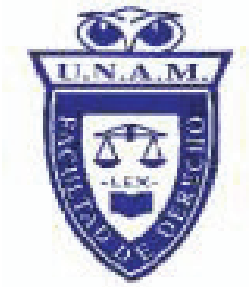
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA NECESIDAD JURÍDICA PENAL DE DARLE AUTONOMÍA AL TIPO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS DE MENORES.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JUAN DE DIOS MENDIOLA MORA
A S E S O R
LIC. CARLOS VIDAL RIVEROLL



MEXICO, D. F. ABRIL 2006.

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

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.

AGRADECIMIENTOS.

A MIS PADRES, HERMANOS Y CADA UNA DE LAS PERSONAS, QUE CON SU AMOR, APOYO Y CONFIANZA, LOGRARON QUE ALCANZARA ESTA META.

A MI MAESTRO.
LIC. CARLOS VIDAL RIVEROLL.

POR SU PARTICIPACIÓN EN: LA DIRECCIÓN, ORIENTACIÓN Y ASESORIA. POR HABERME DADO, LA OPORTUNIDAD DE OBTENER EL LOGRO PROFESIONAL.

LA NECESIDAD JURÍDICA PENAL DE DARLE AUTONOMÍA AL TIPO DE TRÁFICO DE ÓRGANOS DE MENORES.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I.

1.- De la eficacia del Derecho Penal.....1
1.1.- Su evolución histórica.....2
1.2.- Concepto.....6
1.3.- Objetivos.....9
1.4.- Como sirve a la sociedad.....14

CAPÍTULO II.

2.- Desglose del artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.....19
2.1.- Presentación del tipo.....20
2.2.- El bien jurídico tutelado.....29
2.3.- La retención y sustracción, definición en relación a la falta de libertad. 32
2.4.- La sustracción de menores.....36
2.5.- El tráfico de órganos como fin diverso a la privación de la libertad personal.....40

CAPÍTULO III.

3.- La donación de órganos como necesidad social.....43
3.1.- Definición de donación de órganos.....49
3.1.1.- Donación.....49
3.1.2.- Trasplantes.....52
3.1.3.- Órganos que se pueden trasplantar.....60
3.2.- Promoción popular para la donación de órganos.....65
3.3.- Titular de la disposición del cuerpo y sus órganos…….....66
3.4.- Gratuidad de la donación de órganos.....80

CAPÍTULO IV.

4.- La necesidad de darle autonomía al delito de tráfico de órganos……84
4.1.- Su protección en la Ley General de Salud……..…88
4.2.- Análisis del caso a la luz del artículo 14 de la Constitución y su relación con el Derecho penal……...96
4.3.- La donación de órganos como estímulo para la sustracción de personas y …. órganos……..102
4.4.- Propuesta de reforma para su autonomía…….....105

CONCLUSIONES……..…118

PROPUESTA…….…….....121

BIBLIOGRAFÍA….……..……...124

INTRODUCCIÓN.

En términos generales, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, adolece de un sin número de errores jurídicos que definitivamente hacen que la sociedad de alguna manera no quede plenamente protegida por la composición del Código Penal.

La anticonstitucionalidad de la traslación del tipo, la falta de una definición del delito por parte del Código, la ambigüedad en que han sido tratados la gran mayoría de los tipos penales, hacen que los defensores por la vía de amparo, alegando la garantía individual establecida en el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional, en el sentido de la aplicación exacta del delito, hacen que dichos defensores, logren sacar a delincuentes que incluso son reincidentes.

El caso que nos ocupa en este trabajo de tesis, se refiere al artículo 172 del Nuevo Código Penal.

Especialmente en lo que es el segundo párrafo que dice: “si la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a círculos de corrupción de menores o traficar con sus órganos, las penas se aumentaran en un tanto”.

Nótese como la ligereza de los autores de éste Código, se denota inmediatamente.

En principio, el artículo 171 que menciona la retención y sustracción, en ningún momento define que debemos entender por retención y que por sustracción.

Por otro lado, todos sabemos que la corrupción de menores se debe demostrar a través de pruebas psicológicas, por medio de las cuales se compruebe que el menor ha sido corrompido en su psíquico, de su personalidad; situación que definitivamente no llena uno de los objetivos del Derecho Penal, como es la prevención.

Por otro lado, el hecho de que ahora hasta en la televisión se esté motivando a la gente a donar sus órganos, esto definitivamente significa un verdadero peligro para los pobres principalmente.

Lo anterior en virtud de que son ellos los que deben ahora entregar sus vidas para que los ricos, que pueden pagar operaciones, reciban sus órganos aún a fuerzas.

JUSTIFICACIÓN.

El tema se justifica, en virtud de que como dijimos, el tercer párrafo del artículo 14 Constitucional establece que se debe de aplicar una ley en forma exacta, esto quiere decir, que los elementos del tipo penal, deben de facilitar su exactitud en la práctica y en la composición del cuerpo del delito.

De tal manera que la idea de traficar con los órganos de una persona, revela más de una simple retención o una sustracción de menores.

Lo anterior, en virtud de las grandes campañas de publicidad que han significado el hecho de motivar a la gente a donar sus órganos, puede hacer o ha hecho, que las mafias u organizaciones criminales ahora puedan secuestrar a una persona, ya sea menor o mayor de edad, sólo para destazarlo y colocar sus órganos en hospitales de los Estados Unidos principalmente.

Una operación de corazón o un trasplante de hígado, cuesta mucho dinero en los Estados Unidos y en cualquier parte del mundo, de tal manera que para localizar a una persona que quiera donar sus órganos para trasplantarlos, simple y sencillamente no se va a poder, ya que todos quieren vivir más.

