en aquéllos lugares donde se le tenga gran respeto a la religión; en este caso se encuentra México, y siendo así, se necesitaría que la Iglesia Católica hubiera especificado en su nuevo Código de Derecho Canónico la autorización de utilización del cadáver siempre y cuando los fines que llevarán a realizar esta, fueran los de servir a algún ser humano, y si se piensa que esta religión tiene como base, el amor al prójimo, puede decirse que podría estar plenamente aceptada la utilización del cadáver; quizá sería mejor aceptado si estuviese protegido por este tipo de leyes.

b). La otra concepción respecto a la naturaleza jurídica del cadáver es la que sostiene que:

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

"El cuerpo del hombre vivo no es una cosa ni tampoco un objeto; una consideración contraria es algo en oposición a toda conciencia jurídico-moral de todo pueblo civilizado. No obstante ciertas partes no son cosas NULLIUS, sino que es su propietario aquél de cuyo cuerpo han sido separadas". (6)

(6) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo II. Editorial Bibliográfica Argentina. Mayo 1955. Buenos Aires, Arg. págs. 280 y 481.

4.4 CONTRATOS RELATIVOS AL CADAVER Y ORGANOS DEL HOMBRE.

Nadie en la antigüedad hubiese sospechado que se pudiesen realizar contratos respecto a un cadáver o parte de este, quizá si alguna persona lo pensó, jamás se atrevió a exteriorizarlo - por temor a ser considerado enfermo mental, sin sentimientos, in-moral; además los religiosos de la época lo hubieran catalogado como un brujo, un ser demoníaco.

En la actualidad, aún cuando no se vea muy natural, la gente comprende mejor la situación y lo acepta aunque con sus reservas, y esto es de comprenderse ya que el pueblo mexicano es a su manera católico y la religión siempre ha hecho que se le -- considere en alto grado al cadáver. ¿Cómo entonces pedir que - se tenga otra ideología diferente a la que priva en este aspec - to? La Iglesia Católica ha empezado a ayudar en este aspecto, - y ha dicho a sus feligreses que el realizar una obra de este tipo, es una gran obra de caridad en beneficio de sus semejantes.

Parece que el transcurrir de los años ha abierto la menta- lidad en algunos países, en los cuales ya se aprovechan los ca- dáveres, aunque no en su totalidad, pero a pesar de ello y a - base de estos, se han salvado muchas vidas; se han reconstruido-- cuerpos con los miembros de alguien que ya jamás los va a utili-

zar porque está muerto; para llevar a cabo la función, se invocan razones de tipo humanitario y solidaridad cristiana.

Los incomparables avances que ha tenido últimamente la cirugía en materia de injertos, han determinado la utilización de órganos, miembros y tejidos extraídos principalmente de cadáveres, ya que estos representan nuevas oportunidades para los que aún seguimos con vida.

Si se considera que todos y cada uno de los seres humanos tenemos poder de disposición de nuestro cuerpo, es natural pensar que con él podemos realizar lo que queramos; alguna de estas cosas, será el de realizar un contrato, el cual tuviera como base nuestro cuerpo, y el cual surtirá efecto para después de la muerte. El único requisito que se exigiría sería, que la persona que lo realiza fuese capaz.

De algunos autores, la mayoría afirman que para que el contrato sea válido, es necesario que sea gratuito; si fuese de tipo oneroso dicen, sería nulo, por ser contrario a las buenas costumbres.

Otro más de los requisitos, que debería contener el contrato para ser válido, es que se realizara sólo respecto del propio cadáver, o los realizados por terceros, pero sólo cuando se refieran al funeral, o a la autopsia.

La idea de que el cadáver queda en un plano extracomercial, impide la realización de todo contrato que tenga como base éste, pero esta concepción está quedando en el pasado y es por ello que hoy en día, aunque pocos contratos de esta clase existen, pero los hay, y en ellos se establece el fin que se ha de cumplir. ("legarlo" para que se hagan estudios científicos llevar a cabo implantes con órganos o tejidos que de él se extraigan, etc.).

Para algunos autores, el poder hacer contratos de tipo cadavérico, es terrible, y dice al respecto Josserand, que:

"La persona humana es rebajada al nivel de cosa, se mercantiliza, se patrimonializa". (7)

Agrega:

"La persona ha caído de su pedestal y, desgraciadamente, el significado de su vida se identifica al de una mercancía más, cualquiera, algo con lo que se juega impunemente. La persona, patética, pero indudablemente, sufre el riesgo de mercantilizarse por completo". (8)

(7) Díez Díaz, Joaquín. Ob. Cit. p. 81.

(8) Idem.

El problema de estos contratos, se inicia desde cómo llamarlos, los estudiosos del tema no se ponen de acuerdo y cada uno aduce sus razones, trataré de mencionar algunas de las importantes e interesantes a mi parecer.

