



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

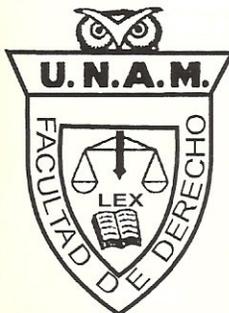
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

UNIFICACION DE TERMINOLOGIA EN LA
NORMATIVIDAD VIGENTE, EN RELACION A LA
OBTENCION DE ORGANOS Y TEJIDOS DE SERES
HUMANOS CON FINES DE TRASPLANTE EN MEXICO

TESIS

QUE PARA OPTAR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
MIGUEL ARROCENA SALGADO



ASESOR:
LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA

CIUDAD UNIVERSITARIA

2008



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.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/SP/206/10/08
ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por medio del presente me permito distraer su fina atención, para hacer de su superior conocimiento, que el alumno **MIGUEL ARROCENA SALGADO** ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección de el **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA**, la tesis profesional titulada **“UNIFICACIÓN DE TERMINOLOGÍA EN LA NORMATIVIDAD VIGENTE, EN RELACIÓN A LA OBTENCIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS DE SERES HUMANOS CON FINES DE TRASPLANTE EN MÉXICO”** que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El **LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA**, en su calidad de asesor, informa que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **“UNIFICACIÓN DE TERMINOLOGÍA EN LA NORMATIVIDAD VIGENTE, EN RELACIÓN A LA OBTENCIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS DE SERES HUMANOS CON FINES DE TRASPLANTE EN MÉXICO”** puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a el alumno **MIGUEL ARROCENA SALGADO**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

“El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”

Agradeciéndole la atención al presente, le reitero como siempre las seguridades de mi más alta y distinguida consideración y respeto.

ATENTAMENTE
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Cd. Universitaria, D. F., a 20 de octubre de 2008

LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



CON PROFUNDO AGRADECIMIENTO Y CARIÑO, DEDICO EL PRESENTE TRABAJO A QUIENES NI CON MI VIDA ENTERA PODRÍA PAGAR UN SÓLO INSTANTE DEL GRAN ESFUERZO QUE HAN REALIZADO PARA PODER BRINDARME LA OPORTUNIDAD DE LLEGAR A ESTE MOMENTO DE ENORME TRASCENDENCIA EN MI VIDA. AL ÚNICO Y VERDADERO AMIGO, MI PADRE; EN MEMORIA DE LA MUJER QUE ME BRINDÓ EL PATRIMONIO INVALUABLE DE EXISTIR, A MI MADRE.

SR. DR. MIGUEL ARROCENA CRUZ.
SRA. MARÍA MATILDE SALGADO MARTÍNEZ. †

A MI ESPOSA GABRIELA LUNA NÚÑEZ, A MIS HIJAS NALLELY Y JACQUELINE ARROCENA LUNA, DE QUIENES SIEMPRE HE RECIBIDO AMOR, CARIÑO Y COMPRENSIÓN.

A MI HERMANO, ING. LEVID ARROCENA SALGADO, QUIEN CON SU EJEMPLO ME HA ENSEÑADO, QUE LA PREPARACIÓN CONSTANTE, ES EL SUSTENTO AUTÉNTICO DE UN TÍTULO PROFESIONAL.

A LA MÁXIMA CASA DE ESTUDIOS, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, DE LA QUE HE RECIBIDO LA FORMACIÓN PROFESIONAL, CULTURAL Y SOCIAL, NECESARIA PARA SENTIRME ORGULLOSAMENTE UNIVERSITARIO.

**UNIFICACIÓN DE TERMINOLOGÍA EN LA NORMATIVIDAD VIGENTE, EN
RELACIÓN A LA OBTENCIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS DE SERES
HUMANOS CON FINES DE TRASPLANTE EN MÉXICO.**

Í N D I C E

	Página
Introducción.	I

CAPÍTULO I

Antecedentes históricos de los trasplantes

1.1. Primeros trasplantes de órganos a nivel internacional y nacional.	1
1.2. Problemas morales, éticos y jurídicos en los trasplantes de órganos.	13
1.3. Diversos puntos de vista para determinar la muerte de un ser humano.	23
1.4. Logros alcanzados en materia de trasplantes, así como su proyección.	27

CAPÍTULO II

Normatividad vigente en México, respecto a los trasplantes

2.1. Ley General de Salud.	34
2.2. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.	51
2.3. Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, Para la Disposición de Órganos y Tejidos de Seres Humanos con Fines Terapéuticos, Excepto Sangre y sus componentes.	61

	Página
2.4. Bases de Coordinación que Celebran la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como la General de la República.	67
2.5. Estudio Comparado: Estados Unidos y Argentina.	70
2.6. Sumario.	76

CAPÍTULO III

Inobservancia de la normatividad vigente en la obtención de órganos y tejidos; artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud.

3.1. Dogmática jurídico-penal.	79
3.2. Delito en General y Delito Especial.	80
3.3. Presupuesto del delito.	93
3.4. Elementos del delito.	98
3.5. Iter criminis.	133
3.6. Tentativa.	137

CAPÍTULO IV

Unificación de terminología en la normatividad nacional vigente, respecto a la obtención de órganos y tejidos.

4.1. Importancia de los criterios y la terminología en la normatividad.	141
4.2. La Secretaría General de Salud, como órgano procurador y coordinador en los trasplantes de órganos y tejidos.	144
4.3. Discrepancia de términos en torno a la normatividad vigente, relativa a la obtención de órganos y tejidos de seres humanos con fines de trasplante en México.	146
4.4. Medios para la unificación de términos en la normatividad vigente, en cuanto a la obtención de órganos y tejidos de seres humanos con fines de trasplante.	148

Conclusiones.	153
Propuesta.	157
Bibliografía.	162

INTRODUCCIÓN

Podemos afirmar que desde que el ser humano tuvo su origen en este planeta, a la par, surgieron las enfermedades que fueron combatidas en diferentes formas y sentidos; por ejemplo, el hombre primitivo creía que éstas se debían a castigos o caprichos de los dioses, a espíritus que se introducían en el cuerpo.

Resultaría por demás interesante intentar resumir las etapas históricas de la medicina universal; sin embargo, sólo nos referiremos a los dos grandes períodos radicales que de alguna manera marcaron el inicio de un gran desarrollo de la Ciencia Médica.

El primer período es aquel en donde se ejercía una medicina no científica, seguramente tratando de resolver el problema de salud, imitando a los animales que se encontraban en situaciones similares; así, el médico en sus inicios fue un verdadero cirujano en su más amplio sentido, debido a que se abocaba a curar los traumatismos originados por la situación geográfica, el desconocimiento, las riñas y en sí por la propia actividad que se realizaba en ese tiempo.

En materia de salud, el ser humano tuvo que reconocer inicialmente su composición anatómica, por ello se realizaban un sinnúmero de disecciones tanto en animales como en seres humanos vivos o muertos; aunque en realidad estas disecciones no tenían fines terapéuticos, su objetivo era religioso o mágico.

Por otro lado, en el segundo período encontramos a la medicina científica, donde se asume la responsabilidad de someterse a criterios de verdad objetivos, a pruebas de verificación.

Como podemos observar, de una u otra manera, en ambos períodos encontramos como común denominador al instinto nato de buscar a costa de cualquier precio la preservación de la salud y más aun de la vida. Es por esto que

aquellos individuos que se encuentran inmersos en el estudio de algunas ciencias como la química, la biología o la bioingeniería; entre otras, ofrecen al campo de la medicina sus mejores esfuerzos en pos de la preservación de la estabilidad corporal.

Uno de los logros alcanzados en el restablecimiento de la salud es, sin lugar a duda, la elaboración de prótesis que sin ser parte del cuerpo y carecer de la sensibilidad del mismo, desempeñan las funciones para las cuales fueron diseñadas. Con su perfeccionamiento y con las nuevas técnicas que las han superado, como los trasplantes de órganos y tejidos, se han logrado éxitos inimaginables.

Todo ser humano protege celosamente su salud y su vida, bienes que las legislaciones vigentes en el mundo tutelan con la misma intensidad.

Con la constante transformación de las técnicas y evolución de las ciencias, las estructuras existentes se ven obligadas a cambiar, adecuándose a los nuevos roles que en un momento dado fueron calificados de inhumanos, absurdos o como unas simples quimeras.

La economía, el derecho, la religión, la moral y la ética juegan un papel importante en todos los procesos de cambio en los cuales media la salud y la vida; si lo vemos desde un punto de vista económico, se requiere una mediana base financiera para que la ciencia y la tecnología se desarrollen conforme a las necesidades nacionales e internacionales.

En lo que se refiere al derecho, la religión, la moral y la ética; estas estructuras sufren sus cambios conforme se presentan los hechos en la vida diaria, no se puede legislar sobre cierta situación que aún no existe, no se puede calificar de bueno o de malo a lo que no tiene bien definidos sus resultados. Por ende, algunos problemas de salud que han acompañado a la humanidad como

son las epidemias, las amputaciones, el aborto y más recientemente el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, han tenido que enfrentarse a cánones que no podemos seguir sustentando, debido a que la revolución médica nos exige día con día una mejor valoración respecto del cuidado y restablecimiento de nuestra integridad corporal.

Como miembros de una generación que le ha tocado vivir una época de transición, es obligación de todos y cada uno de nosotros, romper con todos aquellos prejuicios que lejos de beneficiar a la evolución y al progreso, nos encierra en una intolerable anarquía que de permitirle dejará a nuestras ulteriores generaciones en una notable desventaja.

MIGUEL ARROCENA SALGADO.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y TEJIDOS.

1.1. Primeros trasplantes de órganos a nivel internacional y nacional.

La medicina es una de las ciencias que ha tenido un gran desarrollo durante los dos últimos siglos, en ella vemos plasmada toda una gama de conocimientos que no tan sólo brindan al hombre la posibilidad de demostrarse a sí mismo su capacidad cognoscitiva, sino que también le brinda la oportunidad de recuperar y mantener un estado de salud óptimo, tanto para su desarrollo personal como colectivo.

El hablar en nuestros días de trasplantes de órganos y tejidos no representa mayor novedad, sin embargo, existen diversas inquietudes que giran alrededor de ellos; una de éstas es la de establecer con toda claridad el alcance de cada uno de los conceptos que se encuentran involucrados en este tipo de cirugías, para ello empezaremos por dar algunas nociones al respecto. Para el cirujano David C. Sabiston, trasplante **“es la extracción o el desprendimiento parcial de parte de un cuerpo y su implante en el cuerpo de la misma persona o de otra”**¹, dicho de otra manera por Antonio Gordillo Cañas, es la **“obtención de órganos o piezas anatómicas procedentes de donante vivo o fallecido para su ulterior injerto o implantación en otra persona.”**²

De lo anterior se desprenden dos términos más, injertos e implantes. En el Diccionario Enciclopédico de las Ciencias Médicas, a los primeros se les define como la **“porción de tejido, como piel, peristilo, huesos o algunas veces**

¹SABISTON, David C. et al, “Tratado de Patología Quirúrgica”, tr. Blengio Pino, José Rafael, 13ª.ed, Tomo I, Ed. Interamericana, México, 1988, p.957.

²GORDILLO CAÑAS, Antonio. “Transplantes de Órganos Pietas familia y solidaridad humana”, Ed. Civitas, España, 1987, p.59.

órgano completo, empleado para sustituir un defecto corporal”³ o como sugieren Luigi y Poli Savatore al definirla como la “operación de trasplantar un tejido u órgano de una parte del cuerpo de un mismo individuo (injerto autoplástico), o de un individuo a otro de la misma especie (injerto homoplástico), o de especie distinta (injerto heteroplástico).”⁴ Lange Wolfgang G., refiere que adjunto a los anteriores, encontramos los que se realizan entre “seres genéticamente parecidos o idénticos, como hermanos gemelos o univitelinos (injertos isoplásticos).”⁵

Respecto a los implantes, José María Mascaro y Pocar, señala que son la **“fijación, inserción o injerto de un tejido u órgano en otro.”⁶**

La terapéutica, concebida como el área de la medicina que se encarga de la restauración del orden corporal alterado por la enfermedad, ha puesto parte de su atención en la perspectiva de seguir supliendo a órganos y tejidos que han sido afectados por traumatismos o por alguna enfermedad de diferente índole, elaborando para este fin múltiples técnicas y procedimientos con el propósito de llegar a obtener los resultados esperados desde hace varios años.

Anatómicamente hablando, al conjunto de células con las mismas características morfológicas y funcionales se le denomina tejido, como lo es entre otros el tejido muscular, sanguíneo y nervioso. En los mismos términos, al conjunto de tejidos se le da el nombre de órgano; por ejemplo corazón, riñón, hígado, etcétera.

Como se observa, el concepto de trasplante encierra toda una serie de definiciones a las cuales ya se hizo referencia, pero para darle claridad al tema principal del actual trabajo, los emplearemos bajo el siguiente orden de ideas:

³Diccionario Enciclopédico de las Ciencias Médicas, 4ª. Ed, Ed. McGraw-Hill, México, 1984, p.237.

⁴SACATORE, Luigi y Poli. “Diccionario Médico”, tr. Ruiz Lara, Rafael, 5ª. ed, Ed. Taide, España, 1978, p.1171.

⁵WOLFGAG G, Lange. et al, “Lecciones de Cirugía”, Ed. López Libreros, Buenos aires, 1980, p.565.

⁶MASCARO Y POCAR, José María. “Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas”, 11ª ed. Ed. Salvat, México, 1978, p. 933.

TRASPLANTE: Acción de extraer un órgano o tejido con la finalidad de implantarlo en el mismo individuo, o en otro de la misma especie, o en otro de especie diferente.

INJERTO: Órgano o tejido extraído para su ulterior implante en el mismo individuo, o en otro de la misma especie, o de especie divergente.

IMPLANTE: Resultado de introducir, adherir a un ser humano, un órgano, tejido y/o elementos inertes; ajenos o no a su integridad corporal.

TERAPÉUTICA: Método empleado con resultados positivos en el restablecimiento de la salud.

Compartiendo el criterio de los doctores Samuel L. Kountz y Ralph R. Roan, estimamos que no son los injertos quienes se deben clasificar según la relación taxonómica existente entre el donador y el receptor, sino que deberían ser los trasplantes quienes se clasifiquen en autoplásticos, heteroplásticos, homoplásticos e isoplásticos.

Realizado el análisis conceptual, citaremos algunos datos históricos que nos harán comprender un presente y un futuro exitoso en lo relativo al trasplante de órganos y tejidos.

La idea de los trasplantes es concebida ya desde la mitología griega, Homero nos habla en su obra “La Iliada”, de un monstruo con trasplantes de piezas anatómicas de variadas especies animales, siendo los trasplantes homoplásticos los primeros que se realizaron; principalmente los de tejidos.

Durante el Imperio Romano el trasplante de tejidos tuvo un gran progreso, sin embargo, con la invasión de los bárbaros el desarrollo se detuvo.

Fue hasta el siglo XVI cuando Gaspar Tagliacozzi, creó en Bolonia una clínica para la restauración de nariz utilizando colgajos realizados con el antebrazo; técnica que en la actualidad se utiliza bajo el nombre de Colgajo de Tagliacozzi o Método Italiano.

El primer reporte médico moderno de un trasplante de piel fue dado por Bûger en 1823, quien reconstruyó parte de la nariz de una mujer.

En 1869 en el Hospital de Necker de París, Reverdin reportó a la Sociedad Imperial de Cirugía del mismo país, el éxito del trasplante de epidermis para cubrir superficies granuladas. Los iniciadores del trasplante en seres humanos no consideraron las reacciones producidas por esta cirugía, aun en los denominados autoplásticos, no obstante; en 1898 Porchas anunció los resultados positivos obtenidos del trasplante de delgadas porciones de piel de donante vivo para cubrir zonas de un paciente que había sufrido una serie de quemaduras.

Un modelo para utilizar trozos de piel de diversa especie fue dado por Fenwick, quien empleó piel de oveja para reparar una uretra humana.

El factor rechazo fue y sigue siendo uno de los problemas que han enfrentado los trasplantes, Jonh Stage Davis en 1917 señaló que el factor sanguíneo es un punto básico para evitar este rechazo; por su parte Shawan concluyó que cuando el donador y el receptor tienen el mismo grupo sanguíneo las probabilidades de éxito se incrementan, aunque en la actualidad es bien sabido que no es exclusivamente este factor el determinante.

Los primeros trasplantes de corneas se efectuaron en Londres aproximadamente entre 1872 y 1878 por Power, quien realizó diversos experimentos al respecto, tanto en animales como en humanos, recomendando para obtener mejores resultados los trasplantes corneales homoplásticos.

No fue sino hasta la primera década del presente siglo cuando se superaron, en parte, las dificultades técnicas que implican los trasplantes de órganos y tejidos.

En 1902 se reportaron resultados favorables en el trasplante técnico de órganos homoplásticos y autoplásticos en perros, siendo en este mismo año cuando se dio a conocer el trasplante de tejido heteroplástico.

Considerado como el precursor del trasplante renal, Floresco sostuvo que la pérdida de algunas funciones después del trasplante de órganos tenía su origen en errores técnicos cometidos durante la ejecución de éstos; recomendando por consiguiente la anastomosis (creación de una comunicación artificial entre el órgano trasplantado y la cavidad receptora), retirando con posterioridad las suturas realizadas en ambos.

Sabiston estima que “el descubrimiento de la inmunidad celular, antígenos de histocompatibilidad y tolerancia inmunitaria fueron impulsos importantes en el conocimiento del rechazo del trasplante.”⁷

Con el hallazgo de los inmunosupresores químicos se inicia una breve; pero brillante época en lo relativo a la trasplantación.

S. Russell nos dice que “la experiencia más abundante en la trasplantación es la relativa a la del riñón, la cual se inició principalmente con trasplantes heteroplásticos derivados de chimpancés o babones (Reemtsma y col. 1964) (sic). Se lograron breves períodos de ayuda metabólica para el paciente antes de que apareciera la reacción de rechazo más violenta, por lo común acompañada con gran dignidad genética y provocada por la muerte de los injertos a pesar de una inmunosupresión intensa.”⁸

⁷SABISTON, ob. cit., p.1013.

⁸S. RUSSELL, Paul. et al. “Principios y Práctica de Cirugía”, tr. Sapina Renard, Santiago, 4ª ed, Ed Interamericana México, 1970, p.850.

Como todo lo desconocido implica cierto riesgo, durante varios años se efectuaron experimentos con trasplantes heteroplásticos de riñón, siendo el primer trasplante homoplástico de este órgano, en humanos, el que se llevó a cabo en 1933 en Ucrania por Voronoy, quien trasplantó el riñón de una persona que había sufrido un traumatismo craneoencefálico a un paciente con insuficiencia renal aguda por intoxicación; desafortunadamente con resultados desfavorables debido a que no funcionó el riñón implantado.

Sabiston, en su “Tratado de Patología Quirúrgica” refiere que **“Hufnagel, Hume y Landestemer en Boston hicieron en 1946 un trasplante homoplástico renal a los vasos del brazo. El riñón trasplantado funcionó transitoriamente hasta que se recuperaron los propios riñones de la paciente y pudo salir del hospital totalmente recuperada.”**⁹

S. Rusell señala que **“en 1954 Murray hizo el primer trasplante exitoso entre hermanos gemelos idénticos.”**¹⁰

Haciendo referencia a los primeros períodos de mayor duración en trasplantes renales homoplásticos, apuntaremos que el primero a partir de un hermano gemelo homocigoto se efectuó en 1956, a partir de un familiar no gemelo en 1963, y por último, de riñón proveniente de cadáver en 1964.

CORAZÓN.- Siendo este órgano el que por varios años había sido apreciado como el más importante dentro de la estructura anatómica del hombre, los equipos de investigadores dudaban en realizar el primer trasplante homoplástico en humanos. Un intento que vio frustrados sus objetivos fue el efectuado por Jackson Hardy en enero de 1964, quien pretendió llevar a cabo el primer trasplante homoplástico cardiaco en esta especie, sin embargo, por no encontrarse el injerto en condiciones óptimas, la intervención se ejecutó con el

⁹SABISTON, ob.cit., p.1015.

¹⁰S. RUSELL, ob. cit., p.855.

corazón de un chimpancé, cuyas dimensiones impidieron un retorno venoso satisfactorio, ocasionando la muerte del paciente.

Más tarde, en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, Christopher Bernard, siguiendo la técnica de Shumwy, hizo posible el sueño anhelado trasplantando el 3 de diciembre de 1967 el corazón de una mujer a un hombre de 55 años de edad; estimando a este trasplante como el primero en su género.

El personal que intervino en el trasplante cardiaco homoplástico fue encabezado por el profesor Christopher Bernard, asesorado por Jan H. Louw; se requirió además de dos neurocirujanos, dos anestesiólogos y seis enfermeras.

El 3 de enero de 1968 Christopher Bernard obtenía mejores resultados en un segundo paciente.

En los Estados Unidos los pioneros del trasplante cardiaco fueron Shummay y Cooley en 1969 y 1968, respectivamente.

En el año de 1969 J.D. Haller realizó un recuento de las intervenciones conocidas, en éste encontró 146 trasplantes efectuados en 144 pacientes por 56 equipos de 20 países diferentes.

En noviembre de 1971 el *Organ Transplant Registry* recogía 179 trasplantes, de los cuales 115 eran americanos, 16 canadienses, 10 franceses y 9 sudafricanos. De estas 179 intervenciones, 103 se realizaron en 1968, 47 en 1969, 17 en 1970 y 12 en 1971.

En su fase inicial este trasplante encontró un 30% de sobrevivencia de los pacientes al cabo de un año, hecho que provocó que únicamente cuatro centros hospitalarios prosiguieran con esta técnica, aunque era aplicada exclusivamente en casos seleccionados.

De 1971 a 1978 se efectuaron 26 trasplantes cardiacos en todo el mundo. En 1979 los centros hospitalarios que realizaban esta terapéutica se incrementaron, por lo que de 1980 a 1983 se hicieron más de 210 trasplantes cardiacos en 10 instituciones situadas en todo el mundo.

Hasta 1987 la Universidad de Stanford, llevó a cabo el 40% de todos los trasplantes de corazón, en tanto que el Colegio de Virginia hizo 45 intervenciones de esta índole de 1968 a 1982.

HÍGADO.- Se ha buscado suplir órganos que desarrollen funciones primordiales respecto a su exclusividad y temporalidad con el fin de brindar a la población que lo requiera, una alternativa más para preservar su salud.

Starzl, en la *University of Colorado* realizó el primer trasplante homoplástico hepático el día 1º de marzo de 1963, el niño en el cual se implantó el órgano murió el mismo día de la operación debido a una hemorragia.

La constancia y dedicación de los equipos médicos no se vio afectada por los resultados obtenidos en las ciudades de Denver, Boston y París hasta 1967, año en el cual el precursor del trasplante de referencia, Starzl, conservó con vida por un período prolongado a un receptor humano. En 1978 Calne complementó estos trasplantes introduciendo el inmunosupresor denominado ciclosporina, al cual Starzl en 1980 agregó prednisona, logrando de esta manera llegar a percibir mejores resultados en la operación.

Del 1º de marzo de 1980 al 31 de diciembre de 1984 se trasplantó el hígado a 117 adultos y 136 niños en la serie de Colorado-Pittsburgh. Para el año de 1986, el promedio de sobre vivencia anual en este trasplante fue de un 69.7% y de un 62.8% quincenales, cifras que estimularon cada vez más la práctica de esta intervención en los Estados Unidos y otros países.

PULMÓN.- El primer trasplante pulmonar se efectuó en 1963 y fue seguido de más de 45 intentos en todo el mundo durante los dos decenios siguientes, sin que en ninguno se lograra éxito a largo plazo.

Con base en lo aprendido en el laboratorio, el grupo de Toronto realizó con resultados favorables un trasplante de pulmón en 1983. Hasta fines de 1986 este grupo había realizado siete trasplantes de un sólo pulmón con cinco sobrevivientes a largo plazo, todos con notable y similar calidad de vida.

Durante 1986 esta operación, pero ahora con los dos pulmones, se efectuó en un paciente del grupo de Toronto y tres del grupo de Inglaterra con resultados bastante alentadores.

Una variante del trasplante pulmonar es el que se realiza a la par con el de corazón es decir, trasplante homoplástico cardiopulmonar, indicado generalmente en pacientes que han sufrido daños irreversibles en ambos órganos. Después de años de estudio en el laboratorio de la Universidad de Stanford, en 1981 Reitz se convertía en el precursor de este trasplante de manera satisfactoria.

PÁNCREAS.- Los pioneros del trasplante homoplástico pancreático que mostraron interés para curar la diabetes fueron Kelly y Lillihei, quienes en el invierno de 1966 practicaron este tipo de cirugía combinando el trasplante pancreático con el renal. Más tarde, en 1967 Lillihei aplicando la técnica de Largiader, en perros, trasplantó un páncreas íntegro en humanos.

El interés inagotable de Lillihei, lo llevó a ejecutar en 1970 diez trasplantes homoplásticos pancreaticoduodenales, nueve con un trasplante simultáneo de riñón proveniente de cadáver; mientras que el décimo únicamente pancreático, infortunadamente los diez con un promedio de sobrevida de once meses.

Por otra parte, el grupo de Kelly de 1969 a 1971 realizó tres trasplantes pancreaticoduodenales, dos sin un trasplante simultáneo, motivo por el cual fracasaron, mientras que el tercero se llevó a cabo con un trasplante renal de cadáver con resultados de diez meses de sobrevida.

Como el propósito de todo trasplante es prolongar la vida, el mayor tiempo posible, en 1971 Gliedman y su equipo trasplantaron primeramente el páncreas y seis meses después los riñones de donador cadáver, logrando términos de sobrevida de dos y cuatro años.

Entre 1966 y 1977 el *American College of Surgeons National Institutes of Health Organ Transplant Registry*, reportaba 57 trasplantes de páncreas íntegro en 54 pacientes con diabetes, 28 con trasplante renal simultáneo de donador cadáver, 3 trasplantes con duración mayor de un año y el más prolongado por cuatro.

En la actualidad existen países que sin poseer una infraestructura material altamente evolucionada, han sabido impulsar el desarrollo de las ciencias supliendo estas carencias con la constancia y dedicación de sus elementos humanos; quienes buscan modificar, perfeccionar o crear nuevas y mejores técnicas para su aplicación en determinadas materias del conocimiento racional.

En el campo de las Ciencias Médicas, México ha sabido demostrar con hechos lo que con antelación se señalaba; podríamos decir que es hoy en día uno de los países a nivel mundial que pueden ofrecer a la población una terapia bastante efectiva, con resultados similares. Hablamos, pues, del trasplante de órganos y tejidos, no obstante de ser tan corta nuestra experiencia.

Nuestros antecedentes históricos en la práctica de los trasplantes se remonta apenas al año de 1963, cuando el equipo médico que integró el Comité de Trasplante Renal, trasplantó el primer riñón en el Hospital General del Centro

Médico Nacional; dicho equipo estuvo integrado por grandes maestros de la salud como el doctor Ortiz Quezada, Exaire Mouret y Quijano Narezo. A este grupo con posterioridad se le integraron sacerdotes católicos, protestantes y rabinos; debido quizá a la innovación que representaba este contacto con tan cuestionada cirugía, haciendo notar que esta experiencia quirúrgica se concretó con donador vivo relacionado.

Para el siguiente año, en 1964, nuevamente se practicó esta intervención en la misma Institución de Salud Pública, salvo que en esta segunda ocasión se implantó un injerto de donador cadavérico, hecho que trajo como consecuencia los primeros problemas legales que se acentuaron con mayor énfasis en 1970.

Equipos como el del Instituto Nacional de Cardiología en 1967 y el del Instituto Nacional de Enfermedades de la Nutrición, dirigido por el doctor Federico Chávez Peón, en 1968, forjaron el éxito total de los trasplantes en nuestro país. Los primeros resultados se obtuvieron en el Hospital Infantil de México, en el Hospital Central Militar y en el Desarrollo Integral de la Familia; siempre bajo el apoyo y supervisión del doctor Octavio Ruiz Speare, no olvidando al doctor Javier Castellanos Cautiño quien realizó sus mejores esfuerzos en el Hospital 20 de Noviembre.

PÁNCREAS.- Una de las enfermedades que prevalece en la población mexicana es la diabetes, alteración de la salud que encuentra una opción de solución en el trasplante de páncreas.

Es lógico entender que todo lo que realizamos en nuestra vida privada o pública, dentro de la cual cabría la profesional, obedece a ciertas necesidades. En el Centro Médico Nacional, el equipo del doctor Álvarez, se dedicó a la experimentación del trasplante que nos ocupa entre 1960 y 1965.

Todas las investigaciones, estudios y experimentos llevados a cabo en nuestro país se concretaron en el primer trasplante pancreático que tuvo verificativo en el año de 1984, con el doctor Arturo Dibb Kuri.

El Distrito Federal no siempre ha sido, ni lo es en la actualidad, la metrópoli en la que se encuentren los mejores servicios médicos; existen algunas entidades federativas que han marcado los caminos a seguir en materia de trasplantes; en Coahuila, el doctor Federico Juárez practicó dos cirugías de trasplante pancreático en 1989.