Lo cierto es que ahora la desaparición de muchas personas, puede deberse al tráfico de órganos, principalmente a la exportación de ellos a los hospitales de Houston en los Estados Unidos.

OBJETIVO GENERAL.

El objetivo general que perseguimos con este trabajo de tesis, es demostrar que tipológicamente, el artículo 172 debe necesariamente estar separado, por un lado lo que es la sustracción o la retención de menores de edad y por otro lado, el secuestro o privación de la libertad con fines de traficar con los órganos del secuestrado; situación que incluso, no puede definirse ni siquiera como secuestro, ya que este es el medio para lograr el fin, podríamos estar hablando de un tipo autónomo, como sería el de tráfico de órganos en una forma como se previene en la Ley General de Salud.

HIPÓTESIS.

La hipótesis que sostenemos, consiste en el hecho de que los artículos 171 y 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, deben ser dos tipos aislados y totalmente autónomos.

De tal manera que el tráfico de órganos es un delito autónomo, en el cual el medio para lograr la comisión, es el hecho de secuestrar o privar de la libertad a una persona, someterla violentamente, anestesiarla, hacerla caer en un estado de coma y en un momento determinado, usar sus órganos cuando existe el cliente, situación que siempre hay.

De ahí que el tráfico de órganos es verdaderamente importante y es menester sustraerlo completamente del artículo 172, para establecer todo un capítulo nuevo respecto de lo que es el tráfico de órganos, definiendo cada una de las conductas, estableciendo con mayor exactitud las sanciones.

Lo anterior, en virtud de que no es posible aumentar en un tanto las penas, situación que provoca la interpretación por analogía o representación, que es totalmente prohibida por el mismo párrafo tercero del artículo 14 Constitucional.

CAPÍTULO PRIMERO.

1. - De la eficacia del Derecho Penal.

Una de las más grandes ilusiones de todo ser humano, es el tener vida el mayor tiempo posible; y es el caso de que a partir de ese gran invento como fue la computadora, los diversos experimentos que anteriormente tardaban años en poderse realizar y comprobar, ahora bajo sistemas virtuales, se tienen reacciones inmediatas y por lo tanto, la ciencia en todos sus niveles ha avanzado a pasos agigantados.

En la actualidad, la clonación ha convertido al hombre en semejante al creador y este no es el fin o término del quehacer científico, todavía sigue a más y ocurre que cuando se combina ésta ilusión del hombre por vivir frente a la comercialización y mercantilización de los conocimientos científicos, es cuando la ambición del hombre lo induce en ocasiones a delinquir.

Es entonces, cuando la organización social tiene al derecho penal para combatir este tipo de conductas ambiciosas.

Así, en términos generales al pensar en el tráfico de órganos de menores, estamos hablando de una necesidad tal de que el Derecho Penal atienda verdaderamente las necesidades de la sociedad, y este tipo de delito de tráfico de órganos de menores que está subsumido a otro tipo principal, como lo veremos en el capítulo segundo al desglosar los elementos del artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, deben estar independientes y tener autonomía individual para poder lograr una mayor protección de los menores en contra de todo este desarrollo científico, esa necesidad del hombre, y por supuesto la ambición mercantilista que se está haciendo en la actualidad, un fenómeno social como es la desaparición de personas, sólo para destazarla y

llevar a cabo los diversos trasplantes de órganos, para que otras que han tenido mayor éxito en la vida puedan seguir viviendo.

El problema es bastante serio y por lo mismo, es necesario analizarlo, desde lo que es la eficacia del Derecho Penal en primera instancia.

De ahí, que el objetivo directo de éste primer capítulo, es observar como es que el Derecho Penal, va a establecer sus lineamientos y la manera a través de la cual, dicho derecho, logra la protección social.

1.1. - Su evolución histórica.

Dentro de la evolución histórica del Derecho Penal, se puede hacer un análisis bastante extenso, situación que evidentemente no es el fin de este trabajo de tesis, sino simple y sencillamente denotar algunas de sus etapas principales, para observar como es que la sociedad ha requerido siempre que exista el derecho penal protegiendo los bienes jurídicos que a la sociedad le interesa proteger.

En la época bárbara, esto es a principios de la organización social, vamos a distinguir una etapa a través de la cual, la venganza privada, era la manera a través de la cual se satisfacían las ofensas en forma primitiva.

Fernando Castellanos cuando habla de esto, dice: “A la etapa de la venganza privada suele llamársele, también venganza de la sangre o época bárbara. En el primer período de la formación del Derecho Penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza, la razón esencial de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta

después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo". [1]

La venganza privada, o de sangre, la época bárbara del derecho penal, estaba basada en lo que era la Ley del Talión, el ojo por ojo y diente por diente; situación que de alguna manera, en esta etapa provocaba que esa venganza en ciertas ocasiones produjera mayores daños que el origen que justificaba dicha venganza.

Así los excesos de la realización de la venganza, iban a estar identificándose con lo que ahora conocemos por la reparación del daño.

El autor Guillermo Floris Margadant afirma: "Cuando Hamurabi dicta su famoso Código Babilónico, se observa, a menudo, un retroceso respecto de los derechos Sumerio y Acadio de aquellos fragmentos. Así, como en caso de daño, Hamurabi establece como sanción la Ley del Talión, en tanto que el derecho sumerio, anterior a él, estaba basado en el principio de la reparación del daño".[2]

La formación del derecho penal, va a estar basada en su carácter sancionatorio; evidentemente, que es necesario denotar la necesidad preventiva de lo que es la composición del delito y esa obligación del medio social, por obedecer el tipo penal, protegiendo necesariamente con esto el bien jurídico tutelado por la norma penal o el delito.