Castán dice que tal vez encuadren dentro de los llamados-inominados o atípicos, ya que son:

"Los que, carentes de individualidad y reglamentación legal, han de regirse por las normas generales de la contratación". (9)

En lo personal, no estoy de acuerdo con éste autor ya -- que me parece que es tan delicado su contenido, que merece tener sus propias normas tomando en cuenta la importancia que tiene, - además de la índole de estos contratos es diferente a la generalidad, por lo que pienso deben tratarse también en forma distinta: su originalidad nadie puede negarla, además de su contenido autónomo.

Royo Villanova,

"Los encuadra entre los denominados, intervivos post mortem". (10)

(9) Díez Díaz, Joaquín. Ob. Cit. p. 311.
(10) Idem. p. 372.

Considero que aún cuando es cierto que deben considerarse entre estos, es mejor establecerlos con una categoría jurídica, propia y autónoma.

Es verdad que esta clase de contratos es muy poco conocida en la actualidad, pero creo que no pasará mucho tiempo en el que se manejen casi como cosa cotidiana, y para que se puedan manejar con cierta facilidad, es necesario que los juristas dejen evadir y creen una categoría específica y completa, tal vez por tener que considerar al cadáver como una mercancía y por lo tanto, que este tenga una equivalencia monetaria.

¿Cual sería el contenido del contrato sobre partes de un cuerpo?, a lo que responde Diez Díaz:

"La decisión voluntaria de ofrecer la entrega de un órgano corporal del futuro cadáver en orden a su utilización terapéutica, científica o docente, siendo indiferente y accesoria la existencia o no de una posible contraprestación". (11)

Considero que expresó la más perfecta el autor antes mencionado, y da una clara visión de lo que es el contenido del -- contrato, y sobre todo, que da a entender que es indiferente -

(11) Diez Díaz, J. Ob. Cit. p. 372.

el que sea de tipo oneroso o gratuito este convenio y realiza la importancia que tiene en realidad lo que da el origen a este.

Hace una anotación de suma importancia el autor en cuestión, diciendo:

"El cadáver no es parte integrante del hombre, sencillamente debido a que el hombre respectivo hubo de morir. - El correspondiente sujeto jurídico ya no existe y su cuerpo muerto, en rigurosidad, no es más que el recuerdo, los restos de aquella existida personalidad. El cadáver ha devenido en un ente distinto, se ha convertido en un objeto material, aunque quizá no merezca la simple consideración de cosa. Pero eso no debe escandalizar que entre, siquiera sea condicionadamente, en el tráfico jurídico, y sin que ello implique, por otra parte, que se transforme en vil mercancía, como base de una degradante especulación". (12)

Esta es una posición fría, pero real, que cuesta trabajo asimilarla a nuestras costumbres y sobre todo dentro de nuestro pensamiento; es difícil de aceptarla pero es la realidad -- por cruel y cruda que parezca.

(12) Idem. p. 373.

Con la exposición de la siguiente idea dada por Pérez Serrano, respecto a cómo debe ser considerado el cadáver, se da una cuenta, una vez más, que es muy difícil de que este pueda ser considerado como base de un contrato; dice el mencionado autor:

"El cadáver no merece la consideración de cuerpo en el -- sentido concedido en vida; pero el hecho de vender el cadáver para disfrutar de su importe, permitiendo hacer -- con él lo que se quiera, parece repulsivo". (13)

Para confirmar la poca aceptación que se tiene en lo referente a la realización de éste tipo de contratos, señaló una opinión más expuesta por López Berenguer, que dice:

"Acepto que sobre el cadáver pueden constituirse derechos reales (igual que sobre partes del cuerpo vivo); en relación con el cadáver caben actos constitutivos de obligaciones, pudiendo ser objeto de derecho en tanto se aplique a aquéllos fines en que resulte útil. Se trata de - disposición cadavérica, a efectos distintos de los pedagógicos o médicos, con ánimo de lucro, deberá tenerse - por ineficaz. Únicamente se admiten sin discusión las -- disposiciones a título gratuito". (14)

(13) Díez Díaz, Joaquín. Ob. Cit. p. 349.

(14) López Berenguer. Citado por Díez Díaz Joaquín. Ob. Cit. p. 349.

Como toda regla tiene su excepción, también aunque pocas opiniones, las hay en favor de estos contratos, en ese caso se tiene a Bensa que indica:

"La finalidad científica y humanitaria de la destinación-cadáverica es bastante para quitar toda torpeza al acto - convalidando el precio", (15)

Considero que esta es una buena posición, se quita de todo prejuicio el autor y le da el justo valor a lo que tiene, y desprecia a lo que en realidad es superfluo, y que en este caso es el determinar si es a título oneroso o gratuito el contrato.

Se piensa que mientras el cadáver continúe con el carácter de cuerpo, se siente de alguna forma que corresponde a una persona y es de aquí donde deriva su in comerciabilidad; tal vez si este lo convirtiesen en piezas anatómicas descomponiendo su corporiedad, podría en ése momento pensarse en que estas fueran base de un contrato, pero de aquí deriva una situación difícil, pues el convertir un cadáver en partes, que servirían como respuesta traería consigo muchos beneficios, pero a la vez, un sin fin de problemas, sobre todo para aquél que tuviese que autorizarlo.