El trasplante pancreático se puede ejecutar conjuntamente con el de riñón; en México el iniciador de esta operación fue el doctor Juan Gaviño Chapa quien con la ayuda de los doctores Fernando del Valle Bayona, David González Bárcenas y Alejandro Pérez López realizaron en el Hospital de Especialidades Centro Médico de la Raza el primer trasplante pancreático renal exitoso en 1989.

HÍGADO.- Para que un trasplante de órgano o tejido tenga resultados positivos, se requiere de la participación de especialistas calificados como cirujanos, hepatólogos, banco de sangre, etcétera.

Los pioneros del trasplante hepático en México estuvieron encabezados por el doctor Héctor Diliz, éstos realizaron el primer trasplante en su tipo en 1985, con resultados poco favorables; años más tarde el 2 de mayo de 1988 en el Instituto Nacional de Nutrición “Salvador Zubirán” el señor Héctor Hernández de 41 años de edad, recibía un implante de hígado gracias al Programa Nacional de Trasplantes, a través del cual se obtuvo el injerto proveniente de donador cadáver de 19 años, quien falleció en el Instituto Nacional de Neurología y Neurocirugía.

CORAZÓN.- Uno de los trasplantes que ponen a nuestro país a la altura de los más prestigiados centros hospitalarios a nivel internacional es, sin lugar a duda, el trasplante de corazón, del cual podemos señalar al igual que el de

hígado, reafirmaron en el mismo año la destreza, capacidad y empeño de los médicos nacionales.

En el Instituto Mexicano del Seguro Social, el doctor Rubén Argüero Sánchez inició el 21 de junio de 1988, una etapa más en lo relativo a los trasplantes en México, logrando implantar el corazón a un paciente de 46 años. Tres meses después el 13 de septiembre, una intervención más tiene el mismo éxito de la primera, salvo que ésta estuvo dirigida por el doctor Javier Palacios Macedo.

PULMÓN.- Gracias al mismo donador del segundo trasplante cardíaco, el equipo del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias llevó a cabo, con muy buenos resultados, el primer trasplante pulmonar.

Debemos señalar que el trasplante pulmonar puede asumir tres variantes: Unilateral (un pulmón), doble (ambos pulmones) y en bloque cardiopulmonar (corazón y pulmón).

En México el inicio del trasplante pulmonar fue de tipo unilateral.

1.2. Problemas morales, éticos y jurídicos en los trasplantes de órganos y tejidos.

Generalmente suele aplicarse el término moral como sinónimo de ética y viceversa sin embargo, en términos muy generales podemos señalar que la moral es el conjunto de valores que practica una sociedad y que una vez analizados son aplicados por la misma como buenos o malos. Por su parte, la ética está compuesta de valores que se reflexionan en lo individual, llegando a constituir una verdadera norma de conducta que no siempre está de acuerdo con la moral que profesa determinada sociedad.

En el texto del artículo relativo a la trasplatación de órganos y tejidos, publicado en la Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social, se asevera que **“la palabra ética deriva del griego ethos, que significa conducta, carácter o modo de ser; a su vez el término moral proviene del latín: mus, moris, que quiere decir conducta.”**¹¹ Siendo así, ambos términos tienen como común denominador al ser humano, por tanto, la moral y la ética cambiarán de acuerdo a la época, lugar y condiciones específicas.

La tarea del profesional, técnico y auxiliar de la Ciencia Médica, continuamente está sometida a determinaciones morales y éticas, motivo por el cual debe saber sobreponer las segundas ante las primeras.

El Padre de la Medicina, Hipócrates, legó a sus posteriores generaciones un marco de conducta a seguir por todo aquel que tenga cierta intervención en el quehacer de la terapéutica; su juramento contiene una fuerte dosis de ética que podría ser concretada en la restauración y preservación de la salud de todo ser humano, sin considerar su situación social, económica o política.

Dos factores básicos que determinan la moral y la ética de una sociedad son, paradójicamente, la evolución de las ciencias y la religión. Por lo que respecta al pueblo latinoamericano, el cristianismo es la corriente religiosa generalmente practicada y no siempre bien entendida.

Es totalmente erróneo afirmar que el cristianismo sea poco claro, entorpecedor y opuesto al desarrollo científico; por el contrario, lo que esta corriente religiosa persigue, en este aspecto, es una comunicación con todo aquello que tenga como objetivo primordial la superación material y espiritual del ser humano.

¹¹Revista Médica del IMSS, Instituto Mexicano del Seguro Social, mensual, México, D.F., No.1, vol.29, enero-febrero de 1991, p.22.

Santiago Delpin, indica que un ejemplo de lo antes expuesto lo vemos plasmado en el último gran Concilio Vaticano II en su Constitución *Gaudium et Spes*, en su número 62: **“Los nuevos descubrimientos históricos, científicos y filosóficos exigen a los teólogos nuevas investigaciones. También el arte y la literatura son importantes para la vida de la Iglesia, la cual reconoce las nuevas tendencias artísticas. Vivan los fieles la vida de su propio tiempo, armonizando las nuevas ciencias y las técnicas con el pensamiento cristiano...”**¹²

En el mismo “Génesis” se dice que Dios creó al hombre dotándolo de memoria, entendimiento y voluntad; dones que lo hacen gozar de un lugar especial en toda la creación.

Yahvé al convenir con Moisés crea las “Tablas de la Ley”, dentro de las cuales incorporó el imperativo: “No matarás”, es decir, no tan sólo privar de la vida, sino querer igualar con las capacidades dadas al hombre, el poder que Dios tiene para disponer de ésta.

Muchas han sido las barreras que el hombre ha tenido que superar para conservar y prolongar su existencia, pero la lucha que jamás irrumpió su tarea es precisamente la de la Ciencia Médica, muy en particular el área de los trasplantes, en los cuales poco a poco se han superado los problemas técnico-quirúrgicos para enfrentarse a unos quizá no menos difíciles de superar como son los morales y éticos.

El Papa Pío XII en el año de 1956 se pronunció en contra del trasplante heteroplástico cuando éste produjera alteraciones en la personalidad del receptor. El mismo Pío XII aprobaba los trasplantes autoplásticos en casos urgentes y aun por simple embellecimiento físico.

¹²SANTIAGO DELPIN, Eduardo A. et al. “Transplante de Órganos”, tr. Ruiz Speare, J. Octavio, Ed. Salvat, México, 1987, p.402.

Si los trasplantes heteroplásticos y autoplásticos no han sido considerados transgresores de la moral y la ética, mucho menos resultaría posible tacharlos con este calificativo a los trasplantes homoplásticos, sobre todo aquellos que se efectúan entre vivos relacionados. En este último caso no sólo constituiría una actividad altruista sino un deber moral y ético de parte de quien estuviera en la posibilidad de donar un órgano, cuya ausencia no perjudicaría su propia integridad corporal.

En el caso de los trasplantes homoplásticos entre vivos no relacionados el proceso es un tanto similar, salvo que en este caso es la moral la que pudiera tener mas influencia, es decir, la intervención en el donador se basaría en lazos de amistad, bondad, y sobre todo en la ayuda filantrópica.

De nueva cuenta Santiago Delpin, señala que **“la Iglesia católica elevó a la Dignidad de los altares a Maximiliano María Kolbe, quien ante un pelotón de fusilamiento nazi, ofreció su vida a cambio de la libertad de un joven recién casado que pedía compasión, no tanto para él, sino para su joven esposa y su pequeño hijo. Ello prueba como la moral cristiana aprecia a quienes movidos por el amor, ofrecen su vida incluso por alguien desconocido y cuya única afinidad con el condenado a muerte era sufrir la misma represión de un ejército invasor.”**¹³

En los centros hospitalarios donde se realizan algunos trasplantes, muchos de los donadores y receptores jamás reciben una frase de agradecimiento o de ofrecimiento, respectivamente, hecho que conlleva una alta cantidad de moral, ya que no se busca el reconocimiento o lucro para una donación.

¹³SANTIAGO DELPIN, Eduardo A, “Trasplante de ...”, Ibidem. p.405.

La Ley General de Salud, en su artículo 327 prohíbe tajantemente el comercio de piezas anatómicas humanas, fundamentando su utilización con fines de trasplante en el valor moral del altruismo.¹⁴

Como se expuso, los trasplantes se pueden realizar entre vivos o entre receptor vivo y donador muerto, situación que nos obliga a un análisis ético más que moral; ético por la relevancia jurídica que implica el disponer de un órgano cuando el individuo aún no ha fallecido.

Santiago Delpin, refiere que **“en 1970 el cardenal Villot, Secretario de Estado del Vaticano, en representación del Papa Pío XII, manifestó que el deber del médico consiste en calmar el dolor en vez de alargar el mayor tiempo posible, con cualquier medio y en cualquier condición, una vida que ya no es del todo humana y que se dirige naturalmente hacia su extinción.”**¹⁵

Si los trasplantes entre vivos deben ser ética y moralmente lícitos, con mucho mayor razón serán los que se lleven a cabo con donador cadáver, claro, proporcionándole a éste todas las garantías médico-jurídicas respecto a su efectivo fallecimiento.

El progreso médico se basa en la investigación, la cual se apoya, en parte, en la experiencia sobre sujetos humanos. La Asociación Médica Mundial ha señalado algunas recomendaciones a seguir dentro de la investigación, aunque en realidad éstas constituyen verdaderas normas éticas que pudieran aplicarse al campo de la realización e investigación de los trasplantes, sobresaliendo en general aspectos como una libre voluntad por parte del individuo en el que recaiga la investigación o el trasplante, una clara visión de los beneficios o perjuicios que representa dicha investigación o intervención, pero sobre todo, un equipo médico altamente calificado en cuyas manos y conocimientos se pone la vida.

¹⁴Ley General de Salud, <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/index-indice.htm>

¹⁵SANTIAGO DELPIN, ob.cit., p 501

Durante la investigación y después de haberse comprobado el éxito de la misma, tres serían las interrogantes sujetas a estudio, a saber: ¿Se puede hablar de una comercialización de órganos y tejidos?, ¿Quién puede disponer del cuerpo y consecutivamente de los órganos y tejidos de un individuo al que le han diagnosticado una muerte cerebral o total?, y por último un cuestionamiento que se detallará en el sub capítulo siguiente: ¿Se requiere el certificado de pérdida de vida cerebral conjuntamente con el diagnóstico de muerte total para poder disponer de los órganos o basta con que se establezca alguno de ellos?

Existe una moral y ética generalizada, hasta el momento, a nivel mundial, en el sentido de estimar a los órganos y tejidos como un simple regalo del cual no se espera un lucro o beneficio diverso.

La Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas (*Uniform Anatomic Gift Act*) de los Estados Unidos, prohíbe con base en la ética la compraventa de riñones.

Algunos autores han propuesto que la venta de un órgano o tejido es inmoral, pero no lo será compensar al donador vivo por el servicio de suministrar el órgano.

Independientemente de las prohibiciones que pudieran contener los diversos cuerpos normativos, estimamos al igual que el Doctor Arturo Dibb Kuri que el comercio de órganos y tejidos no es factible de presentarse, debido a que se requiere una infraestructura material bastante compleja, además de contar con los equipos médicos competentes para efectuar este tipo de comercio, que de concretarse resultaría bastante evidente.

Otro factor que la propia naturaleza nos impide burlar, es la compatibilidad remota que existe entre donador y receptor, así como también el corto término que tiene cada órgano para poder ser implantado con éxito en un sujeto.

Debido al avance de las ciencias no podemos estimar como un sueño el hecho de que en algún tiempo se pueda ganar terreno a la naturaleza, logrando superar obstáculos como los citados, aun así, este logro marcaría no sólo el inicio de un aterrador comercio de órganos y tejidos, sino también el inicio de la extinción del ser humano por su propio semejante, basada en la Ley del más fuerte.

Los trasplantes se pueden ejecutar entre vivos; más no todos pueden ser donadores, tal es el caso, cuando menos en nuestro país, de los menores de edad, incapaces, personas privadas de su libertad y la mujer embarazada, salvo en determinados casos y bajo ciertas condiciones legales; tal como lo contempla el artículo 326 de la Ley General de Salud.¹⁶

Puerto Rico, como precedente legal, tiene el caso de un adolescente de 17 años de edad que fue aceptado como donador. En esta nación para que un menor de edad sea aceptado como donador se requiere que concurran algunas circunstancias como las siguientes: A) Ser el único donador posible, B) Libre voluntad expresa, C) Ser mayor de 16 años, aunque este requisito es un tanto arbitrario.

El Estado intervendrá a través de la Corte para verificar criterios como los que citaremos a continuación: A) El menor es el único donante vivo, B) Los resultados serán mejores si el donador es vivo, C) Libre voluntad del menor, D) Provocar daños psicológicos al donador por no poder donar y E) Verificar el estado de salud físico-mental adecuado del donador. Cubiertos estos requisitos es posible efectuar la intervención entre vivos menores relacionados.

Recurriendo de nueva cuenta al autor Santiago Delpin, el mismo apunta que **“en el transcurrir de la Historia, el cuerpo ha pertenecido a la comunidad, al**

¹⁶Ley General de Salud, <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/index-indice.htm>

Estado, a la sociedad, a la familia, a los padres, a los hijos, a la iglesia y aun al propio individuo.

En el mundo de habla inglesa, la Iglesia tuvo muchos años el dominio absoluto sobre el cadáver. Con la separación del Estado de la Iglesia en el siglo XVII, las cortes de la ley común comenzaron a reconocer la privacidad del cuerpo humano y a indicar que éste no era propiedad de nadie o era propiedad que no podía venderse ni comprarse.”¹⁷

La Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas de 1968, establece exclusivamente dos requisitos para que se pueda disponer del cuerpo del individuo, a saber: una voluntad manifestada libremente y una mayoría de edad superior a los 18 años, declaración de la cual se deduce que el hombre es dueño de su cuerpo, aun después de la muerte y que puede utilizarlo como legado, herencia, regalo o como cualquier otra posesión material. Esta misma Ley propone que el dueño del cadáver sea el familiar supérstite más próximo.

Austria, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Israel, Italia, Noruega, Polonia España, Suecia y Suiza, poseen un sistema legislativo en donde se autoriza el consentimiento automático para obtener injertos, salvo que los familiares se opongan. En países como Finlandia, Grecia, Italia, Noruega, España y Suecia, se cuestiona a los familiares respecto a la oposición o aceptación de obtener órganos o tejidos del cadáver; mientras tanto en Austria, Checoslovaquia, Dinamarca, Francia, Israel, Polonia y Suiza, dicho cuestionamiento no se presente en el entendido de que su legislación atribuye al Estado la propiedad del cuerpo fallecido.

En nuestro país, todos los mayores de edad somos potencialmente donadores, aunque se respeta el derecho de no serlo cuando así se manifieste.

¹⁷SANTIAGO DELPIN, ob.cit., p 526.

La Ley General de Salud, parte de un consentimiento tácito de la persona sin embargo, éste deberá de ser ratificado por el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante.¹⁸

Contrario a lo que pudiera suponerse un exceso o por lo menos una cifra de injertos que cubrieran las necesidades en los programas de trasplantes, la realidad es que es insuficiente la cantidad de éstos para ser implantados.

En el sentir del pueblo latinoamericano prevalece el respeto al cadáver, por lo mismo, el familiar supérstite se opone rotundamente a que se extraigan órganos o tejidos del cadáver, trastornado quizá por el estado psicológico por el cual atraviesa sin embargo, existen casos en los cuales una vez pasada esta crisis psíquica los disponentes quieren donar piezas anatómicas del cadáver, siendo demasiado tarde en la mayoría de los casos.

Por lo anteriormente expuesto, es de suponer que si existe un documento público o privado en el que se haya manifestado la voluntad de donar órganos, éste debe ser considerado como testamento que ninguna persona puede modificar; por otra parte, a manera de sugerencia, el documento en que se manifestara la voluntad de donar órganos o tejidos, debería contener las firmas de los familiares más cercanos que en un momento dado pudieran disponer del cadáver, no con el objeto de darle validez, sino para empezar a crear en ellos la condición psicológica de que una vez fallecido el donador sus órganos pertenecerán al Estado o a la persona a quien se determinara específicamente.

Santiago Delpin, nos dice que **“en los Estados Unidos de Norteamérica el Acta de Donaciones Anatómicas, una de las primeras, facilitó la donación del cadáver: En ausencia de una donación ante mortem expresa, el cuerpo y sus partes podrán ser utilizados para la investigación, educación y trasplante,**

¹⁸Ley General de Salud.

siempre y cuando el heredero así designe. El heredero puede ser el familiar más cercano o el Estado.”¹⁹

Doctrinariamente cuando una persona fallece su cuerpo sufre un cambio de situación jurídica, para lo cual haremos una pequeña diferenciación entre lo que son las cosas y lo que son los bienes. Como género están las cosas y como especie los bienes.

El maestro Antonio de Ibarrola, expone su criterio respecto a las cosas y a los bienes en los siguientes términos: **“Las cosas se convierten en bienes no cuando son útiles al hombre, sino cuando quedan apropiadas.”²⁰**

Nuestra Ley General de Salud, en su artículo 346, preceptúa que el cadáver no será objeto de propiedad.²¹

Enneccerus pone como ejemplo precisamente el cuerpo humano y señala: **“El cuerpo de un hombre vivo no es una cosa, ni tampoco un objeto, pero con la muerte el cadáver se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero. El término ‘Bien’, deriva del latín Bonum, que significa dicha, bienestar.**

Bienes son llamadas aquellas cosas que aprovecha a los hombres, esto es, que les hace felices: hacer feliz es servir.”²²

Al carecer el cadáver de la apropiación, éste no puede ser objeto de comercialización.

¹⁹SANTIAGO DELPIN, ob.cit., p.581.

²⁰DE IBARROLA, Antonio. “Cosas y Sucesiones”, 5ª. ed, Ed. Porrúa, México, 1981, p.537.

²¹Ley General de Salud, <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/index-indice.htm>

²²DE IBARROLA, Antonio, ob.cit., p.540.

1.3. Diversos puntos de vista para determinar la muerte de un ser humano.

Médicos y abogados tienen como materia prima de su actividad laboral al ser humano, unos velando por el cuidado y protección del producto de la concepción y otros, proporcionando el marco jurídico que otorgue a este producto una serie de derechos y garantías, que harán posible su buen desarrollo físico y social.

Definir a la muerte no es tarea exclusiva de las Ciencias Médicas, también lo es para el Derecho ya que como lo preceptúa el artículo 22 del Código Civil Federal:

“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”²³

Dentro de la protección aludida por el artículo en comento, se encuentra el derecho a la vida, por lo que nadie podrá ser privado de ella, sino en los casos específicos en que la propia Carta Magna lo estipula.

En varias culturas, entre ellas la Azteca, el valor supremo fue representado por el corazón, órgano en el cual por años se pensó que radicaba la vida de todo ser humano. Actualmente el fallecimiento clínico de una persona se determina en función del daño irreversible que sufre su cerebro y no su corazón.

Fisiológicamente, es decir, en relación a la actividad de algunos órganos, un individuo puede continuar con vida gracias a mecanismos de reanimación que la misma ciencia se ha encargado de desarrollar, aunque desafortunadamente

²³Código Civil Federal, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/2.doc>

carezca de toda manifestación externa, encontrándose en lo que comúnmente es denominado como vida vegetativa.

Cuando se presente la muerte cerebral y fisiológica estaremos frente al concepto de muerte en su más amplio sentido, al cual definiremos como el cese permanente del funcionamiento del organismo como un todo. En estos términos, la muerte no es un proceso sino un instante, en cambio si nos referimos a una muerte fisiológica o cerebral estaremos ante un verdadero proceso de muerte.

La necesidad de definir lo más claramente posible a la muerte surge con los trasplantes, en razón de que los cirujanos deben estar plenamente seguros de haber cruzado el instante que separa a la vida de la muerte o bien de encontrarse en el proceso de muerte del cual el paciente ya no saldrá, según lo demuestran los estudios y casos hasta la fecha analizados.

La revista "Cirujano General" señala como dato histórico que **"R.P. Michel Riquet en 1968 expuso ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia que la muerte del cerebro excluye toda posibilidad de recuperación de las funciones esenciales de la vida humana, así como toda actividad consciente. Sobre la mecánica respiratoria, dijo que no hace sino mantener la ilusión de la vida en lo que no es sino un cadáver de hombre; pero el corazón, los riñones, el hígado y los pulmones siguen siendo irrigados por sangre cargada de oxígeno, siendo excelentes para servir de injertos sobre otro organismo viviente."**²⁴

Por su parte en 1977 el profesor Hilario Veiga de Carvalho, Director del Instituto Oscar Freyre de la Escuela de Medicina Legal de Sao Paulo, definió a la muerte en su más amplio sentido como la desintegración irreversible de la personalidad, en sus aspectos fundamentales morfo-fisipsicológicos.

²⁴Revista Cirujano General, Asociación Mexicana del Cirujano General, mensual, México, D:F., vol.11, sup.3, octubre-noviembre de 1989, p.41.

Recordemos que el ser humano fue creado para vivir, de ahí que el trasplante de órganos esté diseñado para tal fin.

Si la función del corazón determinara la línea divisoria entre la vida y la muerte, habríamos alcanzado ya la inmortalidad con el trasplante de este órgano o con las prótesis producto de la bioingeniería.

Es oportuno definir lo que es un estado vegetativo y al efecto señalaremos que es una alteración fisio-anatómica que produce en el paciente una vida meramente física, sin actividad intelectual y sin posibilidad de comunicación.

Para Santiago Delpin, **“en el estado vegetativo aun siendo permanente, el paciente retiene, sin embargo, muchas de las funciones vitales del organismo como un todo, incluyendo el control de la circulación, de la respiración, y de la temperatura; por lo que en estas condiciones el paciente continuará vivo desde el punto de vista fisiológico, debido a que su funcionamiento como organismo continúa.”**²⁵

Hay que hacer notar que el funcionamiento a que nos referimos en el párrafo anterior se obtiene gracias al auxilio de mecanismos externos sin los cuales, en condiciones normales de evolución, la función cardio-respiratoria cesaría trayendo como resultado la muerte en su más amplio sentido.

Una Comisión Presidencial de Bioética en los Estados Unidos presentó un modelo de definición de muerte que abarca tanto la fisiológica como la cerebral, incluyendo para este fin términos como los siguientes:

A) Cese Total.- Comprobación sin lugar a duda de que se ha sufrido un daño en el cerebro y en su tallo.

²⁵SANTIAGO DELPIN, ob.cit., p.627.

B) Irreversible.- Certeza relativa a la imposibilidad de restaurar los daños sufridos.

Por consiguiente, para certificar una muerte cerebral es necesaria la inactividad del cerebro y del tallo cerebral, esta inactividad tiene que ser irreversible y estar bien identificada en cuanto a los motivos que la originaron, además de excluirse estados de hipotermia, intoxicación por medicamentos, encefalopatías metabólicas y estados traumáticos.

Independientemente del concepto de muerte cerebral que contengan los cuerpos normativos internacionales, Santiago Delpin refiere que éstos tienen como fundamento los siguientes cuatro Estatutos: **“1.- El modelo de Kansas, donde se presentan las distintas alternativas para determinar la muerte, incluyendo muerte cardio-respiratoria y muerte cerebral; 2.- el modelo Caapron-Kass, donde se acepta la muerte aun cuando la función cardiorrespiratoria se mantenga artificialmente; 3.- el modelo del American Bar Association, donde el cese irreversible de toda función cerebral se iguala con la muerte, y 4.- el modelo uniforme de muerte cerebral, el cual es parecido al del American Bar Association, pero que enfatiza el cese irreversible de función del tallo cerebral.”**²⁶

Para la Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica, **“indudablemente la muerte del cerebro con el consecuente fin de las funciones cardiacas y respiratorias es la señal más segura del final irreversible de una existencia. Es sin duda en cuanto a la averiguación de la muerte cerebral a todos sus niveles, ya sean corticales o del tronco, que todavía hoy en día en la literatura aparecen dudas y opiniones.”**²⁷

²⁶SANTIAGO DELPIN, Eduardo A, “Trasplante de ...”, *Ibidem.*, p.638.

²⁷Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica, Instituto de Humanismo de las Ciencias de la Salud, trimestral, México, D.F., No.2, vol.2, abril-junio de 1991, p.53.

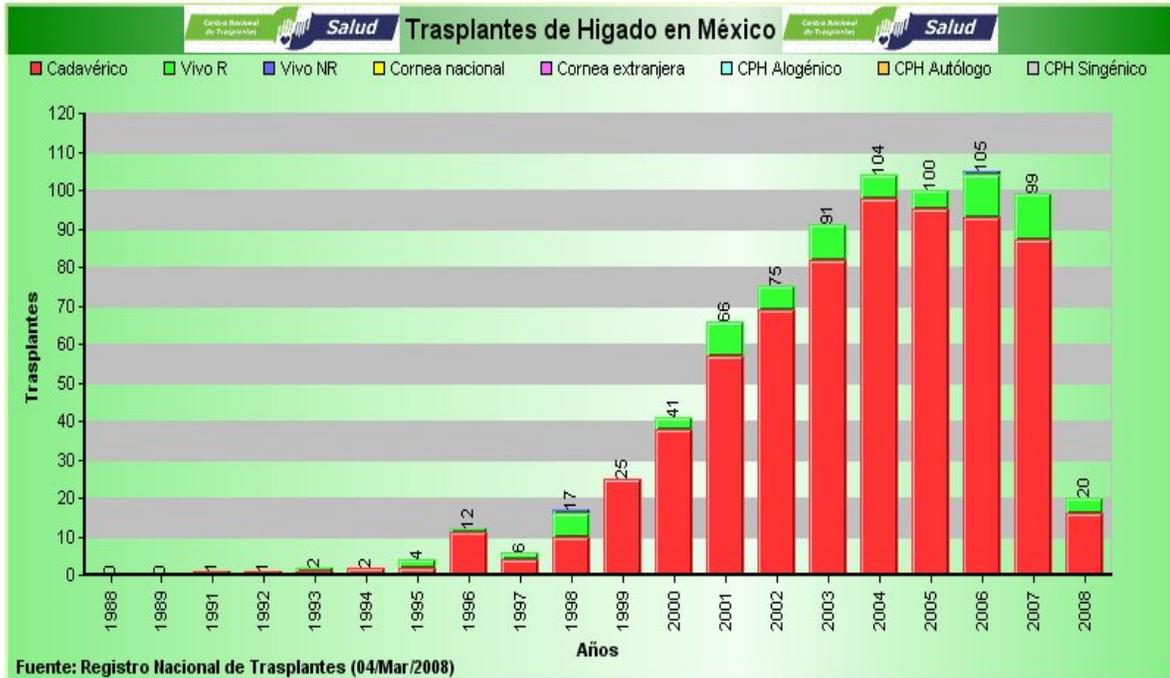
Posiblemente en torno a estas dudas equipos médicos y autoridades se abstienen de ejecutar o autorizar, respectivamente, el trasplante de órganos y tejidos. Sin embargo, mientras no exista una forma más precisa de certificar la muerte, debemos apegarnos a las técnicas que se tienen para determinar que un individuo ha perdido la vida.

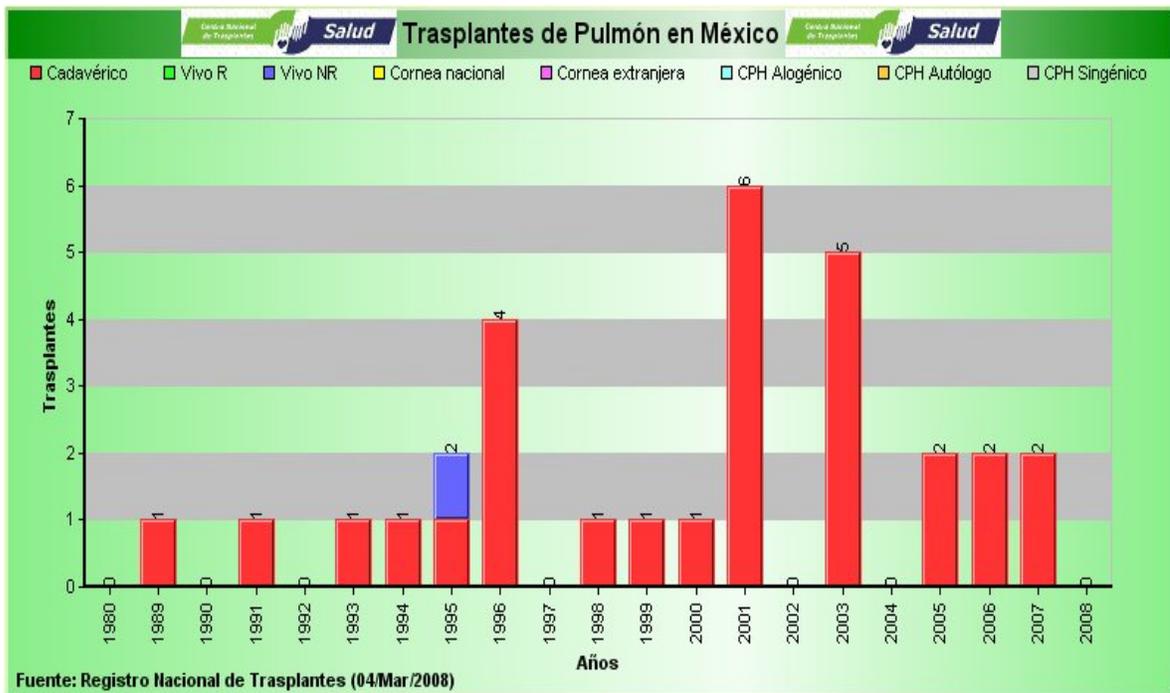
En la actualidad, señala el doctor Ismael González subespecialista del Hospital regional de la Ciudad de México 20 de Noviembre, el criterio de muerte cerebral para realizar un trasplante es el de la Universidad de Harvard al cual define como la inactividad eléctrica del cerebro con ausencia total a estímulos externos y falta de signos vitales espontáneos en un lapso de 24 horas con electroencefalograma isoelectrico tomado al inicio y al final de las 12 horas. Por tanto, continúa diciendo, basta que el encefalograma isoelectrico se mantenga en línea horizontal por un término de 12 horas para que un paciente sea diagnosticado con muerte cerebral.