De tal manera, que en el momento en que la sociedad se sigue desarrollando, vamos a encontrar ahora una nueva etapa, a la cual el mismo autor Fernando Castellanos ha denominado como la etapa de la Venganza Divina.

---

[1] CASTELLANOS, Fernando. "Lineamientos elementales de Derecho Penal", 39ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1998, pp. 31 y 32.
[2] FLORIS MARGADANT, Guillermo. "Panorama de la Historia Universal del Derecho", 4ª edición, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1998, p. 42.

Debemos recordar que una vez que el imperio romano cae en manos de los Celtas del norte, los Nórdicos, estos últimos al convertirse al cristianismo, hacen que este grupo religioso se convierta en el organizador de las ciudades estableciendo cuerpos de leyes importantes, como el "Corpus Juris Canonissi".

Es entonces, cuando se inicia una nueva etapa de formación del derecho penal, llamada de la venganza divina y que el autor Fernando Castellanos la explica de la siguiente manera: "Parece natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado. Así surge, en el terreno de las ideas penales, el período de la venganza divina; se estima al delito una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación".[3]

Es fundamental denotar la fórmula a través de la cual, se va generando para la comunidad, una cierta organización por medio de la cual, se ha de poder proteger los bienes fundamentales del hombre, principalmente la vida y las diversas libertades.

De tal manera que como lo dice el autor citado, la sociedad va configurándose y con esto, va generando una mayor y mejor organización estatal.

Razón por la cual cuando los civiles toman ahora el mando y con esto, surge otra manera de ver las cosas y por lo mismo, otra forma de reglamentarla.

Es entonces cuando estamos frente al jus puniendi. Sobre este derecho, Raúl Carrancá y Trujillo, nos ofrece los comentarios siguientes: "El estado tiene el deber de defender y el poder de hacerlo, a la sociedad entera, contra toda

[3] CASTELLANOS, Fernando. Ob. Cit., p. 33

suerte de enemigos; de fuera, invasores extranjeros y los de adentro, delincuentes. Estos hacen peligrar la convivencia social cimentada sobre el supuesto de fines de los agregados sociales.

Y como además es instintivo repeler la agresión que el delito en el momento representa y dar así satisfacción suficiente a la venganza privada; y esta ha quedado superada por la doctrina y la filosofía penal, de aquí que el Estado, como organizador jurídico de la sociedad, tenga en sus manos el poder de castigar o el jus puniendi, ante la necesidad por una parte de reprimir el delito y por la otra, la de dar, debida protección a los intereses lesionados por él y legítimamente protegidos".[4]

Evidentemente en la secuela del desarrollo del Derecho Penal, vamos a encontrar períodos y escuelas o doctrinas en las que se trata de lograr una cierta estrategia a través de la cual, pueda llevarse a cabo la organización de la sociedad, en base de la protección penal.

Tenemos la escuela Clásica, la Positiva y las llamadas Eclécticas.

Estas escuelas, van desarrollándose a través de lo que es el movimiento reformador, iniciándose con la idea clásica fundamental, en la que la época bárbara se convierte en técnica, a través de la cual se van fijando penas proporcionales al delito cometido.

La Escuela Positiva, va centrando su objetivo en investigaciones en el delincuente, señalando algunos métodos inductivos para lograr un mejor desarrollo de este tipo de estudios.

Respecto a la Escuela Ecléctica, Rosangela Murcio Aceves, nos dice lo siguiente: "La tercera escuela se encuentra representada por Carnevale y

---

[4] CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho penal mexicano", 21ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2001, p. 154.

Alimena, tiene la principal función centrar las investigaciones en el delincuente, negando el libre albedrío de éste.

Negaron que el delito fuera un acontecimiento inevitable. Contemplaron la sanción como un medio intimidatorio, cuya finalidad es la prevención del delito.

De los estudios de la Escuela Clásica distinguen entre imputables e inimputables del delito".[5]

La estructura del Derecho Penal, se da por la libre idea que va generando la sociedad, dependiendo siempre de su avance tecnológico y la manera en que se van organizando en la convivencia social.

Razón por la cual, evidentemente va existir una gran necesidad de la existencia del Derecho Penal, para proteger los bienes jurídicos más trascendentales y fundamentales para la sociedad en un momento y época determinada.

1.2. - Concepto.

Básicamente el concepto del derecho penal, va estar centrado en la posibilidad de la pena.

Tenemos por ejemplo la definición del autor Francisco Pavón Vasconcelos, que al establecer una definición, dice: "Es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público interno, que definen los delitos y señala las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social".[6]

---

[5] MURCIO ACEVES, Rosangela; "Derecho penal", 1ª edición, Universidad Tecnológica de México, México, 2002, p. 26.
[6] PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p.17.

La definición es realmente trascendental y es el caso de que ésta, se centra en una normatividad coercible.

Esto es, que como todo tipo de derecho, fija las reglas que han de establecerse en el trato social y por lo tanto se desenvuelve como una normatividad.

Y frente a esto, la normatividad adquiere una sanción de manera coercitiva, esto es de aplicación obligatoria en el momento en que se desarrolla la función jurisdiccional a través de la investigación del Agente del Ministerio público en ejercicio de su acción ante los Tribunales o Juez Penal respectivo.

No pasa como en otro tipo de normas, como son las éticas, morales o religiosas, en las que la coercibilidad realmente no llega a existir en forma plena; ni tampoco pasa como en otro tipo de derechos; como es el civil, laboral o fiscal, en donde la sanción, básicamente es indemnizatoria de tipo económico.