(15) Díez Díaz, Joaquín. Ob. Cit. p. 349.

Realmente es un problema de conceptos éticos, morales, - jurídicos y sociales, los que se agitan en torno al destino que ha de dársele al cadáver, sobre todo cuándo haciendo uso de su facultad de disposición en vida, la persona determinó alguna, - deberá cumplirse, para después de su muerte.

Independientemente de la tesis que se sostenga respecto - a lo que es el cadáver, (como residuo de la personalidad o co - sa), hay ciertas tendencias dominantes a la aceptación de los - contratos o al rechazo de estos, según sus características: así se dice:

"A). Son admisibles los contratos gratuitos sobre el pro - pio cadáver, si se persigue un fin científico, presumi - blemente positivo para la ciencia.

"B). Son nulos por ir contra las buenas costumbres los - contratos onerosos, sobre el propio cuerpo, aún cuando - revistan carácter científico los fines perseguidos. Igual - mente en los negocios jurídicos de los terceros o parien - tes sobre el cadáver, que no sean los que se refieren al funeral, a la autopsia o cosas semejantes, deberán con - siderarse nulos en concepto de inmorales. (16)

(16) Díez Díaz, J. Ob. Cit. p. 352.

Respecto al punto de que sean nulos por ir en contra de las buenas costumbres, no estoy de acuerdo, además esto ya lo aclaré con anterioridad en base a la idea de lo que es el contenido del contrato, en cuanto a las otras ideas expresadas, creo que están dentro de la realidad, aunque también puede prestarse a divergencia de opiniones enfocadas a la idea de que los contratos sobre el cadáver, realizados por parientes o terceros y que no se refieren a los puntos ahí establecidos son nulos; por esta situación se niega la posibilidad de que un pariente done un órgano o miembro a un individuo necesitado de éste. Algo que no me parece que quede claro es el concepto, al expresar: "cosas semejantes", ¿cuáles son estas cosas?

Borrel, creo puso el dedo en la llaga al decir:

"... que de no existir motivos suficientes para impedir la disposición del cadáver a título oneroso, esos mismos motivos regirían también en el caso de cesiones a título gratuito. El hecho de que medie un precio tiene carácter accesorio, no pudiendo influir en la calificación esencial del acto". (17)

Ante esta afirmación, considero que ya no existen dudas al respecto, que se creó un panorama sin ningún punto obscuro re

(17) Díez Díaz, J. Ob. Cit. p. 352.

ferente a si es bueno o no el que un contrato de éste tipo, sea oneroso o gratuito.

Volviendo al tema de nominación jurídica del acto por el cual se dispone del cuerpo o partes de él, se ha dicho que tratándose de un acto unilateral de disposición, para después de la muerte, no hay problema en como llamarle, porque esa disposición se hará a través del testamento, donde sí existe un grave problema, es cuando en el caso no solamente interviene una persona, sino que actúa otra persona además del titular del derecho, y se realiza un convenio, es aquí donde el legislador no sabe cómo llamarle, por lo cual carece de un nombre específico.

Afirma Diez Díaz, que a estos contratos deben llamarse - les "Contratos Somáticos o Contrato Corporal". (18)

Para el Lic. Gutiérrez y González, éstas nominaciones no son adecuadas y dice al respecto:

"No considero del todo adecuada la denominación del contrato somático, ni tampoco como corporal, porque:

a.- Si se habla de somático, se excluye el aspecto

(18) Idem.

relacionado con las células sexuales, y

b.- Tampoco acepto la nominación de contrato corporal, pues se refiere a un género cuerpo y no se trata de un cuerpo cualquiera, sino del cuerpo, humano. Opino que la denominación de este contrato debe ser contrato Físico Somático". (19)

(19) Gutiérrez y González, E. Ob.Cit. El Patrimonio, p. 890. No. 622.

4.5 DETERMINACIONES MEDICO LEGALES

La práctica de implantes en seres humanos, ha hecho que se inicie una nueva etapa en la cual tiene gran relevancia este tema dentro de los Derechos de la Personalidad, ya que los progresos en materia de implantes, han determinado la efectividad de la utilización del cuerpo humano, especialmente el del cadáver, ya que este deja ver un horizonte lleno de expectativas, dando con ello, nuevas oportunidades de vida para los que aún tenemos.

"Podría decirse que atravesamos, dentro de una desenfrenada carrera científica, la FASE CADAVERICA". (20)

En verdad, es cierto que cada día que transcurre, el -- cuerpo humano tiene mayor utilización, y sin embargo, el legis-
lador normalmente, observa silencioso y tolera las prácticas -
que se están realizando, los juristas saben que ese empleo del -
cuerpo humano es por el bien de la humanidad, para mejorar las-
condiciones de vida y en algunos casos, aminorar en ciertas per-
sonas los dolores y sufrimientos que padecen.

(20) Gutiérrez y González E. Ob. Cit. El Patrimonio, p. 980. No. 630.