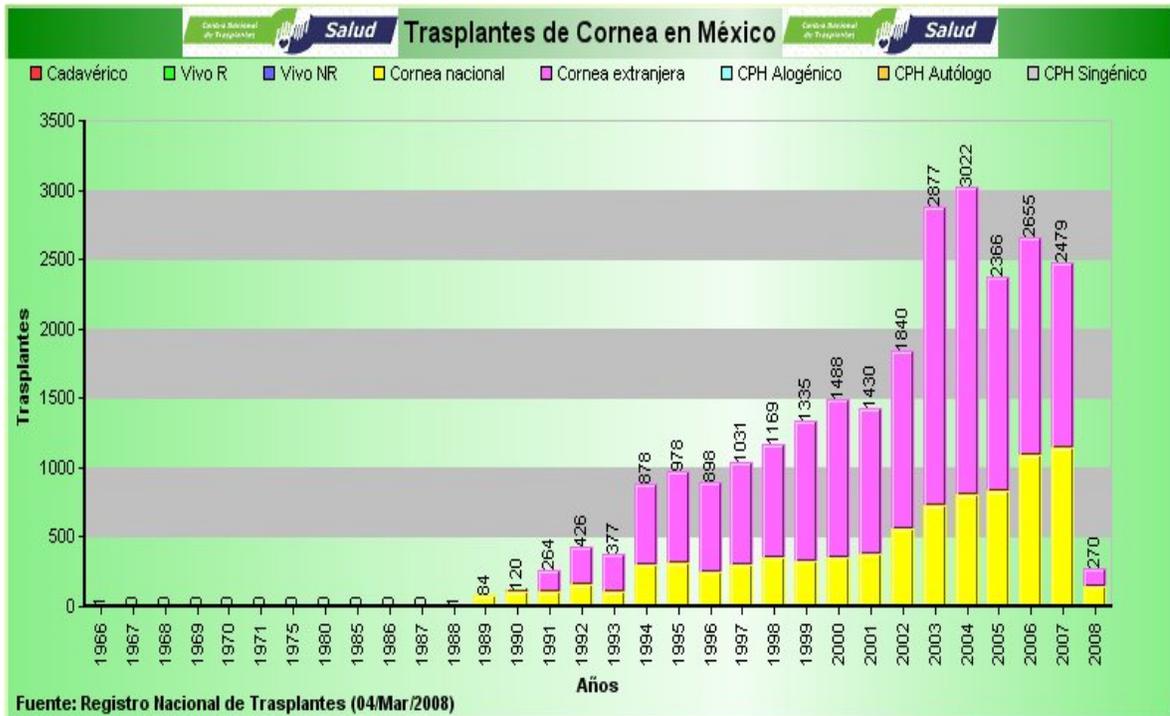
Un aspecto que no debe descuidar el legislador es el hecho de ir actualizando los preceptos legales que en un momento dado entorpecen la plena evolución de la medicina, especialmente evitando que se realicen oportunamente los trasplantes de órganos o tejidos. Es idénticamente significativo unificar el criterio de muerte cerebral para mayor libertad de acción y seguridad de quienes realizan esta terapéutica.

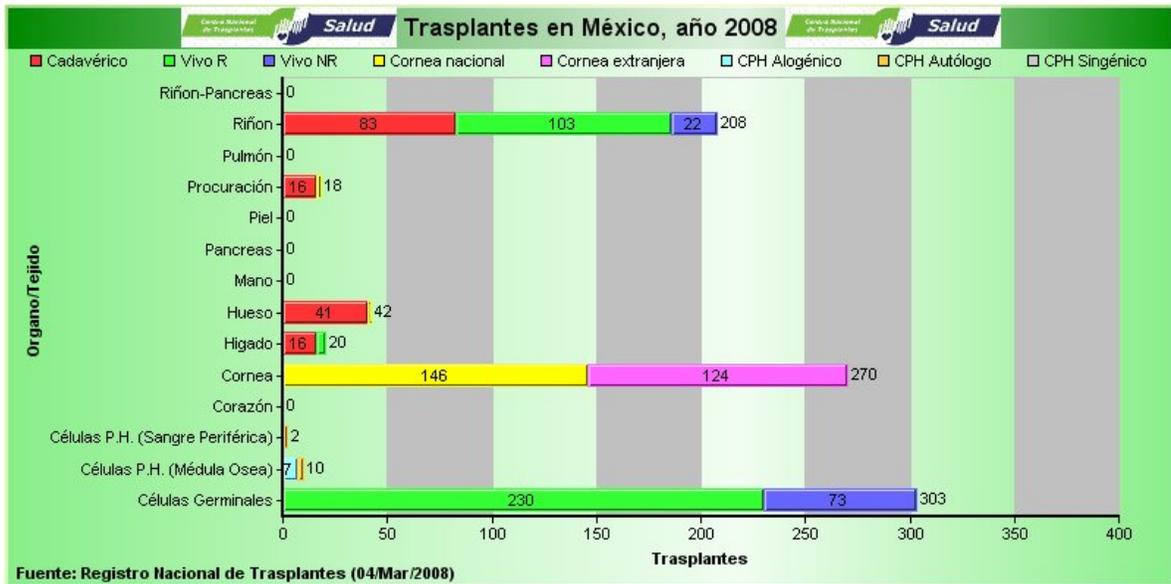
1.4. Logros alcanzados en materia de trasplantes, así como su proyección.

Datos proporcionados por el Centro Nacional de Trasplantes, en su página de Internet www.cenatra.gob.mx, en la actualidad en nuestro país existen 178 Centros Hospitalarios, tanto del Sector Público como privado que realizan trasplantes, los cuales se reflejan en las siguientes estadísticas determinadas por año y por órgano:









Según lo demuestran estas gráficas, quirúrgicamente hablando, los trasplantes de órganos representan mayor complejidad que los trasplantes de tejido como las córneas.

Los órganos deben ser extraídos y trasplantados por personal especializado con el menor tiempo posible, pues el riñón puede durar hasta 48 horas, pero el corazón, hígado y pulmón no pueden estar más de cuatro horas fuera del cuerpo humano; por lo que la coordinación es simultánea con el trasplante.

En México es el trasplante de riñón es el que con mayor frecuencia se realiza, principalmente entre donador vivo relacionado, después con órgano proveniente de cadáver y por último el proveniente de donador vivo no relacionado.

Por lo que respecta al hígado, este órgano es trasplantado principalmente de donador cadáver y muy pocas veces entre vivos relacionados sin embargo, la experiencia quirúrgica en dicha cirugía es abundante.

Los órganos únicos no son viables para trasplantes entre vivos, por ello todos los trasplantes de corazón son provenientes de donador cadavérico, además debemos recordar que estos órganos deben estar en óptimas condiciones para poder ser trasplantados y en México uno de los principales problemas de salud pública son las afectaciones cardiacas.

Los órganos y tejidos tienen un tiempo de conservación para poder ser implantados en el receptor, a continuación se señalan algunos términos de conservación:

riñón	48 a 72 horas
hígado	24 a 30 horas
corazón	4 a 6 horas
pulmón	24 horas
córnea	5 a 7 días
piel	Indeterminado
hueso	Indeterminado

No obstante de que en México persiste la insuficiencia de órganos para trasplante, éste se ha convertido en uno de los países más avanzados en la práctica de esta cirugía, en comparación con el resto de América Latina; aunque el principal problema a que se enfrenta es la falta de información que prevalece en la población.

El avance de la ciencia pronto nos señalará nuevos caminos por recorrer en materia de salud, en la actualidad son los trasplantes de órganos y tejidos la mejor terapia para enfrentar a algunas enfermedades sin embargo, ya existen estudios que genéticamente comenzaran a resolver la mayoría de los problemas en esta materia.

CAPÍTULO II

NORMATIVIDAD VIGENTE EN MÉXICO, RESPECTO A LOS TRASPLANTES.

En el presente capítulo nos abocaremos más que nada al análisis de algunos cuerpos normativos que en materia de trasplantes se aplican en nuestro país, no haciendo referencia específica a la naturaleza jurídica de todos y cada uno de ellos.

Es imperativo iniciar nuestro tema con el estudio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁸ en sus artículos 1º y 4º párrafo tercero. Dichos preceptos jurídicos se encuentran ubicados dentro de las llamadas Garantías Individuales; por tanto, derechos primordiales que todo gobernado debe poseer.

El artículo primero, expone:

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” (Reformado mediante decreto, publicado en el diario oficial de la federación el 04 de diciembre del 2006)

²⁸Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>

Por su parte, el artículo 4º en su párrafo tercero, refiere:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.” (Adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 03 de febrero de 1983)

Concluimos que todo ser humano, llámese persona o individuo, goza de la garantía de igualdad que la Constitución le otorga, independientemente de las condiciones o circunstancias jurídicas en que se encuentre el gobernado. Bajo esta concepción jurídica todo sujeto que se encuentre en el territorio nacional tiene derecho a recibir la atención médica necesaria para el mantenimiento o restablecimiento de su salud.

2.1. Ley General de Salud.²⁹

Desde este momento denominaremos a la Ley General de Salud únicamente como “Ley”. Dicho ordenamiento jurídico consta de 18 títulos, 472 artículos y 7 artículos transitorios; siendo los de mayor interés para el tema principal que nos ocupa, los que detallaremos a continuación:

TÍTULO PRIMERO

Disposiciones Generales

Art. 1.- Relativo al ámbito competencial de la propia Ley, además de establecerle a sus disposiciones el carácter de públicas y de interés social, por consiguiente, irrenunciables y obligatorias.

²⁹Ley General de Salud, <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/index-indice.htm>

Art. 2.- Establece las finalidades de la protección a la salud y entre ellas encontramos la protección y mejoramiento en la calidad de vida humana, asimismo la propagación de conductas que tiendan a la preservación, conservación, mejoramiento y recuperación de la salud.

Art. 3.- Es tarea de salubridad general el control sanitario en cuanto a la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos.

TÍTULO TERCERO

Prestación de los servicios de salud

CAPÍTULO I

Disposiciones Comunes

Art. 23.- Por servicios de salud debemos entender las acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud individual y de la colectividad, en su caso.

Art. 24.- Dentro de los servicios de salud encontramos a la Atención Médica.

CAPÍTULO II

Atención Médica

Art. 33.- Las actividades de atenciones médicas son preventivas, curativas y de rehabilitación y en ningún caso se incluyen procedimientos extraordinarios, fuera del alcance de la tecnología.

TÍTULO CUARTO

Recursos humanos para los servicios de la salud

CAPÍTULO I

Profesionales, técnicos y auxiliares

Art. 79.- En el campo de la medicina todo profesional, técnico o auxiliar requerirá del respectivo título profesional, certificado o diploma, según corresponda, para el ejercicio de dicha ciencia.

Siendo la salud el principal objeto de protección por parte de la presente Ley, independientemente de que en algún otro u otros cuerpos normativos se establezcan las profesiones que requieran de título o certificado de especialización; en ésta se deben enunciar no sólo las especialidades; sino también las sub especialidades que requieran de alguna de las autorizaciones expresadas con anterioridad, tal como ocurre con los médicos sub especialistas en trasplantes.

TÍTULO QUINTO

Investigación para la salud

CAPÍTULO UNICO

Art. 98.- En las instituciones de salud donde se lleve a cabo investigación en seres humanos, se debe contar con comisiones de investigación, ética y bioseguridad, mismas que se encontraran bajo la responsabilidad de los directores o titulares.

Art. 100.- Estatuye las bases bajo las cuales se deberá de desarrollar la investigación en seres humanos, sobresaliendo entre éstas los principios científicos y éticos que tengan como fin solucionar problemas de salud; igualmente se establecen las bases para nuevos campos de la Ciencia Médica. Se protege al sujeto en quien recaiga la investigación con los medios de seguridad, manifestación expresa, aun por su representante legal en caso de incapacidad legal; voluntaria participación en la investigación y la certeza de estar en manos de personal altamente calificado.

Recordemos que en México no sólo se llevan a cabo trasplantes de órganos o tejidos, también cuenta con investigadores que perfeccionan o crea nuevas técnicas en la materia.

Indudablemente, quienes en el campo de la medicina ejerzan alguna función, ya en la clínica o en la investigación, deben poseer grandes valores éticos, debido a que su negligencia o desconocimiento, entre otros factores, pueden provocar la muerte del sujeto en que se actúe; hecho reprochable desde cualquier punto de vista.

TÍTULO DÉCIMO CUARTO

Donación, trasplantes y pérdida de la vida

CAPÍTULO I

Disposiciones Comunes

Art. 313.- La Secretaría de Salud, a través de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, tendrá el control sanitario respecto a la donación y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos. En los mismos términos asumirá la regulación y control sanitario de cadáveres

Art. 314.- Con el fin de evitar diversidad de criterios, se establece la definición de términos como:

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

Componentes: Órganos, tejidos, células y sustancias que integran el cuerpo humano;

Destino final: Tareas de conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, embriones y fetos,

bajo especificaciones establecidas en la Ley y otros ordenamientos jurídicos aplicables;

Disponente: Quien conforme a los términos de la ley puede decidir respecto de su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y pos mortem;

Donador o donante: Quien tácita o expresamente autoriza la disposición de su cuerpo o componentes en trasplantes;

Órgano: Unidad morfológica compuesta por tejidos diferentes que contribuyen en el desempeño de los mismos trabajos fisiológicos;

Producto: Tejido o sustancia extraída, excretada o expelida por el cuerpo humano como producto de procesos fisiológicos normales, tales como la placenta y los anexos de la piel;

Receptor: Persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos.

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

Trasplante: Transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo.

El término cadáver, debería incluir en su descripción el concepto de muerte en su más amplio sentido y muerte cerebral, toda vez que en ambos casos su condición es irreversible.

Un cadáver con muerte en su más amplio sentido, implica la culminación de un proceso fisiológico generalizado, en tanto que en un cadáver con muerte cerebral la actividad fisiológica de algunos órganos y tejidos se mantiene mediante mecanismos externos a su naturaleza, cuya actividad no podrá ser retomada por el motor generador de vida integral y autónoma, el cerebro.

Por otra parte, debemos distinguir las figuras jurídicas de donante y disponente; refiriéndonos en el primero de los casos a toda aquella persona que en vida o post mortem, otorga de manera unilateral y a título gratuito parte de sus bienes, a otro sujeto llamado donatario –determinado o indeterminado-. En estos bienes se encuentran determinadas piezas anatómicas que en vida no determinan la existencia de la persona, como ocurre con los riñones, ya que una persona puede tener una salud aceptable contando con uno solo de éstos.

En materia de derecho civil la donación refiere a bienes que se encuentren en el comercio, hecho que no ocurre con los órganos o tejidos, siendo este caso una excepción a la regla.

En el supuesto de donación *post mortem*, nos encontramos técnicamente ante la figura jurídica del testamento.

Cualquier sujeto es donador, aunque existiendo manifestación expresa de no tener esta condición se respetará su voluntad.

La figura jurídica de disponente se presenta cuando la persona ejerce sobre su propio cuerpo actos de dominio, ya en vida o pos mortem; excluyendo como fin a los trasplantes, ya que en este caso estaremos en presencia de la figura jurídica de donador.

Continuando con el articulado de la Ley General de Salud, nos referiremos al contenido de éste, en los siguientes términos:

Art. 315.- Los establecimientos que realicen trasplantes de órganos y tejidos, requieren de autorización sanitaria expedida por la Secretaría de Salud, misma que se otorgará cuando se cuente con el personal, la infraestructura, el equipo, el instrumental y los insumos necesarios para el óptimo desarrollo de sus actividades.

“Art. 316.- Los establecimientos a que se refiere el artículo anterior contarán con un responsable sanitario, quien deberá presentar aviso ante la Secretaría de Salud.

Los establecimientos en los que se extraigan órganos y tejidos o se realicen trasplantes, adicionalmente, deberán contar con un comité interno de trasplantes y con un coordinador de estas acciones, que serán supervisadas por el comité institucional de bioética respectivo.”

Art. 317.- La demanda de órganos y tejidos con fines de trasplantes impone al Estado la obligación de cubrir en primer término las necesidades internas del país, prohibiendo su salida del territorio nacional, salvo permisos otorgados por causa urgente o por excedente de dichas piezas anatómicas.

Art. 319.- Habrá disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, cuando se realice sin contar con la autorización de la Ley.

CAPÍTULO II

Donación

“Art. 321. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.”

Art. 322.-. El consentimiento expreso deberá constar por escrito y podrá ser en cuanto a la totalidad del cuerpo y limitado en relación a determinados componentes del mismo. Asimismo será determinada o indeterminada en cuanto a su receptor, incluyéndose si es necesario determinadas condicionantes de modo, lugar y tiempo, así como cualquier otra que condicione la donación.

La donación expresa efectuada por mayores de edad no puede ser revocada por tercero, aunque el donante lo puede hacer en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte.

Art. 323.- Para la donación de órganos y tejidos en vida se requiere consentimiento expreso.

Art. 324.- La ausencia de manifestación para ser donador, nos convierte en un donante tácito, siempre y cuando se cuente con el aval de el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

Se contempla la posibilidad de manifestar expresamente la falta de consentimiento para donar, ya en documento público o privado debidamente firmado o mediante los formatos proporcionados por la Secretaría de Salud.

En el caso de existir una manifestación expresa de no donador, las disposiciones reglamentarias establecerán los mecanismos para obtener dicho consentimiento.

Sin lugar a duda, la tarea legislativa implica una gran responsabilidad que no sólo se constriñe a crear, derogar o abrogar disposiciones legales; también requiere de una lógica jurídica que obliga a actualizar todos los criterios y normas que involucran determinado tema legislativo.

Si bien la ley emana de un poder legislativo y el reglamento tiene sus orígenes en el ámbito administrativo, ambos deben ser congruentes y acordes, por lo que en los artículos transitorios de la Ley debe recomendarse al titular del Poder Ejecutivo, la imperiosa necesidad de actualizar sus disposiciones reglamentarias.

La necesidad de actualizar las disposiciones reglamentarias, es importante ya que por ejemplo en materia de trasplantes de órganos y tejidos, el Reglamento en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, se conservan conceptos como el de donantes originarios y secundarios; lo que ya no ocurre en la Ley.

Retomando de nueva cuenta a la Ley General de Salud, en sus artículos relacionados con la obtención de órganos y tejidos con fines de trasplante, demos paso a su descripción.

Art. 325.- Es necesario que se confirme la pérdida de vida, para hacer efectivo el consentimiento tácito, mismo que se aplicará únicamente para la extracción de órganos y tejidos con fines de trasplantes.

En relación al consentimiento tácito, si se obtiene un órgano o tejidos sin que se haya comprobado la pérdida de vida, se estará en presencia de una obtención ilícita y en consecuencia de un delito.

Resulta innecesaria la descripción legislativa que antecede, toda vez que médicos y juristas requieren, como ya se dijo con antelación, de conceptos claros y precisos para la práctica de sus labores.

Art. 326.- El consentimiento tácito o expreso otorgado por el menor de edad, los incapaces y cualquier persona que no pueda expresar su voluntad libremente, carece de todo valor.

La mujer embarazada mediante consentimiento expreso sí podrá ser donador con fines terapéuticos, pero sólo tratándose de casos en que el receptor estuviera en peligro de muerte y la obtención no importe peligro para la mujer o para el producto de la concepción.

La Ley protege a determinados sectores de la población que por tradición se han sido considerados como vulnerables, tal como ocurre con los menores de edad, los incapaces, las personas privadas de su libertad y las mujeres embarazadas.

Recordemos que el Código Civil Federal en su artículo 646, señala que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos.

Art. 327.- Se prohíbe el comercio de órganos, tejidos y células. Los trasplantes de órganos, tejidos y células se rigen por principios morales como el altruismo.

Art. 328.- La intervención del Ministerio Público y de la autoridad judicial, para obtener órganos y tejidos, únicamente se dará cuando la pérdida de vida del donante se encuentre vinculada con la averiguación de un delito.

Acertadamente el legislativo, enmarca los casos en los que el Ministerio Público y la autoridad judicial, tendrán intervención respecto a la obtención de órganos o tejidos, aunque también se debió enunciar cualquier etapa del procedimiento penal. En la ejecución de trasplantes esta práctica resulta laboriosa y complicada, toda vez que el Representante Social o la autoridad judicial, difícilmente en los términos en que un órgano o tejido es viable de trasplante, autoriza dicha disposición, por lo que en los delitos de homicidio derivados de un accidente en tránsito, dicha intervención debería de evitarse, en razón de que muchas de estas piezas anatómicas se pierden en este tipo de hechos delictivos.

CAPÍTULO III

Trasplantes.

Art. 330.- Se autoriza la ejecución de trasplantes de órganos, tejidos y células siempre y cuando se hayan realizados las investigaciones

correspondientes y el mismo no implique riesgos innecesarios para el donador o receptor, prohibiendo el trasplante de determinadas piezas anatómicas.

Art. 331.- La obtención de órganos y tejidos debe ser preferentemente de cadáver.

El Estado protege la integridad de toda persona, recomendando preferentemente los trasplantes de órganos y tejidos provenientes de cadáver y solamente se trasplantará un órgano o tejido entre vivos cuando se encuentren suficientes grados de compatibilidad.

“Art. 332.- La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.

No se podrán tomar órganos y tejidos para trasplantes de menores de edad vivos, excepto cuando se trate de trasplantes de médula ósea, para lo cual se requerirá el consentimiento expreso de los representantes legales del menor.

Tratándose de menores que han perdido la vida, sólo se podrán tomar sus órganos y tejidos para trasplantes con el consentimiento expreso de los representantes legales del menor.

En el caso de incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte.”

La redacción del artículo 326 resulta por demás suficiente para establecer los parámetros en los que los menores de edad o incapaces pueden o no ser donadores, por lo que la redundancia lejos de proporcionar seguridad y certeza jurídica, crea confusión y arbitrariedad, ya que es necesario reconocer en la Ley su jerarquía normativa y desarrollar en los reglamentos las situaciones o preceptos que no sean claros o resulten confusos en ésta.

“Art. 333.- Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

I. Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales;

II. Donar un órgano o parte de él que al ser extraído su función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura;

III. Tener compatibilidad aceptable con el receptor;

IV. Recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido, por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante;

V. Haber otorgado su consentimiento en forma expresa, en términos del artículo 322 de esta Ley, y

VI.- Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

a) Obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria, donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica;

b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante, y

c) Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría, para comprobar que no se está lucrando con esta práctica.”

Resulta claro que el protocolo que otorga la Secretaría de Salud, cubre principalmente aspectos médicos y terapéuticos, por lo que la formalización de este derecho a donar corresponde al Notario Público, ya que una vez que éste ha avalado el documento público de donación, el mismo revierte la figura jurídica de testamento y por lo mismo no debe ser susceptible de controversia, esto con motivo de que en la práctica, no obstante de haberse cumplido con todos los requisitos para donar, los directores o jefes de unidades médicas dudan en ejecutar un trasplante cuando el familiar supérstite se opone a esta cirugía.

Continuando con el análisis del articulado de la Ley General de Salud, en sus normas relacionadas con los trasplantes de órganos y tejidos, demos paso a los numerales que con posterioridad se enuncian.

Art. 334.- Previa a la extracción de órganos o tejidos, un médico que no tenga intervención en el trasplante o en la obtención de dichos elementos anatómicos, debe certificar la pérdida de vida; además se debe contar con el consentimiento expreso y certeza de no estar frente a un riesgo sanitario.

Con el propósito de evitar errores médicos, el legislativo reitera en diversos numerales, que la obtención del órgano o tejido que se realice del donante en el que no se haya certificado la pérdida de vida, constituye un delito. Esta insistencia legislativa pareciera ser una constante advertencia a los profesionales de la salud, misma que resulta innecesaria, ya que como se expuso en líneas anteriores, es obvio que el médico encargado de la obtención de alguna pieza anatómica tiene la instrucción académica suficiente para saber cuando se encuentra frente a un delito, aún sin ser perito en la materia, toda vez que quien argumente desconocer este requisito, no podría defender su actuar por un desconocimiento de la ley.

CAPÍTULO IV

Pérdida de la vida

Art. 343.- El concepto de muerte revierte dos vertientes: en su más amplio sentido y muerte cerebral.

Existe muerte en su más amplio sentido cuando se presentan signos como ausencia completa y permanente de conciencia, ausencia permanente de respiración espontánea y ausencia de los reflejos del tallo cerebral, o en su caso paro cardiaco irreversible.

“Art. 344.- La muerte cerebral se presenta cuando existen los siguientes signos:

I. Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales;

II. Ausencia de automatismo respiratorio, y

III. Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.

Los signos señalados en las fracciones anteriores deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas:

I. Angiografía cerebral bilateral que demuestre ausencia de circulación cerebral, o

II. Electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica cerebral en dos ocasiones diferentes con espacio de cinco horas.”

Los avances científicos y tecnológicos exigen una actualización permanente en los conceptos médicos, tal como acontece con el de muerte cerebral, así como de sus lineamientos para determinarla; es por esto que en nuestra Ley General de Salud, se integran parámetros universalmente aceptados para considerar que un sujeto se encuentra con una vida fisiológica pero no cerebral; lo que permite la extracción de órganos y tejidos con fines de trasplantes.

Art. 345.- Certificada la muerte cerebral por solicitud o autorización de el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme al orden expresado; se podrá prescindir de los medios artificiales para colocarse en el concepto de muerte en el más amplio sentido.

En la actualidad, médica y jurídicamente la muerte cerebral resulta irreversible, por lo que el hecho de mantener a un sujeto con funciones fisiológicas de manera artificial, únicamente prolonga su agonía que en materia de trasplantes resulta contraproducente para la obtención de órganos o tejidos ya que éstos poco a poco sufren daños que los imposibilitan para esta cirugía; siendo aquí donde estriba la importancia jurídica del precepto que antecede, en relación a la trasplantación.

Hablemos ahora de los cadáveres de seres humanos, conforme a la Ley General de Salud.

CAPÍTULO V

Cadáveres

Art. 346.- El cadáver no es sujeto de propiedad y debe ser tratado con respeto, dignidad y consideración.

Al fallecer la condición jurídica de persona se modifica y se convierte en cadáver, el cual visto a la luz del derecho civil quedaría contemplado dentro de las cosas; sin embargo, éste no es sujeto de apropiación ya que como se detalló con antelación, un cadáver tienen disponentes no propietarios.

Art. 347.- Los cadáveres pueden ser de personas conocidas o desconocidas, quedando comprendidas en este último rubro aquellos que dentro de las

setenta y dos horas posteriores a su muerte no son reclamados o se desconozca su identidad.

Para efectos de trámites administrativos en cuanto a la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines de trasplante, es importante diferenciar entre un certificado de defunción y otro de pérdida de vida, para lo cual nos referiremos nuevamente a la Ley General de Salud, en su correspondiente título, para quedar como sigue.

TÍTULO DECIMOSEXTO

Autorizaciones y Certificados

CAPÍTULO III

Certificados

Art. 388.- Certificado es la constancia expedida, en términos establecidos por las autoridades sanitarias competentes, para comprobar o informar ciertos hechos.

Art. 389.- Los certificados expedidos por la autoridad sanitaria son diversos, entre éstos tenemos a los de defunción.

El certificado de defunción además de ser indispensable para determinar la muerte de un sujeto en su más amplio sentido, es utilizado para fines de estadística internacional, para determinar el destino final del cadáver y para que el juez del Registro Civil pueda emitir el acta de defunción; en tanto que el certificado de pérdida de vida cerebral tiene como primordial objetivo permitir la disposición de órganos o tejidos.

Por lo anterior, la certificación de una muerte cerebral debe ser integrada en la descripción legislativa del artículo en comento, toda vez que en la actualidad este tipo de certificados no se contemplan en ninguna de sus fracciones.

En materia de trasplante no debe de quedar la menor duda de que nos encontramos frente a una muerte en su más amplio sentido o ante una muerte cerebral, ya que en ambos casos la disposición de órganos y tejidos será lícita, cuando se cumplan con los demás requisitos de ley

Como la mayoría de las leyes especiales, la Ley General de Salud, contempla en su título decimoctavo, determinadas medidas de seguridad, sanciones y delitos, motivo por el cual pasaremos a su estudio.

TÍTULO DECIMOCTAVO

Medidas de seguridad, sanciones y delitos

CAPÍTULO VI

Delitos

“Art. 462.- Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

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

II. Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos, y

III. Al que trasplante un órgano o tejido sin atender las preferencias y el orden establecido en las listas de espera a que se refiere el artículo 336 de esta Ley.

En el caso de la fracción III, se aplicarán al responsable, además de otras penas, de cinco a diez años de prisión. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta seis años más, en caso de reincidencia.”