Otro autor que nos menciona otra definición, es Eugenio Cuello y Calón, quien en el momento en que nos habla sobre la definición del delito, dice: "El Derecho Penal subjetivo se identifica con la facultad del Estado para crear los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan, o a los sujetos peligrosos que pueden delinquir, es el derecho a castigar, el derecho del estado a conminar la ejecución de ciertos delitos con pena, y en el caso de su comisión, a imponer las ejecutadas, afirmando que esta lesión esta contenida en el fundamento filosófico del derecho penal".[7]

Evidentemente las situaciones en definición no son tan fáciles, ni tan concretas, la cuestión de que a través de ese jus puniendi reconocido por el pueblo, se le otorga al gobierno del Estado, la posibilidad de tener un aparato

[7] CUELLO CALÓN, Eugenio. "Derecho penal", 8ª edición, editorial Editora Nacional, México, 2001, p.18.

jurisdiccional por medio del cual se apliquen algunas sanciones, después de que el sancionado fue debidamente oído y eventualmente vencido en juicio.

Esto, definitivamente significa mucho para la formación del Derecho Penal, en virtud de que el pueblo, cuando elige a sus diputados y senadores, les ordena y encomienda hacer leyes que logren el fin del Derecho Penal, como es organizar a la sociedad.

Situación que hace todo tipo de derecho, el civil, laboral o el administrativo; en lo que se refiere al Derecho Penal, hay una forma muy especial a través de la cual se sancionan las conductas delictuosas y esta es a través de la pena de encierro corporal.

Esta es una situación básica en virtud de que este Derecho Penal va a ocupar esa pena de encierro, como la forma adecuada a través de la cual, se lograra intimidar las conductas delictuosas, amenazándolas con el hecho de aplicarles una sanción de encierro en caso de que se exteriorice la conducta delictiva que el tipo penal previene.

Otro autor que nos ofrece una definición, es Celestino Porte Petit Candaudap, quien sostiene; "El derecho penal forma parte de un total ordenamiento jurídico y su concepto gira alrededor de un criterio subjetivo o bien, en torno de un criterio objetivo. Por Derecho Penal debe entenderse, el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en el caso de violación de las mismas normas. En esta forma, podría decirse que el Derecho Penal, es el conjunto de normas que determinan el delito, las penas y medidas de seguridad".[8]

[8] PORTE PETTIT CANDAUDAP, Celestino. "Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal", 17ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 2000, pp. 10 y 15.

Conforme a lo establecido por el autor citado es importante subrayar que el fin dentro del Derecho Penal, no es en si el sancionar las conductas delictuosas, básicamente el fin principal es el hecho de prevenir las conductas delictuosas.

Dicho de otra manera, que tiene en principio un efecto preventivo, a través del cual se intenta proteger el bien jurídico tutelado.

Este es el fin esencial y además real, puesto que si se logra la prevención, se logra la efectividad en la composición del derecho penal.

Claro esta, ésta prevención, se logra a través de la amenaza de una pena corporal, como es la pena de prisión.

Por lo que se puede concluir que el Derecho Penal, es el conjunto de normas jurídicas coercibles, de derecho público interno establecidas por el Estado, que definen los delitos, prohibiendo determinadas conductas o hechos y que, señala las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social en un lugar y época determinada.

1.3. - Objetivos.

En términos generales, habiendo visto desprendidos, el contenido de la definición del derecho penal, la prevención será uno de sus principales objetivos.

Claro está, que el fin principal es el orden de la sociedad, pero, para esto necesita desahogar otro tipo de objetivos como son:

a) Prevenir las conductas delictuosas,

b) Castigarlas a través del establecimiento del derecho procesal penal, otorgando la audiencia, al ofendido y al acusado y,

c) Someter al delincuente a un tratamiento de rehabilitación a través del Derecho Penitenciario.

Uno de los autores y analista crítico del siglo XVIII como es Beccaria, al momento en que alude a lo que son los fines del Derecho Penal, menciona: "es imposible prevenir todos los desórdenes en el combate universal de las pasiones humanas. Crecen éstas, siendo ésta en razón compuesta de la población y de la trabazón de los intereses particulares... vuélvase los ojos sobre la historia y se verán crecer los desórdenes con los confines de los imperios; y menoscabándose en la misma proporción la máxima nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos, conforme al interés que cada uno toma en los mismos desórdenes. Así, la necesidad de agravar las penas se dilata cada vez más por este motivo.

Aquella fuerza, semejante a un cuerpo grave, que oprime a nuestro bienestar, no se detiene, sino en la medida de los estorbos opuestos. Los efectos de esta fuerza son la serie de las acciones humanas: sí estas se encuentran y recíprocamente se ofenden, las penas y que llamare estorbos políticos, impiden el mal efecto y sin destruir la causa impelente, que es la sensibilidad misma, inseparable del hombre; y el legislador hace como hábil arquitecto cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad y mantener las que contribuyen a las fuerzas del edificio".[9]

Es importante subrayar la forma en que Beccaria considera la imposibilidad de prevenir todas las conductas desastrosas para la sociedad.

Nótese como la prevención, genera que el legislador sea el hábil arquitecto que se opone contra las ruinas de edificios y separa las que contribuyen a su solidez.

La prevención sin lugar a dudas, es uno de los objetivos del Derecho Penal.

---

[9] BONESANA, César, Marqués de Beccaria. "Tratado de los delitos y de las penas", 15ª edición, Editorial Porrúa S.A., México, 2005, p. 19.

El fin de las penas no es atormentar y afligir a una persona, ni deshacer un delito ya cometido, el fin es impedir al reo, causar nuevos daños y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

Tanto más justa y útil será la pena, cuanto más pronta y más cercana sea al delito cometido; más justa, porque evita en el sujeto inútiles y fieros tormentos y la privación de la libertad, como pena impuesta, no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga, y el proceso debe ser en el menor tiempo posible.