Algunos autores sostienen que el no reglamentar estos avances, es dejar un vacío legal, a lo cual yo digo que es preferible que suceda esto y no se limite el avance en esta rama de la Medicina con normas prohibitivas y que al entrar en vigor, ya son de hecho anacrónicas.

Tomando como base el anterior planteamiento, surgen las siguientes reflexiones:

- a).- ¿Se tiene derecho a disposición del cuerpo?
 - a') ¿Hasta dónde se tiene este derecho?
 - a'') ¿Se puede disponer de todas las partes del cuerpo en vida?
 - b'') ¿Se puede disponer sólo de partes del cuerpo no esenciales en vida?
 - c'') ¿Se puede disponer de partes esenciales en vida?

- b). ¿Se puede disponer del cuerpo para después de la muerte?
 - a') ¿Se puede disponer de partes esenciales del cuerpo, para después de la muerte?
 - b') ¿Se puede disponer sólo de partes no esenciales para después de la muerte?

Estas son las cuestiones que se tendrán que resolver.

En efecto, el primer problema es determinar si el ser humano tiene derecho a disponer de su cuerpo.

La doctrina a estas alturas no se ha puesto de acuerdo en si tiene o no derecho el ser humano a disponer de su cuerpo, si no sólo a vivirlo, ya que dicen "es prestado".

Otros dicen que si se puede disponer del cuerpo, ya que - el individuo -es el propietario de este-, y no sólo un administrador del mismo.

En lo que casi todos están de acuerdo, es en lo que expresa Gandhi:

"Se decide por la repulsa de todas las conductas corporales que originen perjuicios permanentes en la integridad física de un sujeto". (21)

Reafirmando la Tesis anterior:

"Ha resuelto sin vacilaciones Carnelutti que la existen -

(21) Gandhi, Citado por Díez Díaz, Ob. Cit. p. 271.

de un derecho sobre el propio cuerpo no puede negarse, y aunque es indefendible su alienabilidad total y absoluta, cabe, sin embargo, una alienación parcial o disponibilidad limitada en relación con el mismo". (22)

Otra corriente, sostiene que:

"Nuestro cuerpo se debe a Dios, a la Nación y a los otros hombres". (23)

Si se toma en cuenta ésta posición, puede llegarse al extremo de pensar que no hay límites en cuánto a la disposición -- del cuerpo; y esta tesis la podrían argumentar los pseudosuicidas, al disponer de su cuerpo e inclusive de su vida, ya que han atentado contra su propia integridad física.

Inclusive hay quienes voluntariamente se producen mutilaciones en su cuerpo, para provocar lástima y pena al público, y así obtener limosnas; sin embargo, la Ley no los sanciona por haberse mutilado una mano, un pie, etc., entonces se puede llegar a la conclusión de que sí existe un Derecho de Disposición - del Cuerpo, que esa es la tendencia y que en efecto en los Dere

(22) Carnelutti, citado por Díez Díaz. Ob. cit. p. 271.

(23) Díez Díaz, Ob. Cit. p. 279.

chos de la Personalidad se integra, entre otros, el Derecho de Disposición del Cuerpo.

a') y b') ¿Pero se puede disponer del cuerpo en vida, -- con mayor razón tiene que haberla para disponer de este por causa de muerte?

Por supuesto que esto tiene sus limitaciones, como se verá más adelante.

Si se concluye que se tiene derecho a disponer del cuerpo, y se ha concluído que sí ¿cuáles son los límites de este Derecho?, ¿hasta dónde se tiene este Derecho; ¿se puede disponer de todas las partes del cuerpo en vida?

Sabia respuesta expresa Díez Díaz al decir:

"... Se olvida que si todo se realiza en pro del hombre, éste, por ningún motivo, debe resultar sacrificado. Como siempre, el problema es un problema de límites. La disponibilidad de la esfera vital, corpórea y cadavérica del individuo, debe extenderse a tal grado que, beneficiando siempre a la sociedad y a otro prójimo no llegue a lesionar nunca el mínimo ético y fisiológico, la propia dignidad y el propio estado del titular respectivo. La solución general aparece entonces bastante diáfana; - el poder de disposición de la persona es múltiple en el -

aspecto somático, pero condicionado su legitimidad a la salvaguardia de la moral y de la propia estimación". (24)

A pesar de esta gran verdad, el suicidio no está prohibido, por lo tanto se está disponiendo de todo el cuerpo, extinguiendo su propia vida, o quizá no logre totalmente su objetivo y sólo quede en un estado de inconsciencia, o bien de inutilidad social, y la sociedad no tiene porqué estar manteniendo a individuos que dispongan voluntariamente de casi todo su cuerpo y queden inutilizados para servir dentro de la sociedad.

Después de meditar todos los problemas que trae consigo una mala disposición del cuerpo o partes de este, se debe considerar como válido lo que afirma Reyes Monterreal, al decir que es:

"... jurídicamente inadmisibles todo convenio o acto unilateral por el que cede lo que, extraído en vida, por insignificante que sea, implique un efectivo peligro de extinción de la persona, o la simple puesta en riesgo de que se extinga". (25)

(24) Díez Díaz, J. Ob. Cit. p. 387.