Una nación que goza de salud en sus gobernados se fortalece y se vuelve cada día más productiva, por ello el legislador de manera acertada cataloga a estos delitos como graves, incrementando las penas en casos específicos, garantizando de esta manera el derecho de todo individuo a una salud óptima para su desarrollo.

2.2. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, de Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.³⁰

Disponer de órganos, tejidos o de un cadáver humano no es un caso sencillo, es por esto que se ha elaborado un reglamento en el cual se detallan con precisión todos aquellos aspectos que requieran de un mayor esclarecimiento para su mejor comprensión, sin embargo, esta reglamentación, como se expuso en líneas anteriores, debe ser acorde con la ley sustantiva, es decir no se puede reformar a la ley, dejando a los reglamentos sin su debida adecuación a su esencia; tal como ocurre el materia de disposición de órganos y tejidos con fines de trasplante.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, de Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, al cual denominaremos exclusivamente como “Reglamento”; consta de 12 Capítulos, 136 Artículos y 3 Artículos Transitorios. Al igual que los de la Ley General de Salud, aludiremos a los artículos relacionados con la obtención de órganos o tejidos con fines de trasplante.

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

³⁰Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, de Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos ,<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/nrm/1/385/37.htm?s=iste>

Art. 1.- El objetivo de este reglamento se constriñe al control administrativo en relación a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos, siendo sus normas de carácter público e interés social; con observancia en toda la República.

Art. 2.- Al referirse a la “Ley”, se entenderá Ley General de Salud, en los mismos términos al hablar de la “Secretaría”, entenderemos Secretaría de Salud.

Art. 3.- Compete a la Secretaría la aplicación del presente reglamento.

Art. 4.- La Secretaría emitirá las normas técnicas necesarias a efecto de cumplir con los objetivos del actual cuerpo normativo, dichas normas son de orden federal.

Actualmente la Ley en su artículo 314, define diversos términos jurídicos y médicos, por lo que una doble enunciación en el actual reglamento resulta por demás innecesaria.

Art. 9.- La voluntad del disponente originario es “suprema”, por consiguiente, no se podrá disponer de órganos, tejidos y del cadáver sin la voluntad expresa en tal sentido.

En la ley ya no se contempla el término de disponente originario o secundario, sino de el de donador y disponente, por otra parte en la actualidad todos somos potencialmente donadores, salvo manifestación expresa en sentido contrario.

CAPÍTULO II

Disponentes

Art. 12.- Los disponentes secundarios no podrán revocar el consentimiento del disponente originario, si éste no lo hizo en vida.

Al no existir congruencia entre los conceptos que maneja la ley y el reglamento que nos ocupa, debemos entender que el término disponente se refiere a la persona que conforme a la ley puede determinar el destino final de un cadáver y sus componentes, cuando no exista manifestación expresa de donar, o por el contrario existe la manifestación expresa de no ser donador; en tanto que por donador debemos entender que nos referimos a lo que el reglamento define como disponente originario.

Como vemos, la actualización reglamentaria deber ser estimada como una obligación de la autoridad administrativa, toda vez que para este momento la facultad de reglamentar ya ha sido ejercida. Aún cuando algunos conceptos no se contrapongan, no se debe dejar al gobernado la interpretación subjetiva de éstos.

La manifestación expresa de voluntad por parte del disponente originario representa un acto personalísimo que tendrá efectos *post-mortem*, tal como sucede con el testamento; por lo que sin bien hay que respetar el dolor de los familiares que poseen el carácter de disponentes secundarios, también hay que respetar la voluntad del acaecido.

Continuando con el estudio del reglamento, su artículo 13 refiere a los disponentes secundarios en los siguientes términos:

Art. 13.- Además de los reconocidos por la ley, el reglamento considera como disponentes secundarios: ...

III.- Al Ministerio Público, respecto a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones;

IV.- La Autoridad Judicial;

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

VI.- Las instituciones educativas con respecto a órganos, tejidos y cadáveres una vez vencido el término establecido por la ley para ser reclamado, sin que este acto se haya dado.

El hecho de que el reglamento otorgue la disposición exclusiva del cadáver a los representantes legales de menores e incapaces, es por demás absurdo y fuera de toda lógica ya que al tener la disposición de éste, se entiende, estarán facultados para autorizar la obtención de órganos o tejidos con fines terapéuticos. Así lo dispone la propia ley en su definición de disponente.

Art. 15.- Para establecer un orden de preferencia entre familiares que sean disponentes secundarios se estará a las reglas que conforme al parentesco establezca el Código Civil para el Distrito Federal (Código Civil Federal).

Cuando una norma ha quedado debidamente establecida en sus términos y alcances, no hay necesidad de volver a reglamentarla, el artículo 324.de la ley sustantiva determina que la disposición se efectuará en el siguiente orden de prelación: El o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante.

La disposición de órganos y tejidos revierte tal importancia que también el reglamento en comento se ocupa de ella y la detalla en el siguiente capítulo:

CAPÍTULO III

De la disposición de órganos, tejidos y productos

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones comunes

Art. 19.- El Ministerio Público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos o productos de cadáveres de personas conocidas o que hayan sido reclamadas, siempre y cuando se encuentren a su disposición con apego a las normas técnicas que con tal motivo emita la Secretaría, no existiendo determinación en contrario por la ley o por el donante originario; además de contar con la autorización del cónyuge, concubinario, concubina, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el segundo grado y representantes legales de los menores o incapaces.

Esta disposición se hará con fines terapéuticos y previa solicitud por escrito que reúna las condiciones enunciadas por este reglamento y las normas técnicas correspondientes.

El actual reglamento tiene plena vigencia en todo aquello que no se contraponga a las disposiciones de la ley, por lo que en el presente caso deberá de estarse a lo que señala en su artículo 328, ya que el Ministerio Público o la autoridad judicial podrán intervenir en la disposición de órganos y tejidos cuando la pérdida de vida del donante se encuentre vinculada con la averiguación de un delito.

El reglamento que se estudia, contiene una segunda sección que refiere específicamente a la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, en los siguientes términos:

SEGUNDA SECCIÓN

De la disposición de órganos y tejidos para fines terapéuticos

Art. 21.- Toda disposición de órganos y tejidos será gratuita.

Art. 22.- Se prohíbe la comercialización de órganos y tejidos con fines terapéuticos.

Razones éticas, morales y jurídicas prohíben la comercialización de órganos y tejidos con fines terapéuticos.

Art. 23.- Se prohíbe el trasplante de órgano único no regenerable, fundamental para la vida.

El ser humano en su actividad fisiológica, representa toda una unidad, sin embargo existen órganos como la piel que pueden ser regenerados cuando por algún motivo son extraídos de la integridad corporal, por lo que los trasplantes de este órgano son totalmente aceptados, lo que se prohíbe es la donación de órganos o tejidos únicos, no regenerables y de vital funcionamiento en la estructura humana, por ejemplo el corazón.

“Art. 24.- El documento en que el disponente originario manifieste su voluntad de donar con fines de trasplante debe contener:

I.- Nombre completo del disponente originario;

II.- Domicilio;

III.- Edad;

IV.- Sexo;

V.- Estado civil;

VI.- Ocupación;

VII.- Nombre y domicilio del cónyuge, concubina o concubinario, si tuviere;

VIII.- Si fuese soltero, nombre y domicilio de los padres y a falta de éstos, de alguno de sus familiares más cercanos;

IX.- El señalamiento de que por propia voluntad y a título gratuito, consiente en la disposición del órgano o tejido de que se trate, expresándose si esta disposición se entenderá hecha entre vivos o para después de su muerte;

X.- Identificación clara y precisa del órgano o tejido objeto del trasplante;

XI.- El nombre del receptor del órgano o tejido, cuando se trate de trasplante entre vivos, o las condiciones que permitan identificar al receptor si la disposición fuera para después de su muerte;

XII.- El señalamiento de haber recibido información a su satisfacción sobre las consecuencias de la extracción del órgano o tejido;

XIII.- Nombre, firma y domicilio de los tejidos cuando se trate de documento privado;

XIV.- Lugar en que se emite, y

XV.- Firma o huella digital del disponente.”

Art. 25.- En el artículo 16 del actual reglamento se detallaron los requisitos que deben cumplir los disponentes originarios para un trasplante entre vivos, ahora determinaremos los que debe reunir el receptor; a saber:

I.- Que el trasplante sea un medio eficaz para resolver su problema;

II.- No padecer enfermedades alternas que obstaculizaran el éxito del trasplante;

III.- Estar física y mentalmente aptos para soportar todo el tratamiento;

IV.- Expresar su voluntad de aceptar el implante, por escrito, una vez aleccionado de los beneficios, riesgos y demás situaciones alternas a la intervención, y;

V.- Ser compatible con el disponente originario del cual se trasplantará el órgano o tejido.

Si bien los trasplantes de órganos y tejidos representan en la actualidad, uno de los métodos terapéuticos más aceptados por la ciencia médica, no debemos restar importancia a la voluntad del receptor, de quien generalmente nos olvidamos por el afán de resolver su problema de salud.

Los trasplantes infieren una relación bilateral, por una parte tenemos al donador o disponente y por otra al receptor, de quien al igual que los dos primeros, debemos respetar su voluntad de no ser receptor en un trasplante de

órganos o tejidos, en los términos y especificaciones establecidas para el donador, claro en sentido opuesto.

Si todos somos potencialmente donadores de órganos o tejidos, todos somos potencialmente receptores de éstos, salvo manifestación expresa en contrario, ante Notario Público.

Con motivo de la fracción V, del artículo en cita, debemos aclarar que no se puede determinar al cien por ciento la compatibilidad que existe entre donador y receptor; siendo apropiado hablar de una mayor compatibilidad entre uno y otro.

Art. 26.- Señala los requisitos que debe contener el escrito en el cual el receptor otorgue su consentimiento para que le sea implantado un órgano o tejido, siendo éstos los mismos que se solicitaron para el escrito del donante originario; salvo que en este caso debe manifestar que por su propia voluntad autoriza le sea implantado el injerto, así como también de haber recibido la información suficiente en relación a las posibilidades de éxito en el restablecimiento de su salud.

Art. 27.- Cuando se trate de receptores menores de edad, incapacitados o con imposibilidad física para otorgar el consentimiento, quien lo manifieste en términos del artículo que antecede, será alguno de los donantes secundarios citados en la fracción I del artículo 13 de este reglamento. En el escrito se manifestará el vínculo que existe entre el que manifieste la autorización y el receptor.

En casos urgentes puede el Comité Interno de Trasplantes adscrito a la unidad hospitalaria, autorizar el implante correspondiente.

El reglamento que analizamos, sigue manejando el concepto de donante originario, tal como se ve en los dos siguientes artículos y de los cuales insistimos, deben de reformarse para que exista igualdad conceptual con la ley.

“Art. 34.- Las instituciones que realicen trasplantes deberán contar con un comité interno de trasplantes, cuyas atribuciones serán las siguientes:

I.- Verificar que los trasplantes se realicen de conformidad con los requisitos que establece la ley, este reglamento y las normas técnicas;

II.- Verificar que los trasplantes se realicen con la máxima seguridad y de acuerdo a principios de ética médica;

III.- Hacer la selección de donantes originarios y receptores para trasplante;

IV.- Promover la actualización del personal que participe en la realización de trasplantes.

Los comités a que se refiere este artículo, se integrarán con personal médico especializado en materia de trasplantes y en forma interdisciplinaria, bajo la responsabilidad de la institución, y su integración deberá ser aprobada por la Secretaría.”

“Art. 36.- La Secretaría tendrá a su cargo los Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones, cuyas funciones serán:

I.- Coordinar la distribución de órganos y tejidos en todo el territorio nacional;

II.- Establecer y aplicar procedimientos para facilitar, en todo el territorio nacional, la obtención de órganos y tejidos de seres humanos;

III.- Llevar un registro de donantes originarios de órganos y tejidos y de donantes de sangre humana;

IV.- Estudiar, conocer y proporcionar información de todos los aspectos relacionados con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos;

V.- Enviar a los bancos de sangre, banco de plasma y servicios de transfusión, las muestras de control a que se refiere el artículo 44 de este reglamento, y

VI.- Las demás similares a las anteriores que señale la Secretaría.”

Para lograr una mayor coordinación y control en la disposición de órganos y tejidos con fines de trasplantes se creó el Centro Nacional de Trasplantes cuya estructura y funciones se establecen en su propio reglamento, además de tener su soporte jurídico en los artículos 338 y 339 de la Ley General de Salud.

Los Centros Estatales de Trasplantes deberán proporcionar al Registro Nacional de Trasplantes, dependiente del Centro Nacional de Trasplantes, los datos necesarios para mantener un registro actual y pormenorizado de datos de los receptores, donadores y fecha del trasplante; establecimientos autorizados conforme al artículo 315 de la ley; profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes; pacientes en espera de algún órgano o tejido, integrados en listas estatales y nacional, así como los casos de muerte cerebral.

Con ello se libera al Registro Nacional de Trasplantes, de funciones que tenía asignadas y que no eran compatibles con un verdadero registro, ahora esas actividades son realizadas precisamente por el Centro Nacional de Trasplantes.

CAPÍTULO IV

De la disposición de cadáveres

Art. 60.- En cadáveres de personas desconocidas, el Ministerio Público tendrá la intervención que las leyes reglamentos y normas técnicas le confieran.

Art. 61.- Cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial ordene la necropsia en cadáveres de personas conocidas, se podrá disponer de

órganos o tejidos previa solicitud por escrito que realice la institución o banco de órganos y tejidos interesados, informándose, en caso de ser autorizada la disposición, a la autoridad sanitaria.

Recordemos que los únicos casos en los que el Ministerio Público y la autoridad judicial podrán intervenir respecto a la disposición de órganos y tejidos, es cuando el cadáver se encuentre relacionado con la investigación de un delito y la necropsia es una diligencia practicada con regularidad en la integración de averiguaciones previas.

Art. 62.- Para cualquier acto de disposición en un cadáver se requiere el certificado de defunción, expedido por el personal competente, una vez verificado el fallecimiento y sus causas.

Si se atendiera a la interpretación literaria, estaríamos en presencia de un verdadero obstáculo en materia de trasplantes en los cuales, como ya se dijo, únicamente se solicita un certificado de pérdida de vida y no de defunción.

En este caso debemos entender no sólo la disposición del cadáver, sino también de sus componentes que pueden ser utilizados en un trasplante.

2.3. Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, Para la Disposición de Órganos y Tejidos de Seres Humanos con Fines Terapéuticos, Excepto Sangre y sus componentes.³¹

Con motivo del avance y éxito que hasta la fecha han adquirido en nuestro país los trasplantes de órganos y tejidos, la Secretaría de Salud, el Instituto Mexicano del Seguro Social, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, Dirección General de Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal, Instituto Nacional de la Nutrición “Dr. Salvador

³¹México. Diario Oficial de la Federación, 25 de febrero de 1994, tomo CDLXXXV, No.19, Sección Cuarta, pp.46 a 50.

Zubirán”, Petróleos Mexicanos, Cruz Roja Mexicana, Centro de Investigación y Estudios Avanzados del Instituto Politécnico Nacional, Fundación Mexicana para la Salud, Sociedad Mexicana de Histocompatibilidad y Trasplantes; elaboraron el presente instrumento jurídico que la Dirección General de Regulación de los Servicios de Salud con fundamento en los artículos 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 3º. fracción XXVI, 13 apartado A, fracción I, 313,318, 321, 325, 329 de la Ley General de Salud; 38 fracción II, 41 y 48 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, 4º., 6º., 10, 13 al 21, 24 al 27, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 58, 60 y 61 del Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos; 24 fracciones IV, XI, y XIII del Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, publicó en el Diario Oficial de la Federación de fecha 25 de febrero de 1994, la Norma Oficial Mexicana de emergencia que nos ocupa.

Esta norma contempla los siguientes aspectos de mayor relevancia para el tema principal del presente trabajo:

- A) Objetivo y campo de acción;
 - B) Definiciones y especificaciones de términos;
 - C) Disposiciones generales;
 - D) De los disponentes;
 - E) De la disposición de órganos y tejidos;
 - F) De los bancos de órganos y tejidos;
 - G) De los establecimientos de salud que realizan actos de disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos, y
 - H) Observancia de la norma.
- Objetivo y campo de acción.

Se establecen los lineamientos a seguir en materia de disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines puramente terapéuticos;

aplicándose esta norma en todo establecimiento en el que se lleve a cabo esta disposición con fines igualmente citados, sea del sector público, social o privado.

- Definiciones y especificaciones de términos.

Nuevamente con el propósito de evitar divergencias conceptuales, se aplicarán los términos, bajo la siguiente definición:

- Ley.- Ley general de Salud;
- Reglamento.- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos;
- Secretaría.- Secretaría de Salud;
- Registro.- Registro Nacional de Trasplantes;
- Comité.- Comité Interno de Trasplantes, y
- Banco.- Banco de Órganos y Tejidos.

- Disposiciones generales.

Toda disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos se realizará en los establecimientos aludidos en la ley, el reglamento y en la actual norma; cumpliendo con los requisitos que cada uno de ellos exige.

Se prohíbe la comercialización de órganos y tejidos.

Todo donador debe ser mantenido en condiciones que hagan aceptable su estado de salud al momento de llevar a cabo el trasplante con fines terapéuticos.

- Disponentes.

A diferencia de la ley, la presente norma reconoce, al igual que el reglamento, al disponente originario y secundario.

- De la disposición de órganos y tejidos.

Para realizar una disposición de órganos o tejidos con fines terapéuticos es necesario contar con el consentimiento expreso, realizado de manera escrita; ya del disponente originario o secundario y sin que medie coacción física o moral.

Para obtener órganos de cadáveres en los cuales la autoridad competente haya ordenado la necropsia, se requiere personal autorizado por la Secretaría y presentar un formato ante el Ministerio Público que deberá contener los siguientes datos:

- a) Denominación y domicilio del establecimiento;
- b) Acreditar debidamente la autorización por parte de la Secretaría;
- c) Ubicación del cadáver;
- d) Nombre, sexo y edad del sujeto al momento de la muerte;
- e) Motivo de la muerte;
- f) Órgano a extraer, y
- g) Nombre y firma del representante del Registro que autoriza la solicitud.

Todo establecimiento está obligado a informar de sus obtenciones al Registro.

- De los bancos de órganos y tejidos.

Todo banco de órganos y tejidos requiere licencia sanitaria, para lo cual es necesario cubrir los siguientes requisitos:

- a) Que el responsable del banco sea médico con permiso expedido por la Secretaría;

b) El responsable debe ser parte integrante de la estructura orgánica de un establecimiento autorizado;

c) El establecimiento debe contar con personal experimentado en el manejo de órganos y tejidos con fines terapéuticos.

Estos bancos de órganos y tejidos deberán de contar con las siguientes áreas:

- a) De recepción y entrega;
- b) De preparación y conservación;
- c) De informática;
- d) Área administrativa, e
- e) Instalaciones sanitarias.

Es obligación de estos bancos enviar informes de sus actividades, trimestral y anualmente, a la Secretaría.

- De los establecimientos de salud que realizan actos de disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos.

Los establecimientos de salud que realicen actos de disposición de órganos y tejidos, deberán contar con licencia sanitaria expedida a su favor por la Secretaría. Ahora bien, para obtener esta licencia, es necesario que los establecimientos cuenten con los siguientes elementos:

- A) Médico con permiso para ser responsable de un trasplante,
- B) Un Comité Técnico,
- C) Médicos capacitados en la materia, y
- D) Enfermeras capacitadas en el manejo de pacientes con trasplante.

Dada la importancia de la infraestructura material que debe poseer el establecimiento que realice trasplantes, la actual norma técnica exige:

Para trasplante de órganos que requieran anastomosis vascular:

- A) Laboratorio de patología clínica,
- B) Laboratorio de anatomía patológica,
- C) Acceso a un laboratorio de histocompatibilidad,
- D) Gabinete de radiología,
- E) Acceso a un gabinete de medicina nuclear, en su caso,
- F) Acceso a un departamento de hemodinámica, en su caso,
- G) Quirófano,
- H) Equipo instrumental y material necesario para el trasplante,
- I) Banco de sangre,
- J) Unidad de terapia intensiva, y
- K) Especialidades médicas correlativas a los trasplantes a realizar.

Para trasplante de córnea, esclerótica y piel:

- A) Servicio de especialidad que corresponda, y
- B) Equipo, instrumental y material necesario para el trasplante.

El Comité tendrá las siguientes funciones, no contempladas en la ley ni en el reglamento:

- 1.- Tener una lista de pacientes en espera de trasplantes,
- 2.- Aprobar o desaprobar los proyectos de trabajo que en la materia presente el establecimiento,
- 3.- Evaluar periódicamente el resultado de los ya referidos proyectos.

La aplicación y vigilancia de esta norma estará a cargo de la Secretaría.

La participación de los gobiernos de las diferentes entidades federativas estará sujeta a los convenios que con base en el artículo 18 de la Ley, realice la misma Secretaría.

2.4. Bases de Coordinación que Celebran la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como la General de la República.³²

Independientemente de las facultades que diversos ordenamientos jurídicos otorguen al Procurador General, ya de la República o de Justicia del Distrito Federal y al Secretario de Salud, es lógico suponer que deben existir ciertas bases de coordinación entre ambas personas morales sociales que representan.

Siendo competencia exclusiva del Ministerio Público la persecución de los delitos, y por otra parte, es facultad de la Secretaría de Salud el control en cuanto a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos; resultaría poco loable adolecer de las presentes bases de coordinación. Es por esto que el Ex-Procurador General de Justicia del Distrito Federal, licenciado Ignacio Morales Lechuga y el Ex-Secretario de Salud, doctor Jesús Kumate Rodríguez suscribieron las primeras bases de coordinación en cuanto a la disposición de órganos y tejidos de cadáveres humanos, en los cuales la autoridad judicial o el propio Ministerio Público haya ordenado la necropsia; encontrándose a su disposición los cadáveres.

Estas bases fueron firmadas en la Ciudad de México a los veintiún días del mes de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, publicándose el día veintitrés del mismo mes y año. El sustento jurídico para la firma de las referidas bases, fueron los siguientes artículos: 4º, 21, 73 fracción VI, base 6ª, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3º. Fracción XXVI, 13 apartado A, fracción II, 313, 314, 315, 316, 319, 320, 325 y 462 de la Ley General de Salud;

³²México. Diario Oficial de la Federación, 23 de marzo de 1989, tomo CDXXVI, No.16, Sección Cuarta, pp. 5 a 7.

303, 323, 325, 329 y demás relativos del Código Penal para el Distrito Federal; 1º., de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; 4º., 5º., del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; 1º., 13, 14, 19, 36, 37, 61, 70 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos; 1º., 2º., 7º., 9º., 16, 17, 28, 29 y 32 de la Norma Técnica Número 323 Para la Disposición de Órganos y Tejidos de Seres Humanos con Fines Terapéuticos.

Una vez que fueron analizados todos y cada uno de los artículos que anteceden, deducimos que los mismos refieren sobre todo al ámbito competencial de los firmantes; motivo por el cual pasaremos a examinar el contenido específico de las bases en comento. Al igual que en los ordenamientos legales, analizados con antelación, se citaran las bases de coordinación que en materia de trasplantes tengan mayor injerencia jurídica.

Base Segunda.- Las presentes bases se aplicarán únicamente en aquellos casos en que el cadáver se encuentre a disposición del Ministerio Público y se haya ordenado en el mismo la ejecución de la necropsia conforme a derecho.

Base Tercera.- Para los efectos del artículo 462 de la Ley General de Salud, las firmantes consideran que la ilicitud en el obrar se presenta cuando el sujeto activo se aparta de lo ordenado por la ley de referencia, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos y la Norma Técnica Emergente para la Disposición de Órganos y Tejidos de Seres Humanos con Fines Terapéuticos.

Base Cuarta.- Determina los requisitos que deberá contener la solicitud hecha al Ministerio Público por parte de establecimientos que se interesen por algunos órganos y que cuenten con autorización para disponer de éstos.

Base Quinta.- El Ministerio Público anexará a la averiguación previa, la solicitud realizada por determinado establecimiento autorizado.

Base Séptima.- Reconoce la asesoría que debe proporcionar la Secretaría de Salud a la Procuraduría, en relación a la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos.

Cuando la Secretaría de Salud tenga conocimiento de alguna disposición ilícita de órganos, tejidos o cadáveres; podrá denunciar los hechos respectivos.

Base Décima.- No se establece una vigencia limitada para las presentes bases de coordinación, las cuales podrán ser modificadas en cualquier momento.

En caso de ser necesaria la interpretación del actual instrumento se creará una Comisión Parlamentaria, integrada por representantes de ambas firmantes.

Ahora bien, en cuanto al ámbito federal se refiere, contamos con las **“Bases de coordinación que celebran la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de la República. (B/018/91.)”**³³

Con el objetivo de procurar justicia y de administrar salud a la población mexicana, el Ex-Secretario de Salud doctor Jesús Kumate Rodríguez y el entonces Procurador General de la República licenciado Ignacio Morales Lechuga; firmaron las presentes bases de coordinación el 23 de diciembre de 1991, sirviendo como fundamento los siguientes artículos: 4º., 21, y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3º., fracción XXVI, 13 apartado A, fracción II; 313, 314, 315, 316, 319, 320, 325 y 462 de la Ley General de Salud, 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 303, 325, 329 y demás relativos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de

³³México. Diario Oficial de la Federación, 23 de diciembre de 1991, tomo CDLIX, No.16, Sección Octava, pp. 112 a 115.

Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, 130 y demás relativos del Código Federal de Procedimientos Penales, 1º., 13, 14, 19, 36, 37, 61 y 70 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, 1º., 2º., 7º., 9º., 16, 17, 28, 29 y 31 de la entonces Norma Técnica Número 323 para la Disposición de Órganos y Tejidos de Seres Humanos con Fines Terapéuticos.

Nótese que ambos firmantes ya habían celebrado bases de coordinación, sólo que en ese acto el licenciado Morales Lechuga fungía como Procurador General de Justicia del Distrito Federal. Aludimos a este hecho con motivo de que algunas bases como la primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena y décima primera; son una verdadera reproducción de las contenidas en las bases de coordinación que anteceden a las presentes.

A continuación nos referiremos a las bases más sobresalientes para nuestro tema en estudio.

Base Décima.- Establece que el personal que labora en cumplimiento de la presente norma, conservará su relación laboral con la institución a que pertenezcan; no debiendo considerar por consiguiente, a las firmantes como patronos sustitutos.

Base Décimo Segunda.- Contiene la fecha en que entrarán en vigor las presentes bases; además de que podrán darse por concluidas en cualquier momento, siempre y cuando se dé aviso por escrito con una anticipación de treinta días hábiles.

2.5. Estudio Comparado: Estados Unidos y Argentina.

Con una tradición jurídica anglosajona, el sistema jurídico norteamericano ha logrado permanecer vigente en su cuerpo normativo consuetudinario, es decir,

basado en la costumbre y en la necesidad de crear leyes de acuerdo a hechos y acontecimientos que el momento histórico requiere.

Este sistema jurídico, vigente en países como los Estados Unidos, Irlanda y el Canadá, es fiel testigo de una tradición jurídica que ha logrado sobreponerse a los avances y desarrollo de las ciencias.

Por citar alguna característica del sistema jurídico anglosajón que se practica en los Estados Unidos, diremos que en él existen “dos tipos de tribunales en virtud de la fijación que se hace en forma tajante e inflexible de las prerrogativas del Estado y de la Federación.”³⁴

Hecho el anterior comentario, podemos explicarnos el porqué nuestro sistema jurídico, basado principalmente en un Derecho escrito, puede presentar diversas apreciaciones de un mismo acto o hecho jurídico; máxime tratándose de temas que admiten profundos análisis morales, tal como sucede con los trasplantes de órganos o tejidos de seres humanos con fines terapéuticos.

Como se expuso en el capítulo segundo, en los Estados Unidos, la Ley Uniforme de Donaciones Anatómicas establece como principios básicos para poder disponer de un órgano o tejido: a) Una mayoría de 18 años de edad, b) Un consentimiento libre, y c) La no comercialización de piezas anatómicas.

Esta Ley al igual que nuestra Ley General de Salud, detalla en su sección primera, términos médico-legales como persona, banco de órganos, difunto o donante.

Igualmente, el ordenamiento en comento estipula la forma expresa de otorgar la voluntad de donar órganos o tejidos, misma que asume vigencia con

³⁴GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel. Tesis: “Estudio Dogmático Jurídico-Penal del Artículo 461 de la Ley General de Salud”, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México, 1988, p.119.

una “tarjeta” que surtirá efectos testamentarios; pudiendo ser depositada en algún hospital, banco o centro de almacenamiento de órganos.³⁵

Es aquí donde insistimos que en nuestro país, no se le otorga, en un sentido estricto, el pleno valor jurídico que esta misma tarjeta posee. En la práctica no obstante de contar con este documento, el equipo de cirujanos encargados del trasplante, sucumbe a estímulos sentimentales de los familiares y dejan desprotegida, en principio, una voluntad consciente de donar órganos y el deber de salvaguardar la vida de otra persona en quien se pudiera llevar a cabo el trasplante; precisamente al no disponer de estos órganos.

No existiendo manifestación expresa de donar, la Ley de Donaciones Anatómicas sugiere, al igual que la legislación mexicana, en casos específicos; que la autorización para la disposición del cadáver y de sus piezas anatómicas integrantes, recaiga sobre parientes como cónyuge supérstite, descendiente mayor, padres, etcétera.