El delito y la pena, se consideran, al primero como la causa y al segundo como el efecto consiguiente y necesario.

No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la certeza y seguridad de ellas, debe de estar acompañada de una legislación con justicia y equidad.

La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible, porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres.

La misma atrocidad de la pena hace que se ponga más esfuerzo en eludirla y evitarla, cuanto mayor el mal contra quien se combate, hace que se cometan muchos delitos para huir de la pena.

Para que una pena obtenga su efecto, basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito y en este exceso del mal, debe ser calculada la certeza y seguridad de la pena y la pérdida del bien que el delito produciría.

Pero es mejor evitar los delitos que castigarlos, este es el fin principal de toda buena legislación.

Prohibir una gran cantidad de acciones indeterminadas, no es evitar los delitos, sino crear otros nuevos. Si se quieren evitar los delitos, se deben hacer leyes claras y precisas.

Evidentemente para poder establecer una cierta sanción, es necesario que se lleve a cabo un cierto procedimiento penal, esto es, que se investigue suficientemente la conducta, para poder establecer una sentencia justa.

Así, para poder comprender el contenido del Derecho Procesal Penal, quisiera citar las palabras del autor Carlos Oronoz Santana, quien en su concepto particular dice: "El proceso es el conjunto de actividades ordenadas en la ley, a efecto de determinar si el hecho imputado al acusado, constituye o no un delito y dictar como consecuencia la resolución que corresponda.

Del análisis de lo anterior, se encuentran como elementos substanciales, los siguientes:

a) Conjunto de actividades

b) Ordenadas en la ley

c) A efecto de saber si el hecho imputado, constituye un delito"[10]

De acuerdo, a las necesidades y el objetivo que persigue el Derecho Penal, para poder implementar el tipo, se requiere de una legalidad para hacerlo.

Dicho de otra manera, por un lado se tiene el tipo penal; el cual presenta dentro de su constitución, tal vez como elemento esencial del fin del Derecho Penal, a la pena.

Esto es, no solamente en virtud de una conducta, sino que le señala una pena corporal de encierro.

---

[10] ORONOZ SANTANA, Carlos M. ".Manual de Derecho Procesal Penal", 4ª edición, Editorial LIMUSA, México, 2002, p. 20.

No basta que las personas exterioricen su conducta y esa conducta sea atípica, esto es, que se identifique con el tipo penal, se requiere todavía que se inicie una investigación en que se integre el cuerpo del delito y por supuesto que haya un nexo de causalidad, que unifique la conducta con el resultado.

Además de que exista un órgano jurisdiccional con competencia necesaria para establecer la sanción, y no solo eso, sino también las posibilidades de defensa, para que de esta manera, se pueda responder a las acusaciones del Agente del Ministerio Público como órgano representante de la sociedad.

Así tenemos que, esa pena que viene descrita en el tipo, no se va a poder realizar o ejecutar, sino es que el Derecho Penal, tiene como medio el derecho procesal para imponer dicha sanción de la ley.

Y por otro lado, impuesta la sanción, entonces, la misma no se va a imponer solamente para que el reo sufra; sobre quien, necesariamente se pueda rehabilitar y luego cuando compurgue su pena, regrese a la sociedad siendo útil.

Luis Marcó Del Pont, en el momento en que hace alusión a un concepto de Derecho Penitenciario, alude a lo siguiente: "el derecho penitenciario, trata del cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad, y se encuentra dentro del llamado Derecho Ejecutivo Penal, que en forma más amplia se ocupa de la ejecución de todas las penas y medidas de seguridad".[11]

Por lo general se confunde al Derecho Penitenciario con el ejecutivo penal, de aquí la denominación.

Los objetivos del Derecho Penal se cumplen cabalmente, desde el momento en que el legislador hace la descripción de un tipo penal y señala una

---

[11] MARCÓ DEL PONT, Luis. "Derecho Penitenciario", 2ª edición, Cárdenas Editores y Distribuidores, México, 1998, p. 9.

sanción, ésta, se impone, para que el reo que pueda exteriorizar su conducta que se identifique, deba de tener ese término para rehabilitarse, no es para que siga siendo mas delincuente, sino para que se sujete a un procedimiento de rehabilitación. Y con ello el Derecho Penal adquiere su completa eficacia.

1.4. - Como sirve a la sociedad.

La trascendencia jurídica social del Derecho Penal, realmente es importante.

Lo anterior lo decimos, en virtud de que el Derecho Penal, es un sistema normativo a través del cual, da los intereses que la sociedad se ven en un momento determinado debidamente protegidos.

Como consecuencia de lo anterior, la sociedad realmente necesita del Derecho Penal y por lo mismo de las formalidades que éste derecho otorga para llevar a cabo la protección de los bienes que son interesantes y necesarios para la comunidad.

César Augusto Osorio y Nieto, habla de esto, y dice lo siguiente: "El sistema normativo jurídico busca la adecuada convivencia social y la tutela de bienes que representan intereses primordiales para los sujetos; entre esos bienes existen algunos que son indispensables tanto para la vida individual, como para la colectiva, y que son, en particular, fundamentales para esta última, bienes cuya protección debe asegurarse de forma enérgica, entre ellos podemos señalar; la vida, la integridad corporal, libertad, en su sentido amplio, el patrimonio, la libertad sexual y muchos otros, que como se ha expresado, son básicos para la supervivencia y desenvolvimiento de la comunidad; ahora bien, el Estado, titular del poder público, utiliza como instrumento para lograr esa protección

enérgica al Derecho Penal, que es un orden normativo eminentemente protector de los bienes jurídicos fundamentales de los hombres y de la sociedad"[12]

El orden social es uno de los fundamentos principales a través del cual, el mismo derecho que llega, trata de proteger.