(25) Gutiérrez y González E. Ob. Cit. p. 885. No. 619.

En contraste con las anteriores opiniones, se dice que:

"... así como el que pone previsiblemente en peligro cierto su vida por evitar la muerte de otro, no es un suicida, así también podría aceptarse la licitud del daño directo al propio cuerpo con el móvil de alcanzar un proporcionado bien corporal del prójimo". (26)

Y dándole mayor fuerza al argumento anterior, se indica:

"... que si un miembro puede ser sacrificado por el bien de todo el cuerpo respectivo, de igual forma cabría subordinar una disminución en el propio para conseguir el bien igual o mayor ajeno". (27)

Con la lectura de las diferentes Tesis al respecto, se puede concluir que casi todos sostienen un precepto: que el ser humano mientras lo sea, deberá de tratar de tener completas sus partes corporales y en perfectas condiciones el funcionamiento de cada una de ellas.

Por tanto, no cabe duda que no se debe disponer de todas

(26) Díez Díaz, J. Ob. Cit. p. 293.

(27) Díez Díaz, J. Ob. Cit. p. 292.

las partes del cuerpo, ni de las partes esenciales que forman parte de este, ya que esto daría lugar no sólo a la disposición del cuerpo o sus partes, sino de la vida misma; y supuestamente, todo ser viviente es lo que tiende a proteger, aún siendo éste ser irracional, es algo innato y no puede estar a capricho de nadie el deshacerse de ella.

Se puede disponer de partes no esenciales en vida, pero hay que tener muy en cuenta que sólo se podrá llevar a cabo cuando no exista el peligro de un perjuicio irreparable, porque:

"... incluso tratándose de órganos dobles, con la cesión de ellos podría perderse, o cuando menos comprometerse, el normal desenvolvimiento de la función biológica respectiva". (28)

Claro que dentro de este supuesto, existirían muchas variantes; por ejemplo, si se puede disponer de uno de los riñones, con más razón podría hacerlo aquella que llegare a tener tres de estos órganos; pero no se podría disponer de los ojos -- aún cuando se tienen dos; moralmente no es aceptable que una persona done un ojo para dárselo a otra; obviamente existirían limitaciones a este supuesto, ya que una madre o un padre que tienen bien sus dos ojos y tienen un hijo ciego, cabría pensar-

(28) Díez Díaz, J. Ob. Cit. p. 271.

¿porqué no se les podría permitir donarle cada uno, uno de sus ojos para que su hijo pudiera ver; entonces de esta manera un ser más joven que los dos seres más viejos, le está dando cada uno un ojo y así de cuatro ojos buenos y dos malos, se hace que las tres personas puedan seguir viendo; aunque esto es cuestión de meditarlo y poner en una balanza los pros y los contras, y quizá se incline a los pros.

De partes esenciales como el corazón, definitivamente de esto, no se podría disponer en vida porque es esencial y sin esta parte se suprime la vida de la persona, y por lo mismo, se estaría cayendo en la hipótesis de disposición de la totalidad del cuerpo humano, porque disponer de una parte vital del cuerpo, es disponer prácticamente de la totalidad de este. Por lo tanto, a la pregunta de si se puede o no disponer de partes esenciales en vida, la respuesta en principio debe ser:

No, sin admitir más excepción que la disposición de una porción de algo esencial, que no afecte la vida; v. g. la sangre es esencial, pero se puede disponer de pequeñas porciones sin suprimir la vida.

No hay duda en cambio de que se puede disponer del cuerpo para después de la muerte, ya que este ha perdido la vida, y es lo que se ha tratado de proteger siempre.

La utilización del cadáver da como resultado el desaprovechamiento de este, evadiendo la oportunidad de que una parte o varias de un cuerpo muerto, puedan seguir viviendo en otro organismo, realizando la misma función que tuvo en el anterior.

Quizá debiese atenderse a la proposición que hace M. Gesvad:

"... subordinada la toma de órganos sobre un cadáver, en vista de trasplantes, a una autorización escrita del donante antes de su muerte, o de los que tengan derecho -- después de él". (29)

Tal vez inspirados en esta idea, en países desarrollados como Inglaterra, las personas que desean legar su cuerpo post mortem, están registradas y se les expide una credencial para que si en caso de accidente mueren, su cuerpo sea utilizado inmediatamente, y gracias a este hecho, darle la oportunidad a un ser en precarias condiciones de salud, de recuperarla. En otros países, les dan una placa con una cadena para que la traigan colgada del cuello, con una leyenda en la que se precisa -- que se puede disponer de su cuerpo al momento en que fallezca, -

(29) Savatier Jean. Trasplantes de Organos y a la Hora de Nuestra Muerte. Jure. No. 3 Sept-Dic. 1973. Guadalajara Jal.-México. p. 46.

sin necesidad de tener que pedir autorización alguna, y de esta manera se establece un uso adecuado de los cadáveres de todas aquellas que fueron personas, y que decidieron disponer de su -- cuerpo para después de la muerte.