Incluso dentro de una misma nación se encuentran diferencias conceptuales en cuanto a la muerte de un ser humano. Según la legislación local será uno o dos facultativos quienes determinen mediante un certificado, cuando una persona ha fallecido; quedando excluidos del proceso de donación o trasplante.

Lo anterior, según la Ley de Donaciones Anatómicas, la cual no establece ningún tipo de responsabilidad legal para el donador, en razón de ser un acto de buena fé.³⁶

³⁵GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, ob.cit., p.120.

³⁶GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel. Tesis: “Estudio Dogmático Jurídico...” Ibidem., p.120.

En México nuestra Ley General de Salud es de tipo federal, con aplicación, en consecuencia, en todo el territorio nacional por lo que prevalece lo que ella estipula, sobre cualquier legislación local.

Retomando los comentarios hechos a la Ley de Donaciones Anatómicas, apuntaremos que “para 1980, la mayoría de las leyes de Estados Unidos se encuentran ceñidas a las características ya señaladas, propias de la *Uniform Anatomical Gift Act*’ de 1986.”³⁷

El licenciado Miguel Ángel Granados Atlaco en su trabajo de elaboración de tesis intitulado “Estudio Dogmático del artículo 461 de la Ley General de Salud,”³⁸ hace referencia a la “Ley Nacional de Trasplantes de Órganos” en la cual se estipula que el Ministerio de Salud tiene a su cargo el control y creación de centros que propicien la captación de órganos con fines terapéuticos. Asimismo controlará y promoverá la creación de centros médicos donde se lleven a cabo trasplantes, quedando excluidas dichas unidades hospitalarias, de actividades relacionadas con la obtención de órganos, sin embargo tendrán la obligación de contar con un directorio que facilite su comunicación con los centros de acopio aludidos con antelación.

Los centros para la obtención de órganos serán regionales y se autorizarán concesiones principalmente a los que tengan convenios formales con centros de trasplantes.

Otras obligaciones del Ministerio de Salud son las de coordinar la distribución, preparación y transporte de las unidades anatómicas a trasplantar, llevando para su caso un registro de sus actividades, los cuales servirán de datos estadísticos.

³⁷GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel, ob.cit., p, p.121.

³⁸GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel. Tesis: “Estudio Dogmático Jurídico...” Idem., pp.121 a 123.

En su sección 301 del Título III de la Ley en cita, se establece una sanción pecuniaria no mayor de 50,000.00 dls. y/o privación de la libertad por 5 años, para el que compre o comercie con órganos humanos.

ARGENTINA

A diferencia de la Ley General de Salud y de la Ley de Donaciones Anatómicas, en Argentina se regulan los trasplantes con una ley específica, denominada “Ley de Trasplantes” (Ley No. 21.541) misma que data del año de 1977.

Haciendo una sinopsis del cuerpo normativo citado con antelación, principalmente en lo relativo a la disposición de órganos o tejidos, señalaremos que en este país sudamericano su “Ley de Trasplantes”³⁹, tiene una observancia en toda la República y se regula la ablación de órganos humanos para fines de trasplante, cuando no existe alguna otra alternativa terapéutica; la autoridad sanitaria autorizará a los centros hospitalarios públicos o privados que cuenten con la infraestructura material y humana adecuada para realizar este tipo de cirugías.

El equipo médico debe proporcionar al donador y al receptor toda la información necesaria sobre los riesgos, ventajas, desarrollo y fin, de todo lo relacionado con una intervención de trasplante; hecho lo anterior, se obtendrá la manifestación de la voluntad de cada uno de ellos en forma documentada.

Para ser donador vivo de partes anatómicas como órganos o tejidos, es necesario ser persona mayor de 18 años de edad; en tanto que el receptor debe ser el padre, la madre, el hijo o un hermano consanguíneo. Excepcionalmente se

³⁹BERGOGLIO DE BROUWER DE K, Ma. Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, Ma. Virginia. “Trasplantes de Órganos entre Personas con Órganos de Cadáver”, Ed. Hammurabi, Buenos aires, 1983, pp.359 a 367.

autorizará la ablación para un implante en cónyuge o entre padres con hijos adoptivos.

Se permite únicamente la disposición de órganos o tejidos que no pongan en alto riesgo la vida del donador y se prohíbe la donación de órganos exclusivos.

La revocación de la voluntad de ser donador, no crea derechos en su contra.

Para el caso de que una persona fallezca sin haber manifestado de manera expresa, su voluntad de ser donador, serán los familiares consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, quienes puedan disponer de sus órganos.

Se establece expresamente el respeto que se debe observar a un cadáver, evitando mutilaciones inútiles y la reconstrucción, en la medida posible, de la integridad del cadáver.

En caso de muerte violenta o autopsia ordenada por autoridad competente no se podrá disponer de órganos, salvo en el caso en que los órganos o tejidos hayan resultado ilesos.

Dentro del capítulo de prohibiciones encontramos la no intervención en el trasplante de los facultativos que dictaminen la muerte, así como de aquellos que trataron al paciente durante su última enfermedad.

Se prohíbe la comercialización de órganos y tejidos, la inducción o coacción a donar y la publicidad de ser donador cuando esta no cuenta con autorización sanitaria respectiva.

El artículo 29 de la Ley que nos ocupa, a la letra reza:

“Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cinco (5) años, el que induciere o coaccionare, por sí o por terceros, a cualquier posible donador o receptor a decidir por la afirmativa o la negativa acerca de la cesión o recepción de órganos o materiales anatómicas a que se refiere esta Ley, persuadiere decisiones que contravengan su libre voluntad.”

Llegamos a la conclusión de que todos los ordenamientos legales escritos o no, encierran una fuerte dosis filantrópica; sin embargo, cada uno posee un punto de vista diferente para tratar el tema de los trasplantes de órganos o tejidos de seres humanos.

Esta cirugía es como un gran rompecabezas, donde cada pieza juega un papel importante (conceptos médicos, legales, morales, religiosos, etcétera) sin embargo, mientras las definiciones médico-jurídicas no se generalicen en una terminología sencilla, entendible para todos, nos encerraremos en un círculo vicioso que no permitirá el desarrollo de la cultura de donar componentes anatómicos.

2.6. Sumario.

Debemos proteger nuestra salud, para ello es necesaria la participación de todos los sectores de la sociedad; aportando cada uno de ellos lo que en sus posibilidades sea factible.

Mejorar nuestro nivel de vida mediante un trasplante de órganos o tejidos no es una utopía, por el contrario, es ya una brillante y exitosa realidad.

Es necesario fomentar en la población la idea de donar órganos, tarea que debe ser apoyada por los gobiernos estatales y dependencias o sectores de la

Secretaría de Salud. Esta donación es por excelencia a título gratuito y podrá ser manifestada de manera expresa, en documento público.

Las donaciones serán supervisadas y controladas administrativamente por el Centro Nacional de Trasplantes y el Registro Nacional de Trasplantes, quien lleva una estricta relación de donadores y receptores en toda la República, logrando con ello una eficaz distribución de órganos y tejidos.

Se reconocen a dos tipos de disponentes, en relación a los órganos, tejidos y sus derivados, y cadáveres de seres humanos; ellos son:

Disponente Originario: La propia persona en cuanto a su cuerpo.

Disponente Secundario: Aquellos que por relaciones de parentesco se encuentran más cercanos al sujeto fallecido, en cuya ausencia asumirán tal papel personas morales específicamente determinadas por el marco jurídico de la materia.

La terminología que maneje la Ley General de Salud y sus normas secundarias, debe ser unánime, con ello se evitan confusiones e interpretaciones literarias o subjetivas, por parte de todos aquellos que de manera directa o indirecta se ocupan de mantener o restablecer la salud.

El Ministerio Público y la autoridad judicial tendrán facultades para autorizar la disposición de órganos o tejidos, cuando el cadáver se encuentre bajo su responsabilidad.

Tanto el personal como el establecimiento en donde se realicen trasplantes o se disponga de órganos y tejidos con fines terapéuticos, deberán contar con autorización expresa emitida por la Secretaría de Salud.

Igualmente, el hecho de introducir o sacar del territorio nacional órganos o tejidos requiere de la debida autorización por parte de la Secretaría de Salud.

Se recomienda la obtención de órganos y tejidos de cadáveres, aunque también se autoriza la obtención proveniente de seres humanos vivos; siempre y cuando no se trate de órganos exclusivos o no regenerables.

Como regla, únicamente los mayores de edad capaces podrán donar órganos o tejidos, excepción hecha de la donación de médula ósea, en cuyo caso, el donador será un menor de edad; claro es, con el consentimiento de sus representantes legales.

Por último, el menor de edad, la mujer embarazada y las personas privadas de su libertad; sí podrán ser donadores cuando se encuentren en las situaciones concretas a que refiere el marco jurídico de la materia.

CAPÍTULO III

INOBSERVANCIA DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE EN LA OBTENCIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS; ARTÍCULO 462 FRACCIÓN I, DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

3.1. Dogmática Jurídico-Penal.

La doctrina está íntimamente ligada al dogma, el cual es estimado como verdad sabida o impuesta por determinada escuela doctrinaria, es decir, de enseñanza o instrucción.

Según el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, **“en la literatura jurídica se entiende por doctrina, primeramente, al conjunto (corpus) de conceptos e ideas que formulan los juristas y transmiten en la enseñanza del derecho. La doctrina, así entendida constituye el aparato dogmático para el estudio y aplicación del derecho.”**⁴⁰

Para Jiménez de Asúa la dogmática jurídico-penal consiste en la reconstrucción del derecho vigente sobre base científica, no debiendo confundirla particularmente con una escuela, por el contrario, considerarla como la reconstrucción del derecho vigente, no de la mera ley.⁴¹

Todo precepto jurídico debe ser apreciado como verdadero dogma, en virtud de que el objeto de la dogmática es el escudriñar, indagar, el contenido de dicho precepto; actividad que la determina como la disciplina que se ocupa del estudio de las normas penales, es decir, como dogmática jurídico-penal.

⁴⁰Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 12ª. ed, Tomo II, 1998, p. 1121.

⁴¹JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Tratado de Derecho Penal”, 3ª. ed, Tomo I, Ed. Lozada, Buenos Aires, 1965, pp.83,84

Un aspecto determinante de la dogmática, es el de ser el medio que une a la parte física (preceptos jurídicos) con la social o práctica (conductas sociales contenidas en el derecho), aunque no significa que el jurista únicamente realice el estudio dogmático de normas que efectivamente reflejen una realidad; sino que también lo podrá hacer en cuanto a normas que proyectaron una expresión social.

Recordemos que la ciencia del Derecho Penal es el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuente, a las penas y medidas de seguridad. Por lo anterior, Grispigni considera como sinónimo de esta ciencia a la dogmática jurídico-penal, que no es más que la **“disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el seno del ordenamiento jurídico positivo, constituyen el derecho penal.”**⁴²

Por consiguiente, el derecho positivo, vigente o no vigente, constituye la materia de estudio de esta dogmática.

La ley es un verdadero dogma, debiendo apreciarla por lo mismo como verdad firme y cierta, en la cual descansa toda investigación. Así, la Dogmática Jurídico-Penal es la piedra angular en la que el penalista apoya su estudio del delito a través de sus elementos integrantes.

3.2. Delito en general y delito especial.

Por años, legisladores, doctrinarios, investigadores, etcétera; han emitido sus propias apreciaciones en cuanto al delito, mas éstas se han visto superadas por la necesidad que tiene el hombre de ir cambiando de acuerdo a su época.

Si un código punitivo no contiene una definición del delito, es inapropiado estimar a éste como violatorio de nuestras garantías individuales, ya que si fuera

⁴²citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Ibidem.*, p 32.

necesario el incluir la definición de tal concepto, tendría que incluirse igualmente la definición de tipicidad.

Para el jurista Eugenio Cuello Calón el delito quedaría resumido como la **“acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena,”** y señala que **“el delito sólo se manifiesta por la conducta humana (acción u omisión), ésta debe poseer el carácter de antijuricidad tipificada (afectar, lesionar, como poner en peligro; bienes tutelados por el derecho, mediante conductas penadas y descritas en el ordenamiento penal), además de ser imputable la culpa a una determinada persona y que contiene una sanción sin la cual perdería el carácter de delito.”**⁴³

El Derecho Penal no tiene como función exclusiva la imposición de penas, por el contrario, señala los actos que deben realizarse u omitirse; si la pena determinara al delito, las faltas, las infracciones administrativas o disciplinarias que contienen una pena establecida en la ley, resultarían ser delitos sin serlo.

El delito dentro de los cuerpos punitivos ha asumido el carácter de “Acto”, “Conducta”, o “Hecho”; cualquiera que sea el término aplicado, no podemos perder de vista que todo acto, conducta o hecho delictivo tiene su origen en la sociedad, en la cultura y en el desarrollo de los individuos; lo cual trae como consecuencia que la doctrina dé a este término diversos enfoques que van desde el filosófico, social, formal y sustancial, legal, natural; hasta el dogmático que es la base en que se sustenta la Teoría del Delito.

A) Concepción filosófica: Sin llegar a obtener un éxito, en razón de apoyarse en la “Idea de fijeza y universalidad”, lo cual no puede ser aceptado.

⁴³CUELLO CALÓN, Eugenio. “Derecho Penal”, 18ª. ed, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1981, p. 298.

B) Concepción sociológica: Los positivistas lo apreciaron como un fenómeno natural y social, producido por el hombre.

C) Concepción natural: Garófalo siendo positivista, expuso: **“Delito es la violación a los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad o justicia en la medida en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad.”**⁴⁴

D) Concepción formal y sustancial: El maestro Ignacio Villalobos señala que **“la palabra delito, deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de delinquere, dejar, y el prefijo de, en la connotación peyorativa se toma como linquere viam o rectam viam: dejar o abandonar el buen camino.”**⁴⁵

E) Concepción legal: Aquellas que el legislador ha plasmado en los códigos penales, tal como el de 1871 en el cual se definía al delito como la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.

Por su parte, el Código Penal de 1929 lo concibió en su artículo once, como la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

El Código Penal Federal de 1931 lo describe como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Esta definición establece ante todo que sólo las conductas humanas pueden constituir delitos, aunque doctrinariamente sea incompleta.

⁴⁴citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. “Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal”, 17ª. ed, Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1998, p.201.

⁴⁵VILLALOBOS, Ignacio. “Derecho Penal Mexicano, Parte General”, 5ª. ed, Ed. Porrúa, México, 1990, p.202.

F) Concepción dogmática: Estas concepciones dogmáticas se fundamentan en los elementos que integran al delito. Si faltara algún elemento, podríamos estar hablando de cualquier otra cosa menos de esta figura jurídica.

Para Florián, el delito es un **“hecho punible del hombre, contrario a la ley y que está amenazado con una pena”**; Edmundo Mezger lo define como **“la acción típicamente antijurídica y culpable”**; por su parte, Liszt lo concibe como el **“acto culpable, contrario a derecho, sancionado con una pena”**; Jiménez de Asúa aprecia al delito como el **“acto típicamente antijurídico, culpable, sometido algunas veces a condiciones objetivas de penalidad”**; por último Raúl Carrancá y Trujillo nos dice que **“el delito en cuanto a sus elementos se compondrá de actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.”**⁴⁶

Algunos juristas como Fernando Castellanos Tena, estiman al delito como la acción típicamente antijurídica y culpable, negando por tanto el carácter de elementos esenciales o primarios, a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad; criterio que en lo particular se comparte por estimarlo el más acertado en cuanto a los elementos primarios y secundarios del delito.

En cuanto al delito especial, es necesario apuntar que el Código Penal Federal no contiene todas aquellas conductas que constituyen delito, existen disposiciones en nuestro sistema jurídico que describen conductas delictivas conocidas como “Delitos Especiales” que a su vez conforman el Derecho Penal Especial, serán por tanto delitos especiales, aquellas normas que presenten variantes, particularidades, especialidades, modalidades o excepciones y se encuentren en leyes federales; excepción hecha al Código Penal Federal.

⁴⁶citados por CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. “Derecho Penal Mexicano”, 19ª. ed, Ed. Porrúa, México, 1997, p.223.

El Código Penal Federal vigente en su artículo 6º preceptúa:

“Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conductas del Libro Segundo.

Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.”

El contenido del artículo 6º ya expuesto con antelación, comprueba claramente que el legislador mexicano previó que el Ordenamiento Punitivo Sustantivo no podría contener todos los delitos que se pudieran integrar al vulnerar normas contenidas en leyes administrativas federales.

Siendo así, los delitos especiales, como exponen los juristas mexicanos Miguel Acosta Romero y Eduardo López Betancourt, son **“conductas constitutivas de delitos que se encuentran contempladas en diferentes ordenamientos no penales, (tratados internacionales y leyes especiales) que se refieren a situaciones jurídicas abstractas, determinadas, contenidas en leyes no privativas, ni prohibidas por el artículo 13 constitucional; es decir son impersonales, generales y abstractas.”**⁴⁷

Como se dijo en líneas anteriores, la ausencia de definición del delito en un código penal no viola garantías individuales y si éstos no se encuentran concentrados en un sólo cuerpo normativo; las leyes especiales en su título o capítulo relativo a ellos, deben ser estimados como parte del marco jurídico penal, dentro del cual tenemos a los delitos y sus penas.

⁴⁷ACOSTA ROMERO, Miguel y LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. “Delitos Especiales”, 4ª. ed, Ed. Porrúa, México, 1998, p.21.

En consecuencia la descripción del delito por parte del Código Penal Federal en su artículo 7º no debe ser interpretada de manera limitativa en cuanto a que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, en virtud de que la ley especial maneja aspectos o temas de carácter administrativo.

Recordemos que el delito especial no asume tal carácter por el ordenamiento jurídico que lo consagre, sino por los elementos intrínsecos que contiene, refiriéndose lo “especial” a determinadas circunstancias, requisitos o características que impone el tipo, en relación posiblemente, al bien jurídicamente tutelado.

Una vez expuestos los diversos puntos de vista conceptuales en cuanto al delito, pasemos a su clasificación, atendiendo principalmente a motivos de índole doctrinario, no estimándola por este hecho menos importante para efectos prácticos. Esta clasificación asume varios criterios sin embargo, por estimarla la más apropiada, nos enfocaremos a la realizada por el doctor Eduardo López Betancourt en su obra “Teoría del Delito”⁴⁸ para quedar como sigue:

A) En función de su gravedad: Existen dos teorías, la bipartita y la tripartita.

Teoría Bipartita.- Integrada por delitos y faltas: los primeros, conductas ilícitas sancionadas por la autoridad judicial, las segundas, conductas sancionadas por autoridad administrativa.

Teoría Tripartita.- Carece de relevancia en nuestro sistema jurídico penal. No obstante, anexa a los delitos y a las faltas, conductas denominadas como crímenes.

B) En cuanto a la conducta del agente, los delitos pueden ser de acción o de omisión.

⁴⁸LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. “Teoría del Delito”, 5ª.ed, Ed. Porrúa, México, 1998, pp. 281 a 286.

Delitos de acción.- Cuando en el sujeto se encuentra presente el elemento positivo (movimiento), el cual da origen al ilícito penal.

Delitos de omisión.- Se vulnera una norma dispositiva. Aquí, no se da la actividad del sujeto.

La omisión a su vez se divide en omisión simple y en comisión por omisión. En la primera se sanciona en si misma a la inactividad, con independencia del resultado; en la segunda, se presenta necesariamente un resultado material, violando una ley prohibitiva.

C) En relación al daño ocasionado, el delito puede ser de lesión o de peligro.

Serán de lesión aquellos delitos en que el bien jurídicamente protegido, sufre un menoscabo.

Delito de peligro es aquel en donde, precisamente, no se ocasiona la lesión; únicamente se pone en peligro al bien jurídicamente tutelado.

D) En cuanto al resultado, el delito se clasifica en delito de resultado formal y delito de resultado material.

Delitos de resultado formal son aquellos en los cuales con la acción u omisión se agota el tipo penal, no requiriéndose una mutación material externa.

En los delitos de resultado material, es necesario, para su integración, un resultado radical externo.

E) Por su duración los delitos se clasifican en instantáneos, permanentes y continuados.

Son delitos instantáneos aquellos en los cuales el único movimiento consuma al delito.

En los delitos permanentes su aspecto negativo se prolonga en el tiempo.

Para que se presente el delito continuado es necesario una pluralidad de conductas, unidad de propósito delictivo, identidad de lesión jurídica y con las reformas al Código Penal, publicadas en el Diario Oficial de la Federación con fecha 13 de mayo de 1996; unidad de sujeto pasivo.

F) Por su elemento interno o culpabilidad, los delitos pueden ser dolosos, culposos y preterintencionales.

Delito doloso: Cuando el sujeto posee la intención de cometer su delito.

Delito culposo: Aquí el agente no posee la intención de cometer un delito, más su imprudencia, negligencia o descuido configuran el evento antisocial.

Delito Preterintencional: Cuando la intención se ve superada por el resultado no deseado.

Con las reformas de fecha 10 de enero de 1994, el Código Penal Federal, elimina a la preterintención como elemento interno.

G) En cuanto a su estructura, el delito puede ser simple o complejo.

Cuando existe una sola lesión jurídica, estamos en presencia del delito simple.

Existiendo la lesión a dos o más bienes jurídicamente protegidos, se actualiza el delito complejo.

H) Por el número de actos, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes.

Cuando la consumación se agota con un sólo acto, el delito será unisubsistente.

En el delito plurisubsistente, por el contrario, se requiere de dos o más actos para su integración.

I) Por el número de sujetos, el delito puede ser unisubjetivo o plurisubjetivo.

Delito unisubjetivo es aquel en el cual es suficiente la exclusiva participación de un sujeto en el hecho delictivo.

Delito plurisubjetivo es aquel que requiere de la intervención de dos o más sujetos, sin lo cual no se estará en el supuesto típico penal específico.

J) En cuanto a la manera o forma de persecución de los delitos, éstos pueden ser de oficio o por querella.

Delitos de querella necesaria: Su persecución es posible únicamente cuando se ha formulado la formal querella ante el Ministerio Público; esta querella es la voluntad expresada por el ofendido, la víctima o en su caso los representantes legales. Se busca, por parte del querellante, la instauración del juicio de reproche al o los probables responsables y así poder aplicar una pena.

Delitos perseguibles por oficio: Son todos aquellos en que la autoridad, previa denuncia, está obligada a actuar por mandato legal, persiguiendo y

castigando a los responsables, aclarando que la denuncia puede ser formulada por el agraviado o por cualquier otra persona.

K) En virtud de su materia, el delito se clasifica en: Común, federal y militar.

Delitos del orden común: Aquellos que se aplican en un espacio territorial determinado.

Delitos federales: Sancionan por jueces federales, además de ser perseguibles en todo el territorio nacional.

Delitos militares: Aquellos que se aplican a miembros de instituciones militares exclusivamente.

L) La clasificación legal del delito la encontramos en cada uno de los títulos que integran a los diversos cuerpos sustantivos penales y que atienden, principalmente, al bien jurídicamente protegido.

La clasificación que nos ocupa, en relación al Código Penal Federal vigente, quedaría como sigue:

- ◆ Delitos contra la seguridad de la Nación.
- ◆ Delitos contra el derecho internacional.
- ◆ Delitos contra la humanidad.
- ◆ Delitos contra la seguridad pública.
- ◆ Delitos en materia de vías de comunicación y de correspondencia.
- ◆ Delitos contra la autoridad.
- ◆ Delitos contra la salud.
- ◆ Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad.
- ◆ Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática.
- ◆ Delitos cometidos por servidores públicos.

- ◆ Delitos cometidos contra la administración de justicia.
- ◆ Responsabilidad profesional
- ◆ Falsedad.
- ◆ Delitos contra la economía pública.
- ◆ Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual.
- ◆ Delitos contra el estado civil y bigamia.
- ◆ Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones.
- ◆ Delitos contra la paz y la seguridad de las personas.
- ◆ Delitos contra la vida y la integridad corporal.
- ◆ Delitos contra el honor.
- ◆ Privación de la libertad y otras garantías.
- ◆ Delitos en contra de las personas en su patrimonio.
- ◆ Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita.
- ◆ Delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos.
- ◆ Delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.
- ◆ Delitos en materia de derechos de autor.

Una vez comprendida la clasificación del delito, lógico resulta aplicarla al estudio dogmático materia del actual trabajo. Iniciaremos transcribiendo el contenido del artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, mismo que a la letra dice:

“Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

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

CLASIFICACIÓN

1.- En cuanto a su gravedad es un delito, por consiguiente, sancionado por autoridades judiciales y no administrativas.

2.- En cuanto a la conducta, es de acción la obtención, conservación, utilización, preparación o el suministro de órganos, tejidos, cadáveres o fetos de seres humanos; en virtud de que lleva implícita, cualquiera de las conductas, una manifestación externa positiva, es decir, un hacer.

3.- Por el daño ocasionado, es de lesión con relación a la obtención ya que el bien jurídicamente protegido (vida, integridad corporal, salud o en su defecto el respeto al cadáver) sufre una disminución o destrucción, según sea el caso.

En razón de la conservación, suministro, preparación y utilización es un delito de peligro porque se amenaza con causar esa disminución o destrucción a los bienes jurídicamente salvaguardados.

4.- Por su resultado, es de resultado material, ya que la obtención, utilización, conservación, preparación y suministro, exigen una mutación en el mundo fáctico.

5.- Por su duración, tomando en cuenta que el delito sujeto a estudio contempla diversas conductas, apuntaremos que la obtención, utilización y suministro son de consumación inmediata o instantánea. En cuanto a la conservación y preparación son conductas ilícitas continuadas por requerirse de varias conductas para obtener dicha conservación o preparación; encontramos la misma lesión jurídica y por último existe unidad de sujeto pasivo.

6.- Por el elemento interno, es un delito doloso debido a que el agente al realizar cualquiera de las conductas establecidas párrafos anteriores, posee la

voluntad consciente encaminada a la realización del presente delito, conociendo indudablemente los elementos que integran al tipo penal.

7.- Por su estructura, en cuanto a la obtención, si es llevada a cabo en ser humano vivo, es un delito complejo por lesionar dos o más bienes jurídicamente tutelados. Por el contrario, si esta obtención se realiza del cadáver de un ser humano el ilícito penal será simple, en virtud de que se lesiona un bien jurídicamente protegido.

Por lo que respecta a la utilización, conservación, preparación y suministro es un delito simple ya que se lesiona un sólo bien jurídicamente tutelado.

8.- Por el número de actos, es un delito unisubsistente ya que para que se integre el tipo penal especial en comento, basta con que se cometa una conducta de las contenidas en la descripción legal (obtención, utilización, conservación, preparación o suministro).

Confirmando lo antes expuesto, el propio tipo penal incluye en su descripción la disyuntiva “o”.

9.- En cuanto al número de sujetos, sin mayor comentario, es un delito unisubjetivo debido a que el tipo penal no requiere de la participación de dos o más sujetos.

10.- Por su persecución, es un delito de oficio, la autoridad competente al tener conocimiento de la comisión de alguna de las conductas comprendidas en el delito sujeto a estudio, debe indagar sobre los hechos y sancionar a los responsables; siendo suficiente la denuncia.

11.- Por la materia, es un delito federal por estar contenido en una ley precisamente de esa índole, perseguible, en consecuencia, en toda la República.

12.- En cuanto a su clasificación legal, sin olvidar que se trata de un delito especial, lo podemos encuadrar de acuerdo al espíritu de cada título del Código Penal Federal como un delito contra la vida y la integridad corporal, contra la salud y en materia de inhumaciones y exhumaciones.

3.3. Presupuesto del delito.

Para Grispigni presupuestos son **“las circunstancias constitutivas antecedentes”**⁴⁹ es decir, toda circunstancia previa y necesaria para que concurra el delito.

El doctor Eduardo López Betancourt estima al presupuesto del delito como **“aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o hecho descrito por el tipo penal de cuya existencia depende el delito”**⁵⁰.

Dos corrientes doctrinarias prevalecen en cuanto al presupuesto.

- a) Una que los niega, y
- b) Otra que los acepta y habla de presupuestos del delito, del hecho o de la conducta.

A su vez, el presupuesto puede ser del delito en general o del delito en especial.

Los presupuestos del delito en general valdrán para cada uno de los elementos que lo constituyen; mientras que los presupuestos del delito en especial determinarán el título o denominación del delito de que se trate.

⁴⁹citado por PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, ob.cit., p.208.

⁵⁰LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, ob.cit., p.33

El creador de la doctrina de los presupuestos es Manzini quien los define como requisitos jurídicos previos a la realización del delito, de cuya existencia o inexistencia depende el propio delito; por consiguiente se dan o no, según el caso, habrá o no delito.⁵¹

Retomando nuevamente la obra del doctor Eduardo López Betancourt, "Teoría del Delito"⁵² señalaremos que de su lectura, en cuanto al rubro que nos ocupa, deducimos que los presupuestos del delito en general son:

- a) Una norma penal, precepto penal sancionado (norma penal que estima a cierta conducta bajo la amenaza de una pena)
- b) El sujeto activo y pasivo,
- c) La imputabilidad,
- d) El bien tutelado,
- e) El instrumento del delito.

Sujeto Activo.- El hombre es el único ente dotado de conciencia y voluntad, por tanto el único capaz de ser sujeto activo de algún delito.