Desde lo que es el otorgamiento de las garantías individuales, los ordenamientos constitucionales, civiles, laborales, administrativos, etc., va generando para el conglomerado social, una cierta seguridad jurídica, a través de la cual se asegura su persona, patrimonio y sus derechos.

Esto hace que en la relación intrasocial se pueda llevar a cabo en base, o en función de un ordenamiento normativo que obliga a las conductas a cumplir con ciertos cargos específicos establecidos por la propia ley.

De tal manera, que uno de los conceptos que necesitamos manejar en este momento, será la seguridad jurídica, la cual, en un sentido general, es la algarabía dada al individuo, de que su persona, bienes y sus derechos no sean objeto de ataques violentos, si estos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación. En otros términos, el Estado se obliga y tiene la garantía de que su situación no será modificada, sino por procedimientos societarios y por consecuencia, regulares, legítimos y conforme a la ley, asegurando las condiciones en que puedan realizarse, que reconozca y proteja la esfera de libertad del hombre.

Por consiguiente, como nos hace referencia el autor Eduardo García Máynez, la seguridad jurídica "consiste, en la seguridad de orientación o certeza en el orden y además, en la seguridad de realización o confianza en el orden.

---

[12] OSORIO Y NIETO, César Augusto: "Síntesis del Derecho Penal", 4ª edición, editorial Trillas, México, 2002, pp. 23 y 24.

Siendo que en la seguridad de orientación o certeza del orden, consiste en la claridad, precisión y congruencia de las prescripciones legales, en la actividad jurisdiccional, en la aplicación exacta y en la formación de una jurisprudencia bien definida, para que los destinatarios de las normas de un sistema jurídico, tengan un conocimiento adecuado de los contenidos de dichas normas y por ende, estén en condiciones de orientar su conducta.

Además, de que no sólo se exige el cumplimiento de las normas por los particulares, demanda sobre todo la correcta aplicación de las normas por los órganos del poder público, siendo entonces cuando podemos hablar de la seguridad de realización o confianza en el orden".[13]

En el momento en que se consolida la estructura social, se va a elegir a un cierto gobierno para generar imperativamente su organización.

El contrato social le otorga a este gobierno un poder público basado en el derecho.

El pueblo garantiza esta situación reservándose la formulación del derecho, estableciendo una representatividad de elección popular, nombrando a sus diputados y senadores que van a un Congreso, para que de esta manera se haga una ley que al pueblo le beneficie.

Cuando menos, esta es la teoría y por supuesto el derecho, de tal forma que, a través de esta situación se genera un derecho societario, como lo establecía el autor Rafael Preciado Hernández y este derecho se identifica con la necesidad de la sociedad, puesto que esta creado por la sociedad, en beneficio de esta y de los individuos.

---

[13] GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. "Filosofía del Derecho", 12ª edición, editorial Porrúa, México, 2000, pp. 477 y 478.

De ahí que todo ese dinero que va a obtener el gobierno de impuestos, recursos naturales y de negocios, se destine en la infraestructura de obras y servicios para que la sociedad pueda lograr su desarrollo.

Así, en este ámbito de circunstancias, la misma delimitación del derecho establece al derecho penal, para lograr que esos bienes jurídicos tutelados por la norma, estén suficientemente protegidos por un derecho tan especial, como es el Derecho Penal, que ocupa a la pena corporal o encierro, como una forma intimidatoria a través de la cual logra esa protección.

Ahora bien, Raúl Golstein, cuando nos habla del bien jurídico tutelado, alude a lo siguiente: "el bien jurídico, puede presentarse como objeto de protección de la ley o como objeto de ataque contra el que se dirige el delito, por lo cual no debe confundirse con el objeto de la acción, que contiene al mismo, aclarado el concepto del bien jurídico, que refiere como el interés jurídico protegido, que señala que el bien jurídico no es en bien del derecho, sino en bien de los hombres reconocido y protegido del derecho, por lo siguiente cuando logra los intereses humanos son resultado por el derecho, cuando son sometidos a su regulación, se transforman en bienes jurídicos".[14]

Los bienes que protegen los tipos penales, no son bienes o estructuras de derecho, son bienes sociales, que al grupo comunitario le interesa que queden debidamente protegidos por el Derecho Penal.

De ahí, que el grupo social, trata de asegurar a través de un sistema penal por medio del cual la organización social puede sucumbir.

De tal manera que, el Derecho Penal garantiza esa dinámica social, no solamente a través de lo que serían los delitos económicos o contra consumo, o

[14] GOLSTEIN, Raúl. "Derecho penal y criminología", 4ª edición, editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 85.

los diversos delitos a través de los cuales se protegen bienes jurídicos económicos que a la sociedad le interesa que sean protegidos para su debido desarrollo, sino también va a fijar los tipos para los gobernantes, a fin de que dicho desarrollo pueda ser un éxito.

De ahí, que dentro de la organización social, hemos de observar que la movilidad de la comunidad, los problemas sociales que tratan de la estratificación social, los problemas frente a la delincuencia, etc., van a estar debidamente tratados por medio del mismo Derecho Penal, con el único fin de darle la seguridad jurídica a la sociedad y crear las penas jurídicas de protección a su persona, bienes y derechos.

CAPÍTULO II.

2. - Desglose del artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Derivado de lo que fue la idea plasmada en el capítulo anterior, sobre la eficacia del Derecho Penal y la forma en que sirve a la sociedad, desglosaremos ahora los elementos del tipo que refiere el artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Antes de iniciar el segundo capítulo, queremos hacer la aclaración, como el que, no debemos de olvidar en ningún momento, que el derecho penal no debe de ser utilizado como un sistema a través del cual los grupos dominantes deben de aprovecharse; no, ha de entenderse como la necesidad de proteger a los débiles frente a estos grupos. Debe tomarse en cuenta que los menores de edad, principalmente, no tienen el poder de discernimiento, no saben distinguir entre lo bueno y lo malo, no pueden tener una idea a futuro.