Pero la realidad es que en México, esto sería casi imposible, ya que precisamente el respeto que se le tiene al cadáver, es el que ha hecho que no se tenga una legislación tendiente al aprovechamiento de los cadáveres o partes anatómicas derivadas de ellos; tomando en cuenta que la Ley sólo se ha preocupado por la disposición del cadáver y eso sólo para ser inhumado; ¿ hasta cuándo detendrán la supervivencia de estos atavismos?

Ejemplo clarísimo de lo que es la Ley Mexicana al respecto, se tiene que en el Código Civil, en su Título Cuarto, del Registro Civil, Capítulo IX, de las Actas de Defunción se ocupa del cadáver, pero nunca trata el tema de la disposición de este.

Los artículos que hablan de este punto, como su nombre lo indica el capítulo, sólo tratan de lo que son las Actas de Defunción, sus requisitos contenidos, etc. Más que nada parecen ser estas disposiciones, estadísticas y ordenadoras a respetar la integridad de los cadáveres.

En el Código Civil fuera de estas disposiciones concretá-

mente dirigidas hacia el cadáver, no hay más normas: es cierto que se tiene como respeto a la voluntad de la persona que fallece todo lo que se llama Derecho Hereditario, y que está regulado en el Código Civil, en su Libro Tercero, del artículo 1281 al 1791, pero todas estas disposiciones van dirigidas única y exclusivamente a la finalidad o al fin que se le dará a los bienes económicos de la persona que fallece, para después de la -- muerte. No es en sí un conjunto de disposiciones que digan qué, cómo y cuándo puede disponerse del cadáver, son normas de carácter procesal y de tipo patrimonial pecuniario.

El Código Civil está carente en absoluto de normas que -- pueden permitir regular la disposición de partes del cuerpo o -- del cadáver de las personas.

Pero ya por fortuna y aún con todas las críticas que le -- hice a la Ley General de Salud, es el principio que da la posi- bilidad de disponer del cuerpo para después de la muerte. Esta Ley no dice nada de la disposición del cuerpo en vida, lo que -- podría entenderse desde el momento en que no lo está prohibiendo y es una ley de orden público, queda permitido a los particula- disponer de partes de su cuerpo; además se robustece esto con -- la idea de la disposición de la sangre que es un tejido, y si -- hay reglamento para el Código Santiario, el cual quedó vigente -- por no oponerse a la nueva Ley, lo que quiere decir que sí se -- puede disponer de partes esenciales del cuerpo, porque la san--

gre es esencial, pero con una limitación, de que el cuerpo no ~~quede~~ exhausto porque entonces moriría. Claro está que es muy - aventurado expresarlo, pero poniéndose en un caso extremo, podría ser así.

Y para reafirmar las tesis anteriormente sostenidas, apunto la idea expresada por Savatier, quien indica:

"... la práctica contemporánea de la transfusión de sangre o la de determinados injertos vienen a demostrarnos que - ciertos negocios jurídicos corporales no solo no deben an larse, sino por el contrario, deben ser estimulados.

Por ello deja de ser sorprendente que ciertas convenciones en orden a los atentados contra el cuerpo humano sean toleradas, y hasta convalidadas, por la jurisprudencia, PUES AQUI TODO ES CUESTION DE MEDIDA". (30)

Así se puede concluir que la cesión de tejidos capaces de regenerarse, siempre es lícita, no siendo así la de órganos no regenerables, ya que la disposición de estos traería la corres pondiente disfunción o una casi obstrucción de la actividad normal.

(30) Díez Díaz, J. Ob. Cit. p. 276.

Pero ya en concreto, respecto a las cuestiones planteadas, puedo decir:

a''). ¿Se puede disponer de partes esenciales del cuerpo para después de la muerte?

Y la respuesta es sí, ya que si la persona puede inclusive -como ya anoté- "legar" su cuerpo en vida para después de la muerte, es lógico determinar que ya muerto no hay problema alguno de disponer de partes esenciales o del todo del cuerpo.

Sin embargo reitero que en México se ponen muchas trabas a esta disposición de todo el cuerpo para después de la muerte, y debiera examinarse la legislación y permitir el uso indiscriminado, aunque vigilado en su higiene y asepsia por la autoridad, del cuerpo que fue humano.

b''). Disposición de partes no esenciales.

Respecto a este último punto, tampoco hay respuesta negativa, pues sí se puede lo más, que es la disposición de partes esenciales se puede lo menos, que es la disposición de partes no esenciales.

4.6 BARRA DE ABOGADOS.

El presidente de la República Mexicana, Lic. Gustavo -- Díaz Ordaz, fue informado a petición de él de todo lo referente a implantes de órganos humanos, muy de moda en esta época.

Se dijo que lo motivaba el hondo humanitarismo del Gobierno Mexicano, además del gran interés en el progreso de todas las ramas del conocimiento y de la técnica, y el no poder permanecer ajeno al problema del implante de órganos del que podría derivarse una pluralidad de bienes y adelantos en beneficio de los seres humanos.