El ser humano es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, o bien, cuando participa en la comisión del delito, contribuyendo a su ejecución proponiendo, instigando o auxiliando al autor, con anterioridad a su realización, concomitante con ella o después de su consumación.

De acuerdo a la forma de investigación se dará un tratamiento especial a cada sujeto que haya participado en la comisión del delito.

Por lo anterior, la persona humana como sujeto activo del delito, puede quedar encuadrada en uno de los siguientes rubros:

⁵¹PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, ob. cit., p.209.

⁵²LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, ob. cit., pp.33 a 58

A) Autor material.- Quien físicamente, sin la intervención de alguna otra persona, realiza directamente el ilícito penal; ya con su acción o con su omisión.

B) Coautor.- Quien con la unión de otros autores responsables, actualiza el delito, tipificando su conducta y siendo igualmente punibles en su conjunto.

La coautoría se fundamenta en el acuerdo común, pudiendo presentarse excepcionalmente la imprudencia, la cual quedaría sujeta a valoración.

C) Autor intelectual.- Quien prepara la realización del delito y para perfeccionarlo provoca o induce a otro, convirtiéndose así en instigador.

El actor intelectual sabe del aspecto ilícito de la conducta a realizar, sin embargo, prepara su ejecución e instiga a otro para su realización.

D) Autor mediato.- Aquel que no realiza el delito directa ni personalmente, sino que se vale de otro para su perfeccionamiento; siendo el medio regularmente un inimputable.

E) Cómplice.- Es aquel que juega un papel secundario en la comisión del delito ya que su función está encaminada a prestar su apoyo moral, intelectual o bien interviniendo en la realización del hecho delictivo con actos ajenos a la descripción legal.

F) Encubrimiento.- El encubridor no participa en la preparación o ejecución del hecho delictivo sin embargo, oculta a los culpables de éste, los efectos, objetos o instrumentos; con la finalidad determinante de evadir la acción de la justicia. Igualmente existe encubrimiento cuando se auxilia al agente para aprovecharse del beneficio que produce la comisión del delito o cuando participa de éste beneficio o efecto.

G) Asociación o banda delinciente.- Cuando un grupo de sujetos, se unen permanentemente en el tiempo, con el fin de delinquir. Esta permanencia en el tiempo diferencia a la asociación de la banda; en la última no se requiere de la permanencia temporal.

H) Muchedumbres.- Grupo de sujetos elevados en su número, heterogéneos y sin acuerdo previo de delinquir, lo cual origina una gran dificultad en la aplicación de la pena.

Para que se configure un ilícito penal es necesario contar con el elemento volitivo (conducta) exclusiva del ser humano, por tanto las personas jurídicas-colectivas no podrán ser sujeto activo de delito alguno.

Sujeto Pasivo.- Es aquel que sufre la acción, sobre quien recaen los actos materiales empleados para ejecutar el delito y el titular del derecho dañado o puesto en peligro

Resulta acertado compartir el criterio del jurista Eduardo López Betancourt al estimar que desde que se concibe a un ser humano, éste adquiere derechos, como el de la vida; por tanto puede ser sujeto pasivo en la comisión de un ilícito penal.

Respecto al cadáver, exclusivamente los seres humanos pueden ser sujeto pasivo, por lo que al cometerse un ilícito con un cadáver quienes asumen tal carácter son los familiares; por ser los titulares del bien jurídicamente tutelado.

Objeto Material.- Persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito. Por consiguiente, pueden ser objeto material las cosas, los animales y las personas.

Objeto Jurídico.- Es el bien jurídicamente tutelado, es decir, el bien o derecho que amparan las leyes penales; como ejemplo pondremos el patrimonio, la salud, la seguridad pública, entre otros.

Realizado el análisis de los presupuestos del delito en general, adecuaremos éstos al tipo penal que sirve de materia principal al actual capítulo; dicha adecuación es estimada desde un punto de vista muy particular del postulante.

Norma penal, comprendido el precepto y la sanción: Es precisamente lo expuesto por el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, que a la letra reza:

“Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

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

Sujeto activo.- Puede ser cualquier persona imputable.

Sujeto pasivo.- Persona de quien se obtiene o en quien se utilizan órganos o tejidos adquiridos ilícitamente y, en su caso, la sociedad.

Objeto material.- Son los órganos, tejidos, cadáveres o fetos de seres humanos.

Objeto jurídico.- Se protege la vida, la integridad corporal y salud del ser humano, así como el respeto al cadáver.

3.4. Elementos del delito.

Edmundo Mezger señala cuatro elementos básicos o primarios del delito, a saber: Conducta, Tipicidad, Antijuricidad y Culpabilidad; dos elementos secundarios: Condiciones Objetivas de Punibilidad y la Punibilidad. Por último, un presupuesto del delito, la imputación.⁵³

Jiménez de Asúa considera que en su integridad el delito está conformado por siete elementos positivos: Actividad, Tipicidad, Antijuricidad, Imputabilidad, Culpabilidad, Condicionalidad Objetiva y Punibilidad; a cada uno de éstos corresponderá su correlativo elemento negativo y que en ese mismo orden son: Falta de Acción, Ausencia de Tipo, Causas de Justificación, Causas de Inimputabilidad, Causas de Inculpabilidad, Falta de la Condición Objetiva y Excusas Absolutorias.⁵⁴

ACTIVIDAD

La importancia de la definición del delito que contiene nuestro Código Penal vigente, radica principalmente en establecer que sólo las conductas humanas positivas o negativas, podrán constituir delito.

En cuanto a los delitos cometidos por personas morales, éstas carecen de voluntad propia e independiente, como acontece con las personas físicas que la componen, por ello no es idóneo referirnos a ellas como sujeto activo del delito. Aceptar postura en contrario sería tanto como estimar que cuando un equipo de trasplantes realice una intervención, disponiendo de órganos o tejidos de manera ilícita; el responsable de tal conducta sea el Instituto Mexicano del Seguro Social, por ejemplo.

⁵³MEZGER, Edmundo. ob cit., p.156.

⁵⁴JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, ob.cit, Tomo III, p.63.

Para Castellanos Tena **“la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito”**⁵⁵ es decir, la conducta humana solamente puede manifestarse en un hacer y en un no hacer.

Diversos criterios doctrinarios han querido emplear términos como hecho, acto y acción; más como expone el jurista Porte Petit **“el término conducta es adecuado para abarcar la acción y la omisión, pero nada más. Esto quiere decir que dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho.”**⁵⁶

Al respecto Edmundo Mezger, apunta: **“Sólo el hombre y el hacer y el omitir del hombre son punibles.”**⁵⁷

Por su parte, el doctor Eduardo López Betancourt concluye que **“el acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. Así la conducta tiene tres elementos:**

- 1) un acto positivo o negativo (acción u omisión)**
- 2) un resultado**
- 3) una relación de causalidad entre acto y el resultado.”**⁵⁸

En el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, es obvio suponer que para que se realice dicho ilícito penal, es necesario un comportamiento positivo ya que la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; requiere forzosamente de un hacer.

⁵⁵CASTELLANOS TENA, Fernando. “Lineamientos de Derecho Penal, Parte General”, 38ª ed, Ed. Porrúa, México 1997, p.149.

⁵⁶PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, ob. cit., pp. 232,233.

⁵⁷MEZGER, Edmundo, ob. cit., p.169.

⁵⁸LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, ob. cit., p.77.

FALTA DE ACCIÓN

El Código Penal vigente en su artículo 15 fracción I, preceptúa: **“El delito se excluye cuando:**

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, ...”

La presente fracción es, como bien estiman los juristas Castellanos Tena y Carrancá y Rivas, **“un estorbo en la ley, un apéndice efimerizo. Si el agente no actúa de manera voluntaria desde luego no hay delito.”**⁵⁹

La Vis Mayor y la Vis Absoluta, tienen como común denominador una fuerza (energía) ejercida sobre el individuo; su diferencia radica en que la primera proviene de la naturaleza y la segunda de otra persona, impidiendo de esta manera el control de la voluntad; claro es que esta fuerza debe ser material.

En cuanto a los movimientos reflejos, éstos son las respuestas involuntarias a estímulos externos y que se originan por la existencia de un sistema nervioso en el ser humano.

Estos movimientos reflejos no actuarán como elemento negativo de la conducta cuando sí se pueden controlar o retardar.

Criterios doctrinarios estiman al sueño, al sonambulismo y al hipnotismo como verdaderas causas de inimputabilidad.

El sueño es el estado fisiológico necesario en todo ser humano, en el cual el sujeto se desconecta absolutamente de su realidad y da paso a procesos psíquicos en los cuales no hay voluntad.

En cuanto al sonambulismo, éste es una variante del sueño.

⁵⁹CASTELLANOS TENA, Fernando, ob. cit., pp.154 a 156.

Esto nos lleva a concluir que en el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, no es posible invocar ninguna de las causas de falta de acción a que hemos hecho alusión.

TIPICIDAD

El tipo es la descripción de la conducta por parte del legislador, la cual se ve conminada con una pena.

Esto quiere decir que no toda conducta es típica, lo serán aquellas que se adecuen precisamente a la detallada por el legislador en un Código Penal o ley especial.

Beling, expone: **“Es necesario que los delitos se acuñen en tipos, y no en definiciones vagamente genéricas.”**⁶⁰

Castellanos Tena refiere al tipo penal como la descripción de conductas, realizada por el Estado, y que se plasman en preceptos penales contenidos en la Ley; mientras que la tipicidad es el adecuamiento preciso de la conducta al tipo.⁶¹

La importancia del tipo radica en que en materia penal no es posible aplicar la analogía, es decir, para que nuestra conducta sea antijurídica y punible, se requiere que sea típica. Fontán Balestra señala que **“de nada valdrían las descripciones contenidas en la ley si se aceptara que además de las conductas contenidas en los tipos pueden penarse otras semejantes, o que tales acciones puedan constituirse en delito conforme a cualquier índice de valoración que permita hacer el juicio a posteriori.”**⁶²

⁶⁰FONTÁN BALESTRA, Carlos. “Tratado de Derecho Penal”, 2ª ed, Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p.29.

⁶¹CASTELLANOS TENA, Fernando. ob cit., p.167

⁶²FONTÁN BALESTRA, Carlos. ob cit., p.31.

Ahora bien, como expone el doctor Eduardo López Betancourt, el delito puede clasificarse de acuerdo al tipo de la siguiente manera:

A) Por su composición se clasifican en:

Normales.- En los cuales el tipo se integra de elementos objetivos, es decir, de apreciaciones externas reales.

Anormales.- Tipos penales que no obstante de contener elementos objetivos, requieren de elementos subjetivos o normativos. Entendemos, pues, por elementos subjetivos aquellos que van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en relación a algún ilícito penal; atendiendo principalmente a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.

En cuanto a los elementos normativos, éstos se consagran en la descripción típica y están sujetos a valoración del juez; por ejemplo la expresión “causa legal”.

B) Por su ordenación metodológica los tipos penales pueden ser:

Fundamentales o básicos.- Aquellos que gozan de una existencia independiente, se integran de una conducta ilícita que recae sobre un bien jurídicamente protegido.

Especiales.- Aquellos en los cuales al tipo básico se le agregan características determinadas, sin que esto implique subordinación alguna.

Complementados.- Tipos penales que requieren de la realización previa de un tipo fundamental, estando contemplada esta realización en la descripción legislativa.

C) En cuanto a la autonomía o independencia, el tipo penal se clasifica en:

Autónomos.- Aquellos que poseen vida propia.

Subordinados.-Tipos penales que para su existencia, requieren necesariamente de la actualización de algún otro tipo, del cual depende su vida.

D) Por su formulación los tipos penales son:

Casuísticos.- En los cuales el legislador establece formas determinadas para la realización del ilícito penal. Estos tipos a su vez pueden asumir dos vertientes, a saber:

1. Alternativos.- Aquellos en donde el legislador prevé dos o más formas de realización, bastando llevar a cabo una de ellas para consumir el delito.

2. Acumulativos.- Como su nombre lo refiere, son tipos en los cuales se deben reunir todas y cada una de las hipótesis consagradas en su descripción para poder estar en la adecuación de la conducta al tipo.

Amplios.- Aquellos donde el bien jurídicamente tutelado se lesiona con independencia de la forma o medios empleados.

E) Por el daño que causan:

- Son de lesión, en tanto producen un resultado, es decir, un daño al bien jurídicamente tutelado.
- Son de peligro, los que precisamente ponen en riesgo el bien jurídicamente protegido.

Adecuando nuestro ilícito penal en estudio a la clasificación que antecede quedaría como a continuación se detalla, estimando oportuno volver a reproducir el contenido del artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud:

“Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

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

Clasificación del delito previsto en el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, de acuerdo al tipo penal.

A) Por su composición es un tipo anormal ya que no obstante de contener elementos objetivos que vendrían a ser cada una de las conductas descritas, requiere del elemento normativo que está integrado por la expresión “ilícitamente.”

B) Por su ordenación metodológica es un tipo fundamental ya que su existencia no depende de otro. El resultado que produzca la realización de la conducta o conductas consagradas en la descripción legislativa, afecta a determinado bien jurídicamente amparado.

C) En cuanto a su autonomía o independencia es un tipo autónomo ya que posee vida propia y no depende de otro.

D) Por su formulación es un tipo penal casuístico alternativo, en virtud de que el legislador establece que se da la tipicidad con la realización de cualquiera de las conductas enunciadas, a saber: obtener, conservar, preparar, utilizar o suministrar.

E) Por el daño que se ocasiona el tipo penal en comento es de lesión en cuanto a la obtención. Por lo que respecta a la preparación, conservación, suministro y utilización es de peligro debido a que el bien jurídicamente protegido puede o no ser lesionado.

ATIPICIDAD

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad y consiste precisamente en el no adecuamiento de la conducta al tipo penal. Cuando hablamos de tipo, nos referimos en el fondo a la descripción legislativa y cuando nos referimos a la tipicidad estamos aludiendo a la conducta del agente.

Zaffaroni en su obra “Manual de Derecho Penal”⁶³, estima que la atipicidad se puede presentar por no existir ciertas condiciones requeridas por algunos tipos penales, tales como:

Ausencia de calidad o número, en cuanto al sujeto (Activo o Pasivo).-

Como regla encontramos que cualquier persona puede ser sujeto activo y al efecto el tipo expresa generalmente: “el que” o “quién, esto es lo que llamamos *“delicta comunia”*. La excepción a la regla está conformada por tipos que exigen características específicas en el sujeto activo y que originan la denominada *“delicta propria”*.

Esta *“delicta propria”* puede ser de carácter natural o jurídico, es decir, para que se integre el tipo es necesario que el sujeto activo sea, por ejemplo: hombre, mujer o funcionario público.

Refiriéndonos ahora al número de sujetos que estatuye el tipo, éstos pueden ser varios (más de uno) o simplemente uno; para que se configure el

⁶³ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ob cit., pp. 421, 422.

delito, así en el ilícito de Asociación Delictuosa, es necesaria la participación de tres o más personas.

En cuanto al número de sujetos pasivos consideramos como ejemplo idóneo al delito de Genocidio, donde el daño debe recaer sobre un grupo de personas.

Concluimos que no es posible encontrar esta causa de atipicidad en nuestro tipo penal sujeto a estudio, en virtud de que el mismo no requiere ninguna calidad en el sujeto activo o pasivo, así como tampoco un número determinado en cuanto a las personas que participen en su comisión.

Ausencia de objeto jurídico o material.- El objeto del delito está formado tanto por el objeto jurídico (bien o interés jurídico) como por el objeto material (persona o casa)

El renombrado jurista Carrancá y Trujillo, define al objeto jurídico como todo derecho protegido por la ley, cuya violación producirá una acción incriminable. Por lo que respecta al objeto material, éste se conforma de figuras materiales animadas o inanimadas.⁶⁴

Edmundo Mezger conceptualiza al objeto material de la acción y al objeto jurídico como el objeto de protección por parte de la ley.⁶⁵

Puede suceder que en un momento dado concorra a la vez la ausencia de objeto jurídico y material, por ejemplo, cuando se pretenda privar de la vida a un cadáver; faltando la persona física y el derecho a la vida.

⁶⁴CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. ob cit., pp. 270,271.

⁶⁵MEZGER, Edmundo. ob cit., p.385.

En nuestro precepto jurídico sometido a estudio (Artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud), podemos encontrar atipicidad por falta de objeto jurídico y material cuando los órganos, tejidos, cadáveres o fetos; no sean de seres humanos, sino de animales.

Falta de referencias temporales o espaciales solicitadas por la descripción legislativa.- Basta la lectura de la presente causa de atipicidad para que ésta sea entendida, motivo por el cual nos concretaremos a ejemplificar a cada una de ellas.

Por ausencia de circunstancias temporales, no es posible consumar el delito de espionaje en tiempo de guerra; debido a que el tipo refiere específicamente al tiempo de paz.

Como ejemplo de circunstancias espaciales, citaremos al artículo 286 del Código Penal Federal que a la letra dice: **“Al que en despoblado o en un paraje solitario haga uso de violencia sobre una persona con el propósito...”**

Nuevamente refiriéndonos al tipo penal que analizamos como materia central, éste no estatuye ningún tipo de referencias temporales o espaciales; por lo que no es posible que se presente esta causal de atipicidad.

Medios comisivos diversos a los previstos por la ley.- En ocasiones los tipos no contienen elementos descriptivos gramaticales, sino normativos (valorativos jurídica o éticamente hablando).

Una representación de medio descriptivo gramatical será el delito de Daño en Propiedad Ajena ocasionado mediante incendio, inundación o explosión.

Los elementos normativos requeridos por el tipo como medio comisivo del ilícito penal serán, por ejemplo: el engaño, la violencia y el error.

No es posible aplicar esta causa de atipicidad en el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, ya que el mismo no establece o contiene medios comisivos gramaticales o normativos, pudiendo ser cometido por cualquier medio que el sujeto activo crea pertinente.

Falta de elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.- Para Celestino Porte Petit los elementos subjetivos del injusto consisten en **“características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor.”**⁶⁶

Algunas de estas características subjetivas son la intención, el conocimiento previo y el fin o propósito.

En cuanto a esta causal de atipicidad, no la podemos contemplar en el delito que nos ocupa, en virtud de no incluir en su descripción ninguna situación subjetiva; castigándose la conducta por sus elementos puramente objetivos.

Por ausencia de una antijuricidad especial.- Vela Treviño textualmente expone: **“La más elemental lógica nos dice que el tipo no puede prohibir lo que el derecho ordena ni lo que el derecho fomenta.”**⁶⁷

Es aquí cuando se debe abundar sobre el alcance prohibitivo de la norma (tipicidad conglomerante) para corregir la tipicidad legal, es decir, la tipicidad legal puede, aparentemente, prohibir ciertas conductas; más estas al ser estudiadas a la luz del conjunto normativo penal encuentran que deben existir ciertas condiciones antijurídicas (contrarias a derecho) para que nos encontremos en el supuesto de la tipicidad legal.

Un claro ejemplo de lo antes expuesto sería el caso del actuario que con una orden de autoridad competente, totalmente fundada y motivada, se introdujera

⁶⁶PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, ob cit., p.346.

⁶⁷VELA TREVIÑO, Sergio. “Antijuricidad y Justificación”, 3ª ed, Ed. Trillas, México, 1990, p.23.

en un domicilio buscando determinados objetos involucrados en la comisión de un delito; como se observa, aparentemente el actuarío estaría cometiendo del delito de Allanamiento de Morada, más al contar con la respectiva orden se elimina el carácter antijurídico de su conducta.

El que realiza la obtención, el suministro, la utilización o la preparación de piezas anatómicas humanas; contando con la autorización de la Secretaría de Salud y además cumple con lo establecido en los ordenamientos aplicables al caso, está actuando bajo una auténtica ausencia de antijuricidad especial.

ANTI JURICIDAD

Jiménez de Asúa apunta que no basta que una conducta se amolde al tipo legal para ser antijurídica, es necesario que también ese adecuamiento sea antijurídico (contrario a derecho).⁶⁸

Para Vela Treviño **“lo que entendemos por antijuricidad como contradicción entre conducta y el orden jurídico general, resulta de la simple relación contradictoria y corresponde al campo de la teoría del delito; en cambio, lo injusto o antijurídico se refiere a la conducta misma ya valorada como antijurídica y que tiene que ser estudiada en el momento que se haya de resolver si una conducta particular es o no delictuosa por contener el elemento de antijuricidad.”**⁶⁹

En consecuencia, la antijuricidad no es exclusiva del Derecho Penal, sino de todo el orden jurídico. Podríamos concluir que la antijuricidad es el choque entre la conducta y el orden jurídico, sin que medie elemento neutralizador.

⁶⁸JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. ob cit., Tomo III, p.958.

⁶⁹VELA TREVIÑO, Sergio. ob cit., p.23.

Fernando Castellanos Tena nos dice que por contener la preposición anti, la antijuricidad es la contradicción objetiva a los valores estatales; esto según el criterio latino ya que desde el punto de vista germano, la antijuricidad es el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal.⁷⁰

La misma ley contiene las previsiones que declaran como lícitos a actos, aparentemente delictuosos, mediante las denominadas causas legales de justificación.

A continuación detallaremos algunos aspectos de los elementos negativos de la antijuricidad, para ello iniciaremos aclarando que la antijuricidad con su carácter positivo y su implícita negación, no es un carácter negativo; debido a que éste se compondrá con todas aquellas circunstancias que colocan a la conducta típica dentro de lo jurídico.

Estas circunstancias o causas de justificación son estimadas por nuestro Código Penal vigente, en su artículo 15 fracciones IV; V y VI; bajo el rubro de excluyentes del delito, a saber:

- A) Legítima defensa,
- B) Estado de necesidad, y
- C) Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

Con las reformas al Código Penal Federal de fecha 10 de Enero de 1994, se elimina la observancia jerárquica y el impedimento legítimo.

En su obra “La Ley y el Delito”, Jiménez de Asúa expone: **“La legítima defensa es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o**

⁷⁰CASTELLANOS TENA, Fernando. ob cit., pp. 177 a181

tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla.”⁷¹

Por su parte, el Código Penal Federal en su artículo 15 fracción IV, párrafo primero; refiere a la legítima defensa como una excluyente del delito y la define en los siguientes términos:

“ART. 15.- El delito se excluye cuando: ...

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. ...”

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo nos dice que toda actividad humana que amenaza con lesionar bienes jurídicamente protegidos, configura una agresión.⁷²

Ahora bien, esta agresión deber ser objetiva y no imaginaria, por otra parte, no es necesario ser titular de los bienes tutelados por el derecho ya que la defensa la puede realizar un tercero; pero en ambas situaciones no debe mediar provocación dolosa, debe existir necesidad de la defensa y racionalidad en los medios empleados.

Resulta lógico suponer que la autoridad no puede vigilar particularmente a cada gobernado, protegiendo sus derechos; es por ello que la reacción de la legítima defensa no es antijurídica o integradora de delito.

⁷¹JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1990, p.289.

⁷²CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. et al., “Código Penal Anotado”, 21ª ed, Ed. Porrúa, México, 1998, pp. 71 a 104

Analizada esta causa de justificación, deducimos que no es posible contemplarla dentro de la descripción legislativa del artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud.

Estado de necesidad.- Es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona.

Esta situación de peligro reviste gran importancia, en virtud de dos grandes grupos:

A) En los cuales existe una disparidad entre los bienes o derechos, en relación a la clase y al valor; por ejemplo la situación de salvaguardar las vidas humanas y perder la carga inerte de un barco.

Puede presentarse el caso de que coincidan las clases pero no el valor, circunstancia en la cual se podrá sacrificar la de menor valía.

B) Tratándose de bienes jurídicamente protegidos de igual clase y valor, como la vida humana. Aquí es de considerar el sacrificio de una de ellas como un hecho que la fatalidad acarrea, como desgracia inevitable.

Ahora bien, la conducta de sacrificar a la vida de otra persona no radica en un tercero, sino en la lucha de sobre vivencia que se da entre dos personas que no pueden preservar su vida sin el sacrificio de la otra.

El Código Penal Sustantivo, en su artículo 15 fracción V, consagra la presente causa de justificación y expone:

“El delito se excluye cuando: ...

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; ...”

Concluyendo, nos encontramos en un estado de necesidad cuando para proteger un bien jurídico propio o ajeno, respecto a un peligro no proveniente del agente, se lesiona un bien de menor o igual valor que el custodiado; este peligro no se pueda evitar por otro medio y el agente no tuviera el deber jurídico de evitarlo. Dicho peligro tiene que ser real, es decir, ser objetivo y no pertenecer en la mente del sujeto; además de ser inminente (que está por acontecer).

Un elemento de vital importancia en esta causa de justificación, es el hecho de que el peligro no se pueda evitar en diversa forma a la de sacrificar alguno de los bienes jurídicamente tutelados.

Tanto el peligro en el estado de necesidad, como la agresión en la legítima defensa; no deben ser inducidos dolosamente por el agente.

Refiriéndonos nuevamente al delito de obtención ilícita de órganos o tejidos, contemplado en la Ley General de Salud, en éste no es posible que se presente como causa de justificación al estado de necesidad ya que aun tratándose de bienes de igual clase y valor, como se apuntó, el peligro no debe provocado por el agente.

Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.- Franz Von Liszt estimó al ejercicio de un derecho como **“la realización de una conducta avalada por el Estado.”**⁷³

⁷³citado por Jiménez de Asúa, Luis. “Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”, ob cit., p.315.

Cuando se realiza un hecho típico autorizado por la ley, estaremos ante un ejercicio de un derecho; aun afectando intereses de terceros.

No basta con que el Estado autorice el acto, es necesario que se reconozca la legalidad de los medios para llegar al fin; en este caso el ejercicio de un derecho.

Los actos autorizados deben ser de mayor interés en cuanto a su valor, en comparación del interés protegido por la tipicidad prohibitiva.

En la obtención, preparación, conservación, utilización o suministro de órganos y tejidos de seres humanos, efectuada a través de los procedimientos establecidos en el marco jurídico de la materia, el equipo de médicos que realice alguna de estas conductas, se encontrará ante una causa de justificación (ejercicio de un derecho).

Con los trasplantes de órganos o tejidos de donador cadáver se persigue un interés de mayor valor (preservar la vida de un semejante) que el tipificado (respeto total y absoluto al cadáver de un ser humano).

Nos encontraremos ante el cumplimiento de un deber cuando la ley exige al agente una forma de actuar determinada, afectando con ello el interés de otros.

El maestro Celestino Porte Petit, respecto a este tema, en su obra "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", cita a Ranieri, para considerar que:

"Hay cumplimiento de un deber, cuando alguien debe comportarse como se comporta, porque una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad

pública se lo impone, sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado.”⁷⁴

Un ejemplo de las conductas amparadas bajo esta causa de justificación son las ejecutadas por las autoridades judiciales que en ocasiones para hacer valer sus resoluciones se ven constreñidas a violar derechos particulares de menor relevancia a los que se pretenden proteger o hacer valer.

A lo único que está obligado el médico, por mandamiento de la ley, es a prestar servicios de auxilio en caso de notoria urgencia, no incluyendo cirugías de alto riesgo que requieren de avanzadas técnicas y medios preparatorios; como lo serían los trasplantes. Por tanto, no se puede invocar en el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, el cumplimiento de un deber.

Aludiendo de nueva cuenta al multicitado artículo 15 del Código Penal Federal, específicamente en su fracción VI, se contempla la presente causa de justificación exponiendo:

“El delito se excluye cuando: ...

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.”

IMPUTABILIDAD

Al Igual que el doctor Eduardo López Betancourt, estimamos que la imputabilidad constituye un verdadero presupuesto del delito, el cual se integra de una conducta, típica, antijurídica y culpable.

⁷⁴Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. “Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal”, 17ª. ed, Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1998, p.475.

El maestro López Betancourt, nos brinda un concepto de imputabilidad y dice:

“Imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del Derecho Penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.”⁷⁵

Para nuestro Código Penal vigente, interpretado *contrario sensu*, un sujeto es imputable cuando posee un elemento intelectual o de conocimiento (capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho) y un elemento de voluntad (exteriorización de la conducta conforme a la comprensión).

Existe imputabilidad en el sujeto activo cuando hay “capacidad” y “determinación.”

Un sujeto es imputable cuando por su desarrollo biológico, cuantificado en años por determinado marco jurídico, es capaz de conocer y decidir en cuanto a la realización de una conducta ilícita, teniendo como fundamento primordial su madurez psíquica, es decir, gozando de la mayoría de edad jurídica y biológica, estando en uso de facultades psíquicas normales o de equilibrio; el sujeto está constreñido a responder por su conducta ante el orden jurídico penal.

INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es precisamente el aspecto negativo de la imputabilidad, consiste en la falta de querer y entender en el ámbito del Derecho Penal. Como sabemos, si una conducta es típica, antijurídica, y culpable, estamos ante un delito, el cual tiene como presupuesto a la imputabilidad.

⁷⁵LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. ob cit, p.170.

Al referirnos a la imputabilidad, señalamos que nuestro Código Penal vigente tenía que ser interpretado *contrario sensu*, específicamente en su artículo 15 fracción VII; toda vez que gramaticalmente el código en comento alude a la inimputabilidad y expone:

“El delito se excluye cuando: ...

VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Quando la capacidad a que refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este código;”

Con las reformas hechas a nuestro Ordenamiento Penal Sustantivo, el 10 de enero de 1994, el miedo grave y el temor fundado fueron derogados como causas de inimputabilidad.