Esto lo decimos, en virtud de que, ya ha sucedido el caso del menor de edad que por simpatía, por amistad, dona su riñón a uno de sus amigos, sin la autorización de sus padres.

Sin duda, este ya no es un beneficio social; si llega a perjudicar a un niño que apenas se desarrolla, con tal de salvar la vida de otro niño, que de alguna manera, simple y sencillamente por explotar la amistad recibe el riñón.

Es preciso que haya mayor conciencia sobre lo que es el trasplante de órganos y por supuesto, más aún, cuando se trata de menores de edad.

De hecho ya se habla de tráfico de órganos de personas secuestradas en México, para ponerlas a disposición en los hospitales de Houston Texas en donde se paga mucho mejor el órgano.

De ahí la necesidad de hacer un análisis del contenido del artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

2.1. - Presentación del tipo.

El artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal dice a la letra: "Si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad, las penas previstas en el articulo anterior se incrementarán en una mitad.

Si la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a círculos de corrupción de menores o traficar con sus órganos, las penas se aumentaran en un tanto".[1]

Nótese como el artículo de referencia va a estar incluido en el título cuarto, que trata sobre los delitos contra la libertad de las personas.

Y se incluye en el capítulo VI sobre la retención o sustracción de menores o incapaces.

De tal manera que se va abriendo desde el punto de vista tipológico, una formulación de una conducta básicamente que atañe a lo que es la libertad de las personas.

[1] NUEVO CÓDIGO PENAL para el Distrito Federal, sin edición, editorial SISTA, México, 2006, p. 148.

Razón por la cual es importante considerar cuando menos una concepción de lo que es la conducta y por supuesto el tipo penal.

Para subrayar el concepto de conducta, citaremos las palabras de la autora Rosangela Murcio Aceves, quien cuando nos da una definición de lo que la conducta es, dice: "el derecho primordialmente tiene la finalidad de regular aquellas situaciones derivadas de la convivencia social que ponga en riesgo o atenten los bienes o intereses jurídicos de sus miembros. Por ello prevé los delitos, tipificando aquellas conductas lesivas de dichas garantías o derechos protegidos.

La conducta es el comportamiento humano positivo o negativo encaminado a producir un resultado delictivo, lo que se traduce en que el comportamiento de los seres humanos puede manifestarse a través de un hacer o no hacer".[2]

La conducta humana, va a reflejar inmediatamente una exteriorización de la voluntad del hombre hacia el exterior, y a través de ésta, logrará modificar dicho mundo exterior.

De tal manera, que gracias a la conducta, el movimiento de la persona, se llevará a cabo en una forma ya sea positiva o negativa, de acción o de omisión, pero siempre teniendo un resultado de tipo delictivo.

Ahora bien, Griselda Amuchategui Requena, en el momento en que hace alusión a un concepto de lo que por tipo debemos de entender, dice: "el tipo es la descripción legal del delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de una figura delictiva, suele hablarse indistintamente del tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquier otra similar... tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la

[2] MURCIO ACEVES, Rosangela. Ob. Cit., pp. 131 y 132.

hipótesis legal, así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley".[3]

Inicialmente lo que el artículo 172 va a exigir, es una conducta tendiente a exteriorizarse en forma activa.

Esto, en virtud de que va a sobrevenir la retención o la sustracción de una persona, como lo describe la hipótesis del artículo ya citado, en relación directa con el precepto 171 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal al señalar que: "Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173 de éste Código, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda".

Además de que el mismo artículo en el párrafo segundo señala la hipótesis de la sustracción, al señalar que: a quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior, es decir que, al que sin tener relación de parentesco o de tutela con un menor de edad o incapaz, sin consentimiento, lo sustraiga de su custodia legítima o su guarda.

En este caso, el sujeto pasivo del delito, está debidamente clasificado, puesto que, dicho sujeto sobre el cual atenta el injusto penal, debe de ser menor de doce años de acuerdo al artículo 172, además, lo puede ser un menor de edad o incapaz, como lo establece el articulo 171 del citado ordenamiento penal.

Si este fin o propósito es incorporarlo a círculos de corrupción de menores o traficar con sus órganos, entonces hemos de observar que la finalidad de la conducta, conlleva no solamente la retención o sustracción, sino tiene ya una finalidad de comercio, en donde hay un ánimo de lucro y por supuesto de una jugosa ganancia.

---

[3] AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. "Derecho penal", 2ª edición, editorial Oxford, México, 2003, p. 56.

De ahí, derivado de la teoría finalista de la acción, es muy importante, considerar que el delito debe separarse, no es lo mismo establecer una sustracción o retención de un menor de 12 años de edad, solamente para privarlo de su libertad, que el tomarlo para comercializar con él.

Este sin duda es uno de los elementos necesarios para considerar lo que sería la autonomía de este tipo.

Así, tenemos que Celestino Porte Pettit Candaudap al hablar sobre la acción finalista, hace alusión a los siguientes datos: "con relación a la acción existen varias teorías, que puede señalarse en el número de tres.

Siendo estas: a) teoría naturalista de la acción, b) teoría social de la acción y c) la teoría finalista de la acción.