Con este pedimiento del Titular del Ejecutivo Federal, fomentó el interés de los integrantes y dirigentes de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, evitando se frenara el interés-necesario para el desarrollo de la medicina y cirugía en este capítulo.

El Consejo Directivo de la Barra de Abogados designó una-comisión, la cual se encargaría de realizar un informe referente a toda clase de problemas que se pudieran suscitar con los -implantes de órganos.

Esta comisión estaba integrada por 25 miembros, de los

cuales 19 eran abogados y los restantes, Palavichini, Javier - Creixell de Moral, Benjamín Flores Barroeta, Alfonso Noriega Jr. y Miguel Villoro Tozano.

El tema fue discutido y estudiado desde el punto de vista jurídico, médico, filosófico, constitucional, administrativo, civil, penal y moral.

Observaron que desde el punto de vista moral, existen dos preceptos; el primero llamado el de "totalidad", que afirma que la parte tiene su razón de ser en su totalidad, el otro de los conceptos es el de la caridad:

"Que califica de bueno el acto que un individuo dé algo - suyo en bien de otro". (31)

Si se toma como base el segundo de estos principios, el de la "caridad", se justifican los actos de disposición de partes del cuerpo, bien durante la vida o para después de la muerte, aunque se debe hacer notar que para este caso puede ser inclusive el propio cadáver entero. Además algo muy importante, la idea de libertad que tiene el individuo para disponer de su -

(31) Pratts, Alardo. Criminalia. "Hay que legislar con Prudencia sobre trasplantes al ser humano. No. 2 Febrero, 1969, México, p. 125.

físico, en cualquier época, circunstancia y lugar.

Los puntos a estudiar por esta comisión fueron los siguientes:

- "1. Derecho de la persona a disponer de partes de su cuerpo:
 - a) En vida.
 - b) De partes esenciales, que sean además regenerables.
 - c) De partes esenciales o no, pero regenerables.

2. Vinculos jurídicos resultantes de la disposición hecha por la persona de partes de su cuerpo:
 - a) Con respecto al destinatario de la disposición, en la vida del autor de ella.
 - b) Con respecto al destinatario de la disposición, a la muerte del autor de ella.
 - c) Con respecto a los sucesores del autor de la disposición, a la muerte de este.

3. Derecho de terceros a disponer de partes del cuerpo de una persona:
 - a) En vida de este
 - b) A su muerte". (32)

(32) Cepeda Villareal, Onésimo. Criminalia. "Trasplantes de órganos humanos." Ed. Botas. No. 2 Febrero, 1969. México. p. 174.

Después de haber analizado cada uno de los puntos antes -
mencionados, dedujeron que:

"Primero.- Que toda persona tiene derecho a -
disponer de partes de su cuerpo, si con ello -
obtiene un bienestar corporal o su salud por -
completo. Aquí tendría que atenderse que es -
la aceptación de una intervención quirúrgica, -
o inclusive de un amputación de cualquiera de -
sus miembros externos.

Segundo.- En ejercicio del derecho, la perso
na puede disponer de partes esenciales o no, -
que sean regenerables o que no lo sean, pues
la idea dominante es la salud y el bienestar -
del todo.

Tercero.- La persona tiene derecho a disponer
en vida de partes de su cuerpo, para benefi -
cio de otro, con tal de que el motivo que lo -
impulse sea conforme al orden público y a las -
buenas costumbres, esto es, a la moral.

Cuarto.- El derecho últimamente expresado tie
el límite de lo que es meramente un acto de ad
ministración del cuerpo, mas no la disposición

que entrañe el aniquilamiento.

Quinto.- 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 las personas en esta materia y se permitiría la disposición por parte de terceros de su cuerpo.

Sexto.- En concordancia con lo anterior debe desecharse el derecho de terceros de disponer de partes del cuerpo de una persona, con la salvedad de que se trate de intervenciones médico quirúrgicas indispensables para la salud y no fuera posible obtener su consentimiento.

Séptimo.- Aunque parezca 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 le considera el carácter, no debe olvidarse la grave influencia de la religión y de la moral, que desde antiguo pesan en cuanto al cuerpo humano.

Octavo.- La disposición del cuerpo para después de

la muerte es revocable y libre por su autor.

Noveno.- La disposición del cuerpo para después de la muerte es en principio vinculatoria con respecto a los sucesores del autor.

Décimo.- En principio, los sucesores pueden disponer los restos mortales y puede hacerlo también la colectividad.

Décimo Primero.- En todo caso de disposición de la propia persona, de los sucesores, en vida o para después de la muerte, habrá que examinar sobre todo el motivo lícito, orden público, buenas costumbres, moral, pues la cuestión no radica en la comerciabilidad del cuerpo sino en la causa moral, - valiosa que determine la disposición. En consecuencia siempre tendrá la sociedad el derecho de aprobar y reprobar, y reprobará la disposición hecha". (32)

Como puede observarse, el problema referente a la utilización del cadáver es realmente grave, por todos los atavismos que se arrastran cuando desde la antigüedad se han llevado a ca-

(32) Ibidem. p. 174.

bo actos de disposición, la doctrina lo ha tratado, pero los le
gisladores parecen rehuirle al tema, y este hecho hace que la -
legislación mexicana en forma expresa no contenga casi nada al -
respecto.