Podemos decir que las causas de inimputabilidad son:

A) Falta de desarrollo mental.- Comprendiendo en este rubro a los menores de edad, quienes por no tener la edad jurídicamente establecida para ser considerados como imputables, son sometidos a un régimen diverso. Esto no quiere decir que los menores de edad no sean capaces de entender el alcance de su conducta en comparación de otros que padecen un trastorno mental, debiendo ser estimados en este aspecto como imputables y no como inimputables.

B) Trastorno mental.- Es precisamente la ausencia de desarrollo mental que trae aparejada la falta de actividad cognoscitiva; produciendo una disparidad entre el desarrollo biológico y su comportamiento.

C) Trastorno mental transitorio.- Se contrae a la perturbación de facultades mentales pasajera sin que deje rastro alguno, de poca duración y sin que exista pleno propósito de someterse en este estado para realizar un ilícito penal.

La falta de propósito para someterse a un trastorno mental transitorio, nos conduce a las llamadas acciones libres en su causa (*actio libera in causa*) que no constituyen de manera alguna una causa de inimputabilidad ya que éstas existe la voluntad dolosa del agente de someterse a un estado de perturbación mental para cometer un delito.

Resulta totalmente imposible querer argumentar una causa de inimputabilidad en la comisión del tipo penal previsto y sancionado por el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, toda vez que el sujeto activo al realizar cualquiera de las conductas consagradas en la descripción penal, goza de capacidad para entender y querer el resultado típico.

CULPABILIDAD

El jurista Celestino Porte Petit, en principio, considera que la culpabilidad es el **“nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.”**⁷⁶

Sin embargo, Castellanos Tena considera que esta definición sólo valdrá para los delitos dolosos y no para los imprudenciales o culposos; por lo cual es mejor

⁷⁶PORTE PETIT, Celestino. “Importancia de la Dogmática Jurídico Penal”, p 49, ed. 1954

definirla como “**el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.**”⁷⁷

Existen dos teorías principales en cuanto a la culpabilidad:

A) Teoría Psicologista.- Para esta teoría la culpabilidad es la descripción de una relación, carente por tanto de lo normativo y valorativo.

Para la teoría que nos ocupa la culpabilidad contiene dos elementos, uno volitivo y otro intelectual. En el primero se requiere la conducta y su resultado, en tanto que en el segundo se da el conocimiento antijurídico de la conducta.

No obstante, como ya se expuso, esta teoría resultaría válida exclusivamente para los delitos dolosos.

B) Teoría Normativista.- A diferencia de la anterior, la culpabilidad se concreta a un juicio de reproche, es decir, se busca la exigibilidad normativa.

Para el maestro Fernando Castellanos Tena, por un lado tenemos la situación real y concreta (dolo o culpa) que el sujeto pudo evitar y por otro un elemento normativo que obliga al agente a actuar en base a un deber jurídico.⁷⁸

Podríamos resumir estas ideas en la imperatividad de la ley sobre quienes tienen la capacidad de actuar conforme a derecho, con el propósito de que en caso de no hacerlo se les instituya un juicio de reproche.

⁷⁷CASTELLANOS TENA, Fernando. ob cit., p. 234.

⁷⁸CASTELLANOS TENA, Fernando, “Lineamientos de Derecho ...”, Ibídem., pp. 235,236.

Atendiendo nuevamente a las reformas hechas al Código Penal Federal, con fecha 10 de enero de 1994 y únicamente como antecedente histórico, recordaremos que antes de éstas el artículo 8º del ordenamiento que nos ocupa, apuntaba:

“Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales;

II.- No intencionales o de imprudencia;

III.- Preterintencionales”

En realidad como actualmente expone el Código Penal vigente, son dos los tipos o grados de culpabilidad, a saber: El dolo y la culpa, en razón de que la preterintención tiene como base a estos dos grados.

La preterintención no agregaba o quitaba elementos al dolo o a la culpa, simplemente los unía en su encuadramiento típico.

Por otra parte, el dolo se encontraba amparado bajo el rubro de la intención, en tanto que la culpa la ubicábamos dentro de la no intención de la conducta. Con las mencionadas reformas el artículo 8º del Código Penal Federal, únicamente se reconoce a las conductas delictivas como dolosa o culposamente.

Toda vez que la conducta típica sólo puede ser dolosa o culposa, a continuación se exponen diversos criterios emitidos por auténticos maestros del derecho penal.

Para Jiménez de Asúa habrá dolo **“cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio**

en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”⁷⁹

Para el doctor Eduardo López Betancourt el dolo se integra del elemento intelectual y el elemento emocional, el primero se compone con el conocimiento que tiene el agente en cuanto a la ejecución de las circunstancias integrantes del tipo; mientras que el segundo se representa con la voluntad de la conducta o del resultado.⁸⁰

El Código Penal Federal en su artículo 9º reza:

“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, ...”

Este mismo numeral, previo a las reformas del 10 de enero de 1994, señalaba: **“Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.”**

Haciendo una breve reflexión de esta reforma apuntaremos:

1) La intención es una parte del dolo, por lo que de manera acertada se elimina dicho término y se establece el de dolo.

2) Si fueren “circunstancias” estaríamos refiriéndonos al conocimiento de la calificativa.

⁷⁹JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”, ob cit, p.365.

⁸⁰LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. ob cit., p.210.

3) Se aludía exclusivamente del hecho típico, circunstancia en estricto sentido por demás limitativa. Con la reforma se da amplitud y se alude al conocimiento de los elementos que integran el tipo penal

4) Se incluye a la previsión como parte integrante del dolo, previsión de configurar o integrar un tipo penal; aunque en realidad no se desee sin embargo, se acepta como posible su realización.

A continuación se describen las modalidades de dolo que se pueden presentar en la configuración de un tipo penal:

a) Dolo directo.- En el cual el agente se representa el resultado penalmente tipificado y lo acepta.

b) Dolo indirecto.- Cuando el sujeto se representa daños anexos al principal, que están igualmente tipificados; no obstante aun estando seguro de su realización, ejecuta el acto.

c) Dolo eventual.- Cuando en torno al resultado principal, penalmente tipificado, ocasionalmente se le puede agregar otro u otros, hecho que no afecta la ejecución del daño primordial por parte del agente.

d) Dolo indeterminado.- Aquí el sujeto no persigue configurar un tipo específicamente establecido en el orden normativo penal, su fin es el delinquir.

La culpa es la segunda forma que asume la culpabilidad y es entendida por el jurista Pavón Vasconcelos como **“aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias y evitables si se hubieran observado los deberes impuestos por el orden jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.”**⁸¹

⁸¹PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. “Manual de Derecho Penal Mexicano”, 13ª ed, Ed. Porrúa, México, 1997, p.411.

Luis Jiménez de Asúa, en su obra “Principios de derecho Penal, La Ley y el Delito”, cita a Carrara, para estimar a la culpa en los siguientes términos:

“La culpa es la voluntaria omisión de diligencias en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.”⁸²

La voluntad, en suma, se matiza de una omisión de un deber de atención, cuidado y reflexión; mientras que en la prevención del resultado o de las consecuencias de la conducta, se establece la esencia de la culpa.

Igualmente debe aplicarse la culpabilidad, dice Jiménez de Asúa, **“para quien puede prever y no prevé y para quien habiendo previsto actúa con la esperanza de evitar la consecuencia. Si se actúa con el fin previsto de causar daño hay dolo; si la actuación se debe a la omisión de previsión o la esperanza de que no acontezca el resultado previsto, hay culpa.”⁸³**

A su vez la culpa puede revestir dos variantes, a saber:

a) Culpa consciente.- Cuando se prevé la posible comisión de un delito, sin desear que ésta se configure (culpa con previsión).

b) Culpa inconsciente.- Cuando ni siquiera se ha representado daño penal que se pudiera presentar al momento de externar su conducta.

En la culpa consciente, el sujeto manifiesta su conducta con la segura confianza de que el posible resultado, no se producirá.

Recurriendo nuevamente al multicitado Código Penal y sus reformas, específicamente en su artículo 9º párrafo segundo, éste señala:

⁸²Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”, ob cit., p.372.

⁸³JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Principios de Derecho Penal ...”, Ibidem., p.371.

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debería y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”

Como se aprecia, el legislador formula una definición ecléctica de culpa; incluyendo elementos de la culpa consciente e inconsciente.

La tarea legislativa no debe involucrarse en definiciones doctrinarias, ya que esto nos conduciría a la necesidad de definir a cada uno de los elementos del delito en el Código Sustantivo.

INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es precisamente la ausencia del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto, originándose así la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Esta ausencia de nexo causal puede ser originada por error o por no exigibilidad de otra conducta.

Iniciaremos por definir al error, éste es el conocimiento deformado o incorrecto; no debiendo confundirlo con la ignorancia, la cual es la ausencia de conocimiento.

El error puede ser de hecho o de derecho dividiéndose el primero en esencial y accidental, el cual a su vez se subdivide en error en el golpe, error en la persona y error del delito; sin integrar ninguno de éstos, auténticas causas de inculpabilidad.

Recordemos que la culpabilidad se compone de un elemento cognoscitivo y un elemento volitivo, por tanto si no esta presente alguno de ellos, nos encontraremos ante una inculpabilidad y como consecuencia, en una falta de delito.

En el error esencial, el agente comete el delito suponiendo actuar jurídicamente, cuando en realidad lo hace en sentido opuesto, lo cual elimina el carácter doloso a su conducta; no olvidando que el error debe ser invencible.

El mismo error esencial de hecho ha sido seccionado por la doctrina en error de tipo y error de prohibición.

En el primero, el error se ubica en la conducta supuestamente atípica y en los elementos del tipo penal, en tanto que en el segundo el error radica en la creencia de actuar conforme a derecho cuando en realidad no es así.

Sin mayor abundamiento, el error de golpe es precisamente el ocasionar daño menor, igual o mayor al deseado en un objeto diverso al cual se enfocaron los actos, todo por un error.

El error de persona se presenta cuando la conducta ilícita recae en persona diferente a la que estaba dirigida, por una representación errónea.

Por último, si el sujeto comete una conducta ilícita creyendo cometer un delito determinado y en realidad actualiza otro supuesto igualmente antijurídico, estaremos ante el error de delito.

El Código Penal Federal, en su artículo 15 fracción VIII, declara:

“El delito de excluye cuando: ...

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

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

En cuanto al error de derecho, éste radica en la falsa apreciación de la ley o en su desconocimiento, sin que en ambos casos podamos argumentar una inculpabilidad por el principio jurídico que reza: **“La ignorancia de la ley a nadie beneficia.”**

En el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, no se puede presentar esta excluyente del delito, toda vez que el error como de manera reiterada se ha mencionado, debe ser invencible. Recordemos que para la obtención de órganos o tejidos existen diversas instancias administrativas como el Comité Internos de Trasplantes, encargadas de la verificar su legalidad.

No exigibilidad de otra conducta.- Condiciones, circunstancias, características, relaciones familiares y/o profesionales; establecidas en la propia ley, por las cuales aun configurando conductas delictivas, no puede ser culpable una persona en virtud de no poder exigirle un comportamiento diferente.

Visto así y toda vez que el derecho tiene como origen y meta al hombre mismo, no podemos apartarnos del aspecto humano, mismo que involucra a determinados elementos emocionales bajo los cuales el sujeto; no obstante de haber cometido un delito, se le exime de éste por no serle exigirle otra conducta.

En el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, no es posible aplicar esta causa de inculpabilidad ya que en cuanto a la comisión de alguna de

las conductas consagradas en la descripción penal, sí es exigible un comportamiento diferente al sujeto activo.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

El doctor Eduardo López Betancourt señala que las **“condiciones objetivas de punibilidad deben diferenciarse de los presupuestos procesales. En las primeras se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido, que en cada caso se requiere, mientras que los presupuestos procesales toman en consideración circunstancias opuestas a la verificación de un proceso penal.”**⁸⁴

Recordemos que los elementos que dan vida al delito son la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

Para Beling estas condiciones objetivas de punibilidad quedarían resumidas bajo el concepto de **“ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen el carácter de culpabilidad.”**⁸⁵

Las condiciones objetivas de punibilidad son definidas por el maestro López Betancourt como **“aquellos requisitos señalados en algunos tipos penales, los cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito; de ahí que al presentarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios.”**⁸⁶

No hay que confundir los requisitos del tipo con los requisitos procesales, un requisito del tipo será ejemplificado por la quiebra fraudulenta; en tanto que la

⁸⁴LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. ob cit., p.237.

⁸⁵BELING, ERNEST VON. “La Doctrina del Delito Tipo”, tr. Soler, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p.31.

⁸⁶LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. ob cit., p.244.

falta de requisito procesal quedaría representada por el desafuero de un funcionario que ha cometido un ilícito penal y será procesado.

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

El aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad es precisamente su ausencia, es decir, cuando el tipo penal no requiere para su integración de requisitos constituyentes del mismo.

Las condiciones objetivas de punibilidad son exclusivas de algunos delitos, por tanto elementos secundarios.

El artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud a la letra dice:

“Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

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

De su simple lectura deducimos que en el artículo en comentario no es posible aplicar algún tipo de ausencia de condiciones objetivas, precisamente por no ser requeridas por la misma descripción legal.

PUNIBILIDAD

Hay que entender a la punibilidad como el merecimiento de la pena por haber integrado una o varias figuras típicas establecidas en el marco jurídico sustantivo penal.

Para Pavón Vasconcelos la punibilidad 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.”**⁸⁷

Una conducta puede ser típica, antijurídica, culpable, y sin embargo, no merecedora de la pena atendiendo primordialmente al aspecto humano que toda ley debe contener.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

El elemento negativo de la punibilidad está integrado por las denominadas “excusas absolutorias” mediante las cuales se evita la aplicación de la pena; sin eliminar el carácter delictivo del hecho o conducta.

Algunas de estas excusas son las que a continuación se detallan:

A) Excusa por estado de necesidad.- La mejor forma de entender a esta excusa es ejemplificándola; al efecto aludiremos al artículo 379 del Código Penal Federal, el cual reza:

“No se castigará al que sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.”

En idénticas condiciones estará el aborto por necesidad a que hace referencia al artículo 334 del mismo ordenamiento penal, mismo que a la letra dice:

⁸⁷citado por VASCONCELOS, FRANCISCO. “Manual de Derecho Penal Mexicano”, 13ª ed, Ed. Porrúa, México, 1997, p.453.

“No se aplicará sanción: cuando de no provocarse al aborto la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.”

Visto lo anterior, resumimos a esta excusa como aquellas circunstancias establecidas en la ley que hacen permisible una conducta que de presentarse fuera de los lineamientos establecidos en la misma, configurarían un delito.

En la necesidad de preservar la salud, la Ley Sustantiva de la Materia en ninguno de sus artículos estatuye circunstancias que nos hicieran presumir una posible obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos, cadáveres o fetos de seres humanos bajo la actual excusa absolutoria.

B) Excusa por temibilidad mínima.- Se actualiza la presente excusa cuando el sujeto activo no representa una peligrosidad elevada. Como ejemplo podemos citar al artículo 375 del Código Penal Federal, mismo que a la letra dice:

“Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la Autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.”

Tomando en consideración la problemática que en la actualidad representa el sistema penitenciario en nuestro país, un sujeto con mínima temibilidad al ser sometido al proceso de readaptación social, lejos de lograr su recuperación, su peligrosidad se incrementa en perjuicio de misma sociedad; por lo que es preferible aplicarle cualquier tipo sanción menos aquella que involucre la privación de su libertad.

En el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, no es posible aplicar esta excusa en virtud de que quien comenta cualquiera de las conductas contenidas en el mismo es posible que tenga un grado de peligrosidad bastante elevado.

C) Excusa por ejercicio de un derecho.- Se presenta cuando el propio ordenamiento jurídico autoriza la comisión de una conducta delictiva, dadas determinadas circunstancias. No hay que confundir la presente excusa con el estado de necesidad; en este último hay una situación o circunstancia apremiante que no presenta alguna otra opción de solución, mientras que en la excusa se ejerce un derecho que la ley le otorga el carácter de opcional.

Para diferenciar el estado de necesidad con la actual excusa, transcribiremos el contenido del artículo 333 del Código Penal Federal:

“No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.”

D) Excusa por imprudencia.- El mismo precepto jurídico citado con antelación, ejemplifica la presente excusa al exponer: **“No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada...”**

E) Excusa por innecesariedad de la pena.- Se estará ante esta excusa cuando el agente por graves consecuencias sufridas en su persona, por senectud o por el estado precario de su salud; no es constreñido por el Estado, hacerlo resultaría innecesario e irracional.

El artículo 55 del Código Sustantivo Penal vigente expone:

“Cuando la orden de aprehensión se dicte en contra de una persona mayor de 70 años de edad, el juez podrá ordenar que la prisión preventiva se lleve a

cabo en el domicilio del indiciado bajo las medidas de seguridad que procedan de acuerdo con la representación social.

No gozarán de esta prerrogativa quienes a criterio del juez puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su peligrosidad.

En todo caso la valoración por parte del juez se apoyará en dictámenes de peritos.

Una vez dictada la sentencia ejecutoriada, la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad, a juicio del juez o tribunal que la imponga de oficio o a petición de parte, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona, o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria o irracional que se compurgue dicha pena.

En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.”

La excusa por imprudencia no es aplicable en el artículo 462 fracción I de la Ley General de Salud, toda vez que se trata de un tipo penal estrictamente doloso. Ahora bien, por lo que respecta a la excusa por innecesariedad de la pena, se estará a lo contenido en las actuaciones procesales y a lo referido por el aludido artículo 55 del Código Penal Federal.

F) Excusa por no exigibilidad de otra conducta.- Los elementos primarios darán origen al delito, no así los secundarios.

El artículo 15 fracción IX, del Código Sustantivo Penal, apunta:

“El Delito se excluye cuando: ...

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta

diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; ...”

Como ejemplo de no exigibilidad de otra conducta que elimina la punibilidad encontramos el artículo 400 del multicitado Código Penal, mismo que reza:

“Se aplicará prisión de tres meses a tres años y quince a setenta días multa, al que: ...

V...

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;**
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y**
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles. ...”**

Como prototipo de no exigibilidad de otra conducta que provoca inculpabilidad nos referiremos a la situación concreta en que el médico en circunstancias precarias, no puede evitar la muerte de su paciente.

3.5. Iter Criminis.

Al camino que recorre el delito se le llama *iter criminis*, todo delito tiene un desarrollo o evolución, éste se inicia en la mente como idea y concluye en una expresión objetiva de acción o de omisión.

El jurista Fernando Castellanos Tena nos dice que la vida del delito culposo inicia conjuntamente con su ejecución, descuidando las precauciones que

pudieran ocasionar un daño jurídico; motivo por el cual no es posible hablar de una tentativa en estos delitos.⁸⁸

El *iter criminis* tiene dos fases básicas o fundamentales.

Luis Jiménez de Asúa, nos dice que “**la fase interna sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente. La fase externa ya se manifiesta, sale a la luz por actos, incluso de preparación.**”⁸⁹

Dentro de la fase interna encontramos la ideación, deliberación y resolución.

Ideación.- Surge la intención, el ánimo de cometer una conducta delictiva.

Deliberación.- Valoración subjetiva que realiza el sujeto, en cuanto a los pros y los contras.

Resolución.- Aunque sea positiva, no es motivo de punibilidad por permanecer en la mente del sujeto.

En la fase interna son aspectos psicológicos los que se manejan, y por consiguiente, no existe un peligro o lesión a bienes jurídicamente protegidos.

Por su parte, la fase externa se integra de una manifestación, preparación y ejecución.

Manifestación.- La idea resuelta se exterioriza como tal, pasando de la vida subjetiva a la real; asimilable a nuestros sentidos. Estas ideas exteriorizadas

⁸⁸CASTELLANOS TENA, Fernando. ob cit., p.283.

⁸⁹JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”, ob cit., p.459.

no son punibles, excepción hecha de algunos delitos como el de amenazas contenido en el artículo 282 del Código Penal Federal.

Preparación.- Para Jiménez de Asúa, son los “**actos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución.**”⁹⁰

La mayoría de los autores son partidarios de la no punición de estos actos preparatorios, debido a que no existe un delito real y efectivo, además de caer en falsas apreciaciones y considerar determinados actos lícitos, como preparatorios de un delito.

Ejecución.- Realización de todos o algunos elementos contenidos en el tipo penal, por lo que la ejecución se divide en consumación (realización de todos los elementos) y en tentativa (falta de ejecución o realización de algún o algunos elementos).

Dentro de nuestro sistema jurídico penal vigente, existe delito consumado cuando la acción u omisión integra los elementos constitutivos del mismo.

En cuanto a la tentativa, ésta se analizará párrafos adelante, en razón de su relevancia jurídica.

Encuadrando nuestro delito especial en estudio a las fases en que se divide el *iter criminis*, quedaría como sigue:

Fase interna.- Ideación, deliberación y resolución.

⁹⁰JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Principios de Derecho Penal...”, *Ibidem.*, p.471.

Ideación.- Cuando surge en la psique del sujeto, la idea de obtener, conservar, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos, cadáveres o fetos de seres humanos de manera ilícita; con o sin el ánimo de lucro.

Deliberación.- El sujeto analiza los pros y los contras que pudieran surgir al momento de consumir cualquiera de las conductas que integran el tipo penal en estudio.

Resolución.- En esta etapa el sujeto está decidido a consumir el ilícito penal de referencia, teniendo calculados los medios para su realización, sin embargo, no hay todavía una exteriorización; todo permanece en la mente del sujeto.

Fase externa.- Manifestación, preparación y ejecución.

Manifestación.- Entendemos que para realizar cualquiera de las conductas que comprende nuestro tipo penal en estudio, generalmente el sujeto activo busca el apoyo de otro u otros sujetos; a quienes expone la idea y mecanismos de llevar a cabo el ilícito en comento. La idea sale del pensamiento y se exterioriza a través de la manifestación.

Preparación.- Con o sin la participación de más sujetos, el agente comienza a falsificar documental, organizar la privación de la libertad, hacerse del instrumental y sustancias necesarias que hagan posible la obtención, preparación, utilización, conservación o suministro de órganos, tejidos, cadáveres o fetos de seres humanos; esto por citar algunos de los múltiples medios preparatorios que realizan quienes cometen el delito especial que nos ocupa.

Ejecución.- Precisamente como se expuso con antelación, aquí el sujeto consume o integra todos o parte de los elementos constitutivos del delito. Al obtener, preparar, utilizar, conservar o suministrar de manera ilícita los órganos,

tejidos, cadáveres o fetos de seres humanos; se está consumando el delito consagrado en el artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud.

3.6. Tentativa.

Como expusimos párrafos anteriores, la ejecución asume dentro del *iter criminis* dos vertientes; una la tentativa y otra la consumación.

Iniciemos dando algunos conceptos doctrinales en cuanto a la tentativa.

Para Eugenio Cuello Calón, existe tentativa **“cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito se interrumpe ésta por causas ajenas a la voluntad del agente, surge la figura jurídica de la tentativa.”**⁹¹

Por su parte, Jiménez de Asúa nos dice que **“sistemáticamente es la ejecución incompleta del delito.”**⁹²

Fernando Castellanos Tena estima a la tentativa como los **“actos ejecutados, encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.”**⁹³

Finalmente el doctor Eduardo López Betancourt, concluye:

“La tentativa es un delito imperfecto y que por sí mismo no constituye un delito autónomo; depende para su existencia, del tipo de delito que la originó.

La tentativa aparece cuando el sujeto ha realizado todos los actos encaminados para la consumación del delito, y éste no se presenta por causas ajenas a su voluntad.”⁹⁴

⁹¹CUELLO CALÓN, Eugenio. ob cit., p.642.

⁹²JIMÉNEZ DE ASÚA, “Luis. Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito”, ob cit., p.474.

⁹³CASTELLANOS TENA, Fernando. ob cit., p.287.

⁹⁴LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. “Introducción al Derecho Penal”, 5ª ed, Ed. Porrúa, México, 1997, p.154.

Tres elementos básicos concurren en la tentativa: Intención de cometer el delito, un principio de ejecución del mismo y una interrupción en la ejecución por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa surge precisamente con el principio de ejecución de la figura delictiva.

En la manifestación y preparación, no se puede presentar la tentativa, debido a que únicamente el sujeto sabe la consecuencia final de estos actos; no incluyendo por supuesto, conductas que por sí mismas constituyan o integren algún delito.

Cuando objetivamente no se llegaron a reunir todos los elementos que perseguía la ejecución, nace el delito tentado o tentativa.

La no realización de todos los elementos puede presentarse por causas ajenas a la voluntad del agente o por decisión voluntaria del mismo, originándose de esta manera la tentativa punible en el primer caso y la tentativa no punible, en el segundo.

Carlos A. Madrazo P., nos dice que **“existe tentativa inacabada cuando en el caso concreto hay principio de ejecución de la acción típica y no llegan a realizarse todos los actos necesarios para la consumación. Por otra parte, habrá tentativa acabada cuando se realizan todos los actos necesarios para la consumación pero el resultado no se produce.”**⁹⁵

La tentativa se presentará entre los actos físicos indicativos de un principio de ejecución y la consumación.

⁹⁵MADRAZO P, Carlos A. "La Reforma Penal (1983-1985)", Ed. Porrúa, México, 1989, pp. 204,205.

Si el sujeto realiza todos los actos idóneos pero éste no se consuma por causas ajenas a él, se estará en presencia de la tentativa acabada o delito frustrado. En esta tentativa se puede manifestar la tentativa acabada propia (intervienen causas ajenas a la voluntad del agente) y la tentativa acabada impropia (delito imposible, por ejemplo aplicar un aborto a una mujer no embarazada).

El Orden Sustantivo Penal en su artículo 12, expone:

“Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomando en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyen por sí mismos delitos.”

Adecuando la tentativa al artículo 462 fracción I, de la Ley General de Salud, éste contempla, cinco conductas diferentes, a saber: Obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos, cadáveres de seres humanos.

Como sabemos, los actos preparatorios no son punibles, salvo que por sí constituyan delito.

La obtención puede admitir la tentativa no punible, conocida como desistimiento o arrepentimiento.

Como ejemplo de lo antes expuesto, citaremos al equipo de cirujanos que ha falsificado documentación y al momento de la operación desiste de su conducta, en cuanto a obtener un órgano, tejido, cadáver o feto de ser humano de manera ilícita.

Por lo que hace a la conservación, ésta puede presentar la tentativa imposible, precisamente al no aplicar las sustancias químicas adecuadas o las piezas anatómicas descritas en el tipo penal que nos ocupa, no sean de seres humanos; sino de animales, por ejemplo.

La tentativa acabada se presenta cuando el que pretende utilizar un órgano o tejido en un trasplante, es interrumpido por la autoridad competente que tuvo conocimiento previo de la ilicitud de su obtención. En idénticas circunstancias se encontrará el suministro, si como sucede en los delitos contra la salud, al momento de pretender hacer el suministro ilícito de las unidades anatómicas de referencia, intervienen los agentes de la policía.

En cuanto a la preparación, cabría lo expuesto para la conservación, es decir, la tentativa imposible.

CAPÍTULO IV

UNIFICACIÓN DE CRITERIOS Y TERMINOLOGÍA EN LA NORMATIVIDAD NACIONAL VIGENTE RESPECTO A LA OBTENCIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS.

4.1. Importancia de los criterios y la terminología en la normatividad.

Para que una comunicación sea correcta y clara, es necesario que se manejen ideas con elementos y valores idénticos, por ello debemos considerar al criterio como al conjunto de percepciones con que se juzga una situación, ya de manera personal o por algún sector de la sociedad. Como dichas percepciones pueden ser múltiples y variadas, es necesario unificarlas en una terminología o vocablos válida y genéricamente aceptados por alguna ciencia, profesión o disciplina.

Un juez puede tener un criterio diferente al de otro para aplicar la pena en la comisión de un delito, sin embargo no puede manejar elementos diferentes en la terminología del mismo, ya que para todo jurista, por ejemplo, el delito de homicidio se actualiza cuando el sujeto activo priva de la vida a otro.

Sin lugar a duda, se debe evitar que las leyes o códigos, se conviertan en diccionarios de terminología jurídica, sin embargo cuando los criterios o términos se refieren a ciencias diferentes al Derecho, sí es oportuno establecer un catálogo básico de términos que permitan al jurista actuar exitoso, dentro de un contexto extraño o ajeno a él.

Son múltiples los criterios que manejan los médicos, en cuanto a la muerte cerebral, no obstante nuestra Ley General de Salud en su artículo 344, adopta uno que valorado por el órgano legislativo es el más acertado para nuestra sociedad.

Ahora bien, de nada nos serviría tener en una ley primaria criterios y términos acordes a nuestro momento histórico, si éstos no se unifican con los contenidos en ordenamientos secundarios como los reglamentos, las normas, bases o acuerdos.

Sirva el anterior comentario para señalar que con la normatividad vigente, relacionada con la obtención de órganos y tejidos con fines de trasplante, incluso un médico titulado puede o no reconocer un estado de muerte cerebral y excluir como donador potencial a un paciente.

Como lo apuntamos al inicio del presente tema, el éxito de la comunicación radica en la identidad de ideas o mensajes que trasmite el emisor a su receptor. Una ley dotada de elementos claros e inequívocos, poco requiere de interpretaciones y se convierte en una certeza jurídica para el gobernado.