Se le denomina acción natural por querer trasladar las leyes de la ciencia de la naturaleza al derecho penal y considerar el cumplimiento del tipo como una simple consecuencia del proceso causal precedente y, cuando nos hace referencia al concepto finalista de la acción, al citar a Richard Bus, quien nos menciona que esta teoría, hace posible, la construcción de un sistema jurídico penal, cuya articulación clara y sencilla, no sólo tiene valor didáctico, que la teoría del delito basada en este sistema, permite resolver en forma dogmática, clara y objetivamente correcta, controversias hasta ahora no dirimidas, y los problemas que se plantean los aclara tanto que en los casos concretos puede encontrarse la decisión correcta; que solo con esto se muestra su superioridad frente al sistema jurídico penal tradicional, además, que la teoría finalista de la acción ofrece el único fundamento de aquella concepción del injusto que incide en las raíces del derecho penal".[4]

[4] PORTE PETTIT CANDAUDAP, Celestino. Ob. Cit., pp. 255 y 257.

Uno de los alegatos que haremos al final de este estudio, tiene sustento en la teoría finalista de la acción, la cual basa su conceptuación en el objetivo directo y además final de la conducta.

Se tiene que recordar que en esta teoría, tiene sustento a partir de los trabajos de Hans Welzel, que si bien el delito parte de una acción y esta es una conducta humana voluntaria, la misma tiene como finalidad, un fin, con fundamento en el contenido de la voluntad.

El legislador debe, con base en la estructura permanente de la teoría del delito, partiendo de los conceptos de acción, antijuridicidad y culpabilidad, seleccionar grados de reproche, no solamente a título de doloso, sino también a título de culposo, pero apoyado siempre en la estructura de la culpabilidad.

Esta teoría, da solución técnica y practica a problemas, como son los relativos a la tentativa, la participación, la autoría, extc. Que en la causalista no se resolvía satisfactoriamente.

Ahora bien, para la teoría finalista , la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista, que se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de sus objetivos.

La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo y pasa por dos fases, una interna y otra externa.

En la fase interna, la cual se produce en la esfera del pensamiento del autor del delito, se propone anticipadamente su realización de un fin, este es de cometer el delito, y para llevar a cabo este, selecciona medios necesarios, incluso

objetivos secundarios que se vinculan con el empleo de los medios, que pueden ser relevantes o irrelevantes para el Derecho Penal.

Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor del delito procede a su realización en el mundo externo, lo pone en marcha conforme a un plan y su actuar dominado por la finalidad, procura alcanzar la meta propuesta para delinquir, llegando esta a la fase externa.

Debemos partir, de que el hombre se propone fines para su actuar, cuenta con una libertad de voluntad, libertad que no es absoluta y esta sujeta a limitantes que en aluna forma pueden constreñir su voluntad, pero aún así, el autor está en posibilidad de proponerse fines y de emplear medios para la obtención de esos fines, siendo esta la base para reprocharle la decisión de optar por una conducta antijurídica y poder imponer las penas al realizar el juicio de reproche.

Una vez que el hombre se fija un objetivo, tomando en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de los medios, para lograr el fin, su acción tipificada en la ley, podrá ser dolosa o culposa.

El autor de la acción finalista, actúa con dolo y esta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista.

Encontrándose así, que el dolo y la culpa, se van a ubicar, ya no a nivel de culpabilidad, sino a nivel de la acción típica o dicho en otras palabras, dentro del tipo penal.

El dolo y la culpa van a dejar de ser especies o formas de la culpabilidad, como lo había aceptado la teoría causalista, ahora estos constituyen el fin de la acción.

Es en la acción donde se plantea el dolo, ya directo o indirecto y la culpa con o sin representación.

En cuanto al dolo o mejor dicho, a la acción dolosa, no se encuentra mayor problema en establecer que el sujeto, al actuar, lo hace con un propósito o fin. El hombre piensa y luego actúa, en consecuencia a su pensamiento.

La omisión concebida en la teoría finalista, se encuentra dentro del concepto de la conducta humana, es decir, el concepto de la acción abarca también a la omisión.

Señalando esta teoría, que la acción y la omisión, son dirigidos a un fin determinado y este fin perseguido por la omisión, como el fin propuesto por la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto, basta para convertir, una inactividad en omisión.

En la omisión simple se habla del nexo jurídico, mientras en los delitos de comisión por omisión en que se da un resultado material, el nexo causal se plantea en la posibilidad de que el resultado no se hubiera producido, si el sujeto al realizar su acción ordenada por la ley, teniendo el deber jurídico de obrar con la consecuente posición de garante del bien jurídico tutelado, tiene el deber jurídico de evitar el resultado, posición que se desprende de la ley, cuando esta señala al sujeto determinados deberes, cuyo cumplimiento derivan de su cargo, profesión, empleo, lazos familiares, extc.

Así, en la omisión simple o en la llamada comisión por omisión, encontramos un deber jurídico impuesto por la norma, y una obligación específica de quien debe cumplir con ese deber, también llamado posición de garante.

El resultado, como producto de una acción finalista, se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias

de su actividad, dirigidas de acuerdo a un plan o la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer, columna vertebral de la acción final.

Para que sean típicos la acción y la omisión, deben tener una finalidad, entonces se matizan de dolo o culpa, según que la conducta se dirija a la obtención voluntaria del fin, o bien, que esa voluntad del sujeto activo, debió prever dentro de los límites exigibles, el carácter dañoso de su omisión.

En este punto, la acción u omisión, se convierten en un concepto objetivo y subjetivo, dejando de ser sólo objetivo, como lo era para el sistema causalista.

Objetivo en cuanto, que la voluntad se manifiesta por el movimiento corporal o por su ausencia, ya de acción u omisión.

Subjetivo, porque la voluntad la proyecta en forma dolosa o culposa.

En este orden de ideas, el tipo está compuesto por elementos objetivos y subjetivos, de ahí