Este proyecto fue llamado más tarde "Proyecto de Ley Fe-
deral sobre Trasplantes y otros aprovechamientos de Organos y Te
jidos Humanos", resultó un desastre y no pasó a mayores.

CONCLUSIONES

- PRIMERA: El delito previsto por el artículo 461 de la Ley General de Salud, debería ser considerado como grave, a efecto de que el sujeto activo del ilícito de referencia no alcance el beneficio de la libertad provisional.
- SEGUNDA: En la mayoría de ocasiones el sujeto activo del delito objeto de la presente tesis, previamente secuestró a la víctima del mismo, por lo que observamos el concurso material de delitos.
- TERCERA: La conducta empleada para la comisión del delito, es generalmente dolosa, por lo cual sostenemos que quien ejecuta el injusto, obra con toda la intención y a sabiendas de la gravedad del mismo.
- CUARTA: Resulta un notable acierto que el artículo 462 como parte integrante del capítulo referente a los delitos citados en la Ley General de Salud, prevea el ilícito de la obtención de órganos humanos, ya que es innegable que quién transporta de un país a otro o en el mismo país, órganos humanos despliega esta conducta, en virtud de que existen sujetos que los adquieren, plenamente conscientes de su acto, de ahí el mercado negro relacionado con tal actividad.

QUINTA: La Reforma que proponemos, al artículo 461 de la Ley General de Salud, en el sentido de redactar en los siguientes términos: "Artículo 461.- Al que transporte dentro del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes, de seres humanos vivos o de cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a ocho años y multa por el equivalente de diez a ciento veinticinco días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Lo anterior obedece a que el delito se comete con la simple transportación, sin la autorización de quien pueda otorgarla, de los órganos, tejidos y sus componentes, de seres humanos vivos o de cadáveres, en virtud de que quien lleva a cabo esta acción, pretende con posterioridad realizar la transacción de los órganos, tejidos y sus componentes, a efecto de conseguir un alto lucro, más aún el presente delito en su tipo penal, sería de peligro.

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

- Beling, Ernest Von. Esquema de Derecho Penal. Traducción. - Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1944.
- Beling, Ernest Von. La Doctrina del delito. Tipo Traducción. Depalma. Buenos Aires, Argentina 1984.
- Cárdenas, Raúl F. Derecho Penal Mexicano. Porrúa, México --- 1982. 3a. Ed.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Las causas que excluyen la incriminación. Talleres de Eduardo Limón. México 1944.
- Carrancá y Trujillo, Raúl. Carrancá y Rivas Raúl. Código Penal Anotado. Porrúa. México 1995. 18a. Ed.
- Carrancá y Trujillo Raúl. Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Porrúa. México 1982. 14a. Edición.
- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Porrúa. México 1984. 20a. Ed.
- Cepeda Villarreal, Onésimo. Revista Criminalia. México, D.F. 1969.
- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Porrúa. México 1977. 4a. Ed.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal Argentino. Nacional. México 1953. 4a. Ed.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Driskill. Buenos Aires, Argentina 1979.

Folchi, Mario O. La importancia de la tipicidad en el Derecho Penal. Depalma. Buenos Aires Argentina, 1960.

Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal. Botas. México. 1940.

Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Cajica. Puebla, Pue., México. 1988.

Hernández López, Aaron. El Proceso Penal Federal Comentado. Porrúa. México 1995. 3a. Ed.

Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Sudamericana. Buenos Aires, Argentina, 1980, 10a. Ed.

Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Porrúa. Tomo I. México 1985. 5a. Ed.

Kummerow, Gert. Derechos sobre, aspectos relativos a la propiedad del cadáver. Revista de la Facultad de Derecho. Caracas, Venezuela, 1957.

Márquez Piñero, Luis. Diccionario Jurídico Mexicano. Porrúa.
Tomo D-H. México 1992. 5a. Ed.

Núñez, Ricardo C. Derecho Penal Argentino. Omeba. Buenos Aires, Argentina, 1960.

Oronoz Santana, Carlos M. Las Pruebas en Materia Penal. Pac. México, 1993.

Oronoz Santana Carlos M. Manual de Derecho Penal. Limusa. México 1994. 3a. reimpresión.

Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Porrúa. México 1985. 7a. Ed.

Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Porrúa. México. 1984. 9a. Ed.

Rojas Avendaño, Mario. Los trasplantes de corazón. Revista Criminalífa. México D.F. 1969.

Savalier, Jean. Trasplantes de Organos. Revista Jure. Guadalajara, Jalisco. Sep. - Dic. 1973.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Porrúa. México-1983. 4a. Ed.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal.

Ley General de Salud.