Cuando un cirujano realiza la obtención de órganos o tejidos con fines de trasplante debe estar plenamente seguro de que su actuar es lícito, por el contrario, cuando un jurista estima que el médico ha actuado en contra del derecho, debe estar seguro que no se cumplió con los lineamientos jurídicos y médicos establecidos en la ley.

Si una ley contiene criterios o términos diferentes a los que se incluyen en otros ordenamientos relativos a su esencia, se crea desconfianza, oscuridad, discrepancias y sobre todo impunidad, hecho que debemos evitar fortaleciendo la tarea de los órganos creadores y ejecutores de las normas jurídicas.

Recordemos que nuestra división de poderes es flexible, toda vez que la autoridad administrativa puede crear actos jurídicos generales, impersonales y abstractos como los reglamentos, normas oficiales, decretos o bases de coordinación.

El artículo 89 fracción I, de nuestra Ley Suprema faculta al presidente de la República, proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, lo que realiza mediante la expedición de normas que se incluyen dentro de los reglamentos, normas oficiales, decretos o acuerdos; cuya finalidad es desarrollar las disposiciones de la ley o detallar una situación determinada para la mejor realización de los fines del cuerpo legal.

La reglamentación es una facultad del Poder Ejecutivo, y ésta puede ser ejercida mediante distintos actos y en diversos momentos históricos, siempre y cuando no rebase ni contravenga las disposiciones que se reglamenten.

Una vez que la reglamentación secundaria tiene vigencia, su actualización debe ser permanente y continua, para estar acorde con la ley primaria de la cual emanó, lo que implica un quehacer administrativo que no siempre esta reservado para el titular del poder ejecutivo ya que el cúmulo de actividades le impediría mantener vigente todo el marco jurídico reglamentario.

En materia de salud, la Ley General de la Materia en sus artículos 3 y 13, apunta:

“Art. 3.- En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general: ...

XXVIII. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos; ...”

“Art. 13.- La competencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:

A. Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud:

I. Dictar las normas oficiales mexicanas a que quedará sujeta la prestación, en todo el territorio nacional, de servicios de salud en las materias de salubridad general y verificar su cumplimiento; ...”

4.2. La Secretaría General de Salud, como órgano procurador y coordinador en los trasplantes de órganos y tejidos

El artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal otorga atribuciones a la Secretaría de Salud para fungir como ente procurador y coordinador de la donación y el trasplante de órganos y tejidos humanos en beneficio de la sociedad mexicana, evitando que estas actividades beneficien a sectores privilegiados. Dicho precepto legal a la letra dice:

“Art. 39.- A la Secretaría de Salud, corresponde el despacho de los siguientes asuntos: ...

VI.- Planear, normar, coordinar y evaluar el Sistema Nacional de Salud y proveer a la adecuada participación de las dependencias y entidades públicas que presten servicios de salud, a fin de asegurar el cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

Asimismo, propiciará y coordinará la participación de los sectores social y privado en dicho Sistema Nacional de Salud y determinará las políticas y acciones de inducción y concertación correspondientes;”

Por su parte la Ley general de Salud en su artículo 313, señala:

“Art. 313.- Compete a la Secretaría de Salud:

I. El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, y

II. La regulación y el control sanitario sobre cadáveres.”

Ahora bien, es aquí donde encontramos una de las primeras inconsistencias del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos,

en relación a la Ley General de Salud, ya que el primero de los aludidos en su artículo 36 refiere:

“Art. 36.- La Secretaría tendrá a su cargo los Registros Nacionales de Trasplantes y de Transfusiones, cuyas funciones serán:

I.- Coordinar la distribución de órganos y tejidos en todo el territorio nacional.

II.- Establecer y aplicar procedimientos para facilitar, en todo el territorio nacional, la obtención de órganos y tejidos de seres humanos;

III.- Llevar un registro de disponentes originarios de órgano y tejidos y de proveedores autorizados y eventuales de sangre;

IV.- Estudiar, conocer y proporcionar información de todos los aspectos relacionados con la disposición de órganos y tejidos de seres humanos;

V.- Enviar a los bancos de sangre, bancos de plasma y servicios de transfusión, las muestras de control a que se refiere el artículo 44 de este Reglamento, y

VI.- Las demás similares a las anteriores que señale la Secretaría”

Cuando en realidad como se señaló con antelación, es el Centro Nacional de Trasplantes a través de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, quien tendrá a su cargo las actividades señaladas en las dos primeras fracciones.

Como vemos, la Ley General de Salud vigente permite regular nuevas conductas y funciones, aplicando mejores criterios técnicos y administrativos, acordes con las necesidades de la población y los avances de la ciencia médica, mismos que procurarán una mayor efectividad en la ejecución de trasplantes de órganos y tejidos, aún desde la esfera administrativa que los envuelven.

4.3. Discrepancias de criterios y términos en torno a la normatividad vigente relativa a la obtención de órganos y tejidos de seres humanos con fines de trasplante en México.

Señalar cada una de las discrepancias que existen entre la ley primaria y los ordenamientos secundarios que envuelven a la obtención de órganos y tejidos con fines de trasplantes, resultaría innecesario para los fines del actual trabajo ya que lo importante no es el señalamiento de éstas, sino el como poder mejorar nuestro marco normativo en la materia, lo que se abordará el siguiente sub tema. Por el momento únicamente nos avocaremos a resaltar algunas de estas divergencias, que estimamos relevantes para nuestro actual tema tesis.

Los términos y criterios que estimamos de mayor importancia en la obtención de órganos y tejidos, son los de muerte cerebral o muerte en su más amplio sentido, disponente original, secundarios, donador y disponente.

Para la Ley General de Salud, disponente es quien conforme a los términos de ésta puede decidir respecto de su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y pos mortem. Mientras que para el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos; disponente es quien autorice, de acuerdo con la Ley y sus propias normas, la disposición de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres;

Esta discrepancia es importante ya que para la Ley, el disponente es la persona que ejerce sobre su propio cuerpo actos de dominio ya en vida o pos mortem; mientras que para el reglamento no solamente puede ser esta persona, sino un tercero que decida sobre la disposición de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres.

Según el Reglamento los disponentes pueden ser originarios y secundarios, siendo los primeros la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del

mismo, en tanto que los segundos serán por ejemplo el cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario; la autoridad sanitaria competente, el Ministerio Público, la autoridad judicial, los representantes legales de menores e incapaces, o las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia.

Para la Ley donador o donante es quien tácita o expresamente autoriza la disposición de su cuerpo o componentes específicamente en trasplantes, es decir para ser donador es necesario en primer instancia ser disponente.

El artículo 332 de la Ley, señala que no se podrá disponer de órganos y tejidos para trasplantes de menores de edad vivos, excepto cuando se trate de trasplantes de médula ósea, para lo cual se requerirá el consentimiento expreso de los representantes legales del menor y en caso de que un menor pierda la vida, sólo se podrán tomar sus órganos y tejidos para trasplantes con el consentimiento expreso de los representantes legales del menor.

Como se observa, la redacción del artículo en comento, resultaría clara, precisa y congruente, si la Ley no hubiera sido reformada en el sentido de eliminar los términos de disponente originario y secundario, como los contienen el reglamento, la norma oficial mexicana y las bases de coordinación referidas en capítulos anteriores.

En suma, el término disponente originario y secundario es el adecuado para ser utilizado en la normatividad vigente relativa a la disposición de órganos y tejidos con fines de trasplante ya que en el primero la persona decide con respecto a su propio cuerpo, ya en vida o pos mortem; en tanto que en el segundo esta voluntad o determinación es tomada por un tercero, independientemente de que se trate de trasplantes, investigación o docencia, por ejemplo.

Recordemos que el derecho y la ciencia médica, tienen como fin el bienestar del ser humano en su aspecto individual y colectivo, por lo que si la

medicina tiene campos de investigación, la función legislativa es un laboratorio de donde emanan normas que pueden o no mejorar el marco jurídico; cuando una reforma ha demostrado su ineficiencia y se regresa a lo que ha demostrado mejores resultados, no estaremos en presencia de un retroceso, por el contrario se estará confirmando la eficacia de lo obtenido, hasta en tanto no haya mejores resultados.

Otro término que sí representa un avance en torno a la disposición de órganos y tejidos con fines de trasplante es el de receptor.

Para la Ley, la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos, es un receptor. Ahora bien, para el Reglamento receptor es la persona a quien se trasplantará o se le haya trasplantado un órgano o tejido o transfundido sangre mediante procedimientos terapéuticos.

Mientras no se materialice el trasplante el futuro receptor es donatario, por otra parte, el uso terapéutico representa el fin, en tanto que los procedimientos terapéuticos es el medio para llegar, precisamente a éste.

Por último, no obstante de que el término de cadáver, es manejado de manera idéntica en la Ley y en el Reglamento, en el mismo como ya se dijo, debe incluirse el concepto de muerte en su más amplio sentido y muerte cerebral, toda vez que para ejecutar un trasplante de órganos o tejidos, debe ser optativo el contar con el certificado de pérdida de vida o el certificado de defunción.

4.4. Medios o conductos para la unificación de criterios y términos en la normatividad vigente relativa a la obtención de órganos y tejidos de seres humanos con fines de trasplante en México.

Como lo anunciamos en su momento, no basta ser simples espectadores o aplicadores de la ley, es necesario proponer a través de las instancias correspondientes las reformas, adiciones o derogaciones de diversos preceptos legales; por ejemplo, en la materia que nos ocupa las asociaciones civiles, los

colegios de abogados, los centros estatales de trasplantes, los organismos estatales de la Secretaría de Salud, los titulares de las procuradurías, asociaciones médicas, cámara de diputados o senadores, y aún a través del ejercicio del derecho de petición se puede dar inicio a una reforma legislativa o administrativa.

En materia federal la iniciativa para crear un decreto que reforme la Ley General de Salud, debe provenir según el artículo 71 de nuestra Constitución del Presidente de la República, Diputados y Senadores y a las legislaturas de los Estados.

En el caso en concreto, toda vez que la diversidad de criterios estriba en normas contenidas en una Ley y un Reglamento, a instancia del titular del poder ejecutivo federal se puede reformar la Ley, aunque para que esto ocurra el Secretario de Salud, principalmente con fundamento en los artículos 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 7 fracción VI del Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, debe proponer el proyecto de reforma, en razón de que dicho numeral a al letra dice:

“Art. 7.- El Secretario tendrá las siguientes facultades no delegables: ...

VI. Proponer al Presidente de la República los proyectos de iniciativas de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes sobre los asuntos de la competencia de la Secretaría y del sector coordinado; ...”

Por lo que respecta a la reforma administrativa el decreto para modificar el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, encontrará su fundamento legal en el artículo 89 fracción I de nuestra Constitución Federal, mismo que a la letra dice:

“Art. 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

I.- Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia;”

Asimismo el Presidente de la República podrá modificar el multicitado reglamento con fundamento en los artículos 17, 18 y 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, mismos que refieren:

“Art. 17.- Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.”

Resulta lógico imaginar que una Secretaría de Estado tiene infinidad de asuntos por atender en el ámbito de su competencia, por lo que para el mejor desempeño de sus funciones se tienen que apoyar en órganos administrativo desconcentrados que estarán subordinados a las mismas, en materia de disposición de órganos o tejidos, una iniciativa de reforma al Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, debe de tener su origen en el Centro Nacional de Trasplantes o en el Registro Nacional de Trasplantes; cuyos titulares deben gestar dicha reforma y proponerla al área jurídica de la Secretaría para su valoración y análisis; por el simple hecho de tratarse de un asuntos de salubridad general, previsto en la Ley de la Materia.

“Art. 18.- En el reglamento interior de cada una de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, que será expedido por el Presidente de la República, se determinarán las atribuciones de sus unidades

administrativas, así como la forma en que los titulares podrán ser suplidos en sus ausencias.”

En esencia el titular del Poder Ejecutivo Federal, debe marcar los lineamientos bajo los cuales se deben regir las Secretarías de Estado, de lo contrario esta facultad recaería en sus titulares y en muchas de las ocasiones no se cumplirían con las expectativas que impone un plan nacional de desarrollo. Estas atribuciones son establecidas de acuerdo a la los objetivos y fines de cada una de las secretaría.

“Art. 39.- A la Secretaría de Salud, corresponde el despacho de los siguientes asuntos: ...

VI.- Planear, normar, coordinar y evaluar el Sistema Nacional de Salud y proveer a la adecuada participación de las dependencias y entidades públicas que presten servicios de salud, a fin de asegurar el cumplimiento del derecho a la protección de la salud. ...”

Todo sistema nacional de salud deber ser actualizado y vigilado de manera permanente, ya que su tarea estriba concretamente en mantener en óptimas condiciones la salud a población de una nación, por lo que en este caso es la Secretaría de Salud quien tiene a su cargo la obligación de planear, normar, coordinar y evaluar el sistema del cual hemos hecho referencia, claro mediante los órganos administrativos correspondientes.

Efectuada la propuesta de reformas al Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, y una vez que se haya determinado la necesidad de efectuarlas, éstas se propondrán al titular del Poder Ejecutivo, a través de la Secretaría de Salud.

Resultaría infinita la fundamentación que cada instancia ocuparía para promover la modificación del marco jurídico que envuelve a la disposición de órganos y tejidos con fines de trasplantes, por lo que referiremos a la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, a la Ley General de Salud, al Reglamento Interior de la Secretaría de Salud y a la Ley Federal Sobre Metrología y Normalización, como el soporte básico a considerar en un intento por mejorar nuestras normas y hacer posible en ellas una mejor interpretación.

En la actualidad nos encontramos en la era de los trasplantes, por lo que es necesario prestar atención al futuro de estos eventos tanto en el aspecto médico como jurídico.

El derecho debe estar presente en cada uno de los avances científicos, en relación a los trasplantes de órganos; regulando y actualizando las normas con que se rijan.

Para el ser humano el bien maspreciado es su vida, misma que es protegida por el derecho, quien debe regular y garantizar la efectividad de los medios que considere necesarios para su preservación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Ninguna ciencia es independiente, todas interactúan de manera tal que cuando se logra una nueva técnica, encontramos un sin número de ellas que de alguna manera aportan ideas o conceptos que fortalecen y dan vida al desarrollo de la tecnología, los trasplantes de órganos y tejidos es un claro ejemplo del avance de la medicina en el siglo XX sin embargo, esta terapéutica no sería posible sin la intervención de diversas ciencias y disciplinas, no tan solo de la medicina sino también de diversas áreas del conocimiento humano.

SEGUNDA.- La mejor manera de comprender algunos aspectos de una ciencia diferente a la que de manera regular manejamos, es conceptualizando términos básicos y de relevancia extrema para el tema a tratar; así diremos que trasplante es la acción de extraer un órgano o tejido con la finalidad de implantarlo en el mismo individuo, o en otro de la misma especie, o en otro de especie diferente.

Injerto es el órgano o tejido extraído para su ulterior implante en el mismo individuo, o en otro de la misma especie, o de especie divergente.

Implante es el resultado de introducir, adherir a un ser humano, un órgano, tejido y/o elementos inertes; ajenos o no a su integridad corporal.

Finalmente debemos entender a la terapéutica como el método empleado con resultados positivos en el restablecimiento de la salud.

TERCERA.- A nivel mundial los antecedentes de históricos de los trasplantes de órgano y tejidos datan desde la mitología griega sin embargo, el primer éxito se logró en el año de 1954, cuando el doctor Murray hizo el primer trasplante exitoso entre hermanos gemelos idénticos. En México nuestra historia en la materia se remonta al año de 1963, cuando el equipo médico que integró el

Comité de Trasplante Renal, trasplantó el primer riñón en el Hospital General del Centro Médico Nacional; dicho Comité estuvo integrado por el doctor Ortiz Quezada, Exaire Mouret y Quijano Narejo.

CUARTA.- Independientemente de aspectos religiosos, morales, éticos o jurídicos, el mantener o restaurar la salud del ser humano, debe ser una tarea conjunta donde se respeten la diversidad de criterios, se acoplen similitudes y se descarten conceptos anacrónicos. La materia prima de todo progreso es el ser humano visto desde su aspecto físico, emocional o subjetivo; nada que no le convenga a su salud permanece vigente y los trasplantes de órganos y tejidos han superado esta prueba.

QUINTA.- La muerte cerebral o la muerte en su más amplio sentido es irreversible, por lo que verificada, la disposición de órganos y tejidos efectuada bajo los lineamientos que a cada marco jurídico convenga, es lícita; debiendo promoverse la donación de éstos bajo principios rectores como el altruismo y la buena fe.

SEXTA.- Los trasplantes de órganos y tejidos pueden ser entre vivos relacionados o no y de donador cadáver, siendo preferentes estos últimos. Para donar en vida se requiere consentimiento expreso y en caso de no querer donar es necesario contar con dicha manifestación en los mismos términos.

SÉPTIMA.- La Ley General de Salud en su Título Decimoctavo, relativo a las medidas de seguridad, sanciones y delitos, específicamente en su artículo 462 fracción I, contempla a la obtención ilícita de órganos y tejidos, como un delito grave, con pena privativa de la libertad y acumulativa con una sanción pecuniaria. A diferencia de la mayoría de las conductas ilícitas cometidas por los profesionales de la salud, acertadamente la conducta en comento es valorada jurídicamente como dolosa y no como culposa.

OCTAVA.- La normatividad primaria vigente en materia de trasplantes de órganos y tejidos es nuestra Carta Magna, principalmente la encontramos en su artículo 4º párrafo cuarto, parte inicial, la Ley General de Salud, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, Para la Disposición de Órganos y Tejidos de Seres Humanos con Fines Terapéuticos, Excepto Sangre y sus componentes, y las Bases de Coordinación que Celebran la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como la General de la República.

NOVENA.- El bien jurídicamente protegido en el delito previsto en el artículo 462 fracción I de la Ley General de Salud, es diverso en cada una de las conductas contempladas pudiendo ser la vida, la integridad corporal y salud del ser humano, así como el respeto al cadáver.

DÉCIMA.- En materia de disposición ilícita de órganos y tejidos de seres humanos con fines de trasplante, remotamente podemos hablar de una tentativa, precisamente cuando por contar con una economía bastante fuerte se estableciera un hospital con recursos humanos suficientes para promover fuera del marco legal la obtención de dichas piezas anatómicas para ser trasplantadas a quien esté dispuesto a pagar un precio por ellas, y en el preciso momento de intentar extraerlas sean detenidos por las autoridades.

DÉCIMO PRIMERA.- A nivel mundial todos los ordenamientos jurídicos refieren a una muerte cerebral, a una donación altruista, a donadores primarios o secundarios, se reconoce a los trasplantes de órganos y tejidos como una brillante y exitosa terapéutica que debe ser rigurosamente regulada por la ley, buscando siempre el restablecimiento de la salud. En determinadas condiciones es aceptada la transferencia de piezas anatómicas con fines terapéuticos, entre individuos de

diferente nacionalidad o que geográficamente se encuentren en diverso territorio nacional.

DÉCIMO SEGUNDA.- Mientras no exista una nueva técnica para recuperar nuestra salud, los trasplantes de órganos y tejidos debe ser fomentada bajo una cultura responsable de donación de órganos y tejidos, evitando la confusión y la mala información que pueda tergiversar los beneficios de dicha terapéutica.

DÉCIMO TERCERA.- La ciencia médica y el derecho, tienen una gran responsabilidad ante la humanidad, la primera perfeccionando o creando nuevas técnicas para restablecer o mantener un estado de salud óptimo en los seres humanos y el segundo mejorando las normas que permitan a la ciencia médica su desarrollo, sin olvidar el respeto al pacto social de convivencia representado por la Constitución Política.

DÉCIMO CUARTA.- Lejos de valoraciones protagonistas o emotivas recordemos que una sociedad sana, educada y con un marco jurídico que permita su evolución, es una sociedad encaminada al progreso.

De nada nos sirve una sociedad “sana” sin que existan normas que hagan posible una convivencia civilizada, basada en el respeto a los derechos de cada uno de sus integrantes. La “Ley del más fuerte” perdió vigencia en el momento en el que surgió el derecho, cuya materia prima es una población sana; concluimos que la salud, la educación y el derecho, representan la plataforma del progreso en todos y cada uno de los aspectos en que el ser humano tenga intervención.

PROPUESTA

La garantía individual del derecho a la salud, consagrada en el artículo cuarto constitucional, encuentra su materialización en la Ley General de Salud y en las normas jurídicas secundarias, por lo que en su conjunto deben de manejar la misma terminología para lograr el propósito fundamental de restablecer y conservar nuestra salud.

Dicha unificación conceptual, establecería las condiciones mínimas, bajo las cuales médicos y juristas pueden llegar a desarrollar su actividad sin la incertidumbre de estar actuando de manera ilícita; por otra parte la sociedad se despejaría de dudas e incertidumbres que impiden el buen desarrollo de esta terapia.

Ideas erróneas como el comercio de órganos y tejidos, el “robo” de infantes con el objeto de extraerles dichas piezas anatómicas; son generalizadas y comúnmente carentes de datos sólidos, no obstante son conceptos de intensa divulgación en algunos medios de comunicación, creando con ello desconfianza y rechazo en algunos sectores de la población para donar órganos o tejidos, por considerar a esta práctica como un problema de seguridad pública.

Al igual que parte de la legislación fiscal, que se actualiza año con año, es necesario actualizar con mayor regularidad nuestro marco normativo en materia de salud, toda vez que los avances en esta ciencia son constantes y cada vez más sofisticados; el legislador debe interesarse en verdaderos temas de salud pública, apoyándose en criterios y sugerencias de médicos y juristas altamente reconocidos en la materia.

El Código Penal Federal señala que comete el delito de homicidio el que priva de la “vida” a otro, por su parte el Código Civil señala que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la

“muerte”, conceptos esencialmente opuestos, siendo recomendable definir al cese de actividad fisiológica como un todo o exclusivamente cerebral, es decir, se debe diferenciar entre la muerte en su más amplio sentido o cerebral.

Siendo la donación un acto voluntario, gratuito, personalísimo y de buena fe, manifestado por los medios señalados en la Ley General de Salud, debe existir unificación de términos como cadáver, donador, donatario, disponente original y secundario.

Cuando una ley es clara y concreta, las normas secundarias tienen que ceñirse a ésta, por consiguiente los términos conceptuales que se manejen en ella deben ser entendidos bajo su mismo marco de referencia, siendo así, la Ley General de Salud en su artículo 314 debe ser reformado para quedar como sigue:

Art. 314.- Con el fin de evitar diversidad de criterios, se establece la definición de términos como:

Cadáver: Cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de vida;(sin reforma y en vigor)

Cadáver: Cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de vida fisiológica y/o cerebral; (propuesta)

Componentes: Órganos, tejidos, células y sustancias que integran el cuerpo humano;

Destino final: Tareas de conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, embriones y fetos, bajo especificaciones establecidas en la Ley y otros ordenamientos jurídicos aplicables;

Disponente: Quien conforme a los términos de la ley puede decidir respecto de su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y pos mortem; (sin reforma y en vigor)

Disponente original: Quien conforme a los términos de la ley puede decidir respecto de su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y pos mortem; (propuesta)

Disponente secundario: Autoridad judicial o administrativa que a la ley puede objetar la disposición de órganos y tejidos de un cadáver, con fines de trasplante. (propuesta)

Donador o donante: Quien tácita o expresamente autoriza la disposición de su cuerpo o componentes en trasplantes;

Donatario en trasplante: Quien conforme a los términos de la ley puede ser receptor de una pieza anatómica para el restablecimiento o mejoramiento de su salud. (propuesta)

Órgano: Unidad morfológica compuesta por tejidos diferentes que contribuyen en el desempeño de los mismos trabajos fisiológicos;

Producto: Tejido o sustancia extraída, excretada o expelida por el cuerpo humano como producto de procesos fisiológicos normales, tales como la placenta y los anexos de la piel;

Receptor: Persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos.

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

Trasplante: Transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo.

Es necesario proponer a través de las instancias correspondientes las reformas, adiciones o derogaciones de diversos preceptos legales; por ejemplo, en la materia que nos ocupa las asociaciones civiles, los colegios de abogados, los centros estatales de trasplantes, los organismos estatales de la Secretaría de Salud, los titulares de las procuradurías, asociaciones médicas, cámara de diputados o senadores, y aún a través del ejercicio del derecho de petición se puede dar inicio a una reforma legislativa o administrativa.

En materia federal la iniciativa para crear un decreto que reforme la Ley General de Salud, debe provenir según el artículo 71 de nuestra Constitución del Presidente de la República, Diputados y Senadores y a las legislaturas de los Estados.

En el caso en concreto, toda vez que la diversidad de criterios estriba en normas contenidas en una Ley y un Reglamento, a instancia del titular del poder ejecutivo federal se puede reformar la Ley, aunque para que esto ocurra el Secretario de Salud, principalmente con fundamento en los artículos 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 7 fracción VI del Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, debe proponer el proyecto de reforma, en razón de que dicho numeral a al letra dice:

“Art. 7.- El Secretario tendrá las siguientes facultades no delegables: ...

VI. Proponer al Presidente de la República los proyectos de iniciativas de leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes sobre los asuntos de la competencia de la Secretaría y del sector coordinado; ...”

Por lo que respecta a la reforma administrativa el decreto para modificar el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, encontrará su fundamento legal en el artículo 89 fracción I de nuestra Constitución Federal, mismo que a la letra dice:

“Art. 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

I.- Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia; ...”

Asimismo el Presidente de la República podrá modificar el multicitado reglamento con fundamento en los artículos 17, 18 y 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, mismos que refieren:

“Art. 17.- Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.”

“Art. 18.- En el reglamento interior de cada una de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, que será expedido por el Presidente de la República, se determinarán las atribuciones de sus unidades administrativas, así como la forma en que los titulares podrán ser suplidos en sus ausencias.”

“Art. 39.- A la Secretaría de Salud, corresponde el despacho de los siguientes asuntos: ...

VI.- Planear, normar, coordinar y evaluar el Sistema Nacional de Salud y proveer a la adecuada participación de las dependencias y entidades públicas que presten servicios de salud, a fin de asegurar el cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

Asimismo, propiciará y coordinará la participación de los sectores social y privado en dicho Sistema Nacional de Salud y determinará las políticas y acciones de inducción y concertación correspondientes; ...”

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ACOSTA ROMERO, Miguel y LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos Especiales, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 2.- BELING, Ernest. La Doctrina del Delito Tipo, Editorial Palma, Argentina, 1944.
- 3.- BERGOGLIO DE BROUWER DE K, Ma. Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, Ma. Virginia. Trasplantes de Órganos entre Personas con Órganos de Cadáver, Editorial. Hammurabi, Buenos aires, 1983.
- 4.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 5.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 6.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 7.- CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1980.
- 8.- DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones, 5ª. ed, Editorial. Porrúa, México, 1981.
- 9.- FORTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- 10.- GORDILLO CAÑAS, Antonio. Transplantes de Órganos: "Pietas" familia y solidaridad humana, Editorial. Civitas, España, 1987.

- 11.- GRANADOS ATLACO, Miguel Ángel. Tesis: Estudio Dogmático Jurídico-Penal del Artículo 461 de la Ley General de Salud, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México, 1988.
- 12.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1990.
- 13.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1964.
- 14.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 15.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 16.- MADRAZO P. Carlos A. La Reforma Penal (1983-1985), Editorial Porrúa, México, 1989.
- 17.- MASCARO Y POCAR, José María. Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas, 11ª ed. Editorial. Salvat, México, 1978.
- 18.- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- 19.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1997.
- 20.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1997.

- 21.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México, 1954.
- 22.- SÁBISTON, David C. et al, Tratado de Patología Quirúrgica, tr. Blengio Pino, José Rafael, 13ª.ed, Tomo I, Editorial Interamericana, México, 1988.
- 23.- SACATORE, Luigi y Poli. Diccionario Médico, tr. Ruiz Lara, Rafael, 5ª. ed, Editorial. Taide, España, 1978.
- 24.- SANTIAGO DELPIN, Eduardo A. et al, Transplante de Órganos, tr. Ruiz Speare, J. Octavio, Editorial. Salvat, México, 1987.
- 25.- S. RUSSELL, Paul et al, Principios y Práctica de Cirugía, tr. Sapina Renard, Santiago, 4ª ed, Editorial Interamericana México, 1970.
- 26.- VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuricidad y Justificación, Editorial Trillas, México, 1990.
- 27.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1990.
- 28.- WOLFGAG G, Lange et al, Lecciones de Cirugía, Editorial. López Libreros, Buenos aires, 1980.
- 29.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Editorial Cárdenas, 1988.

CIBEROGRAFÍA 2008 (LEGISLACIÓN)

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/>

CÓDIGO PENAL FEDERAL.

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/8/default.htm?s=>

CÓDIGO CIVIL FEDERAL

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/2.doc>

LEY GENERAL DE SALUD.

<http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/legis/lgs/index-indice.htm>

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

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/nrm/1/385/37.htm?s=iste>

FUENTES HEMEROGRÁFICAS.

México, DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 25 de febrero de 1994. Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM-003-SSA-1994, Para la Disposición de Órganos y Tejidos de Seres Humanos con Fines Terapéuticos, Excepto Sangre y sus componentes.

México, DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 23 de marzo de 1989. Bases de Coordinación que Celebran la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, así como la General de la República.

México, DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, 23 de diciembre de 1991. Bases de Coordinación que Celebran la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de la República. (B/018/91.)

DICCIONARIO

Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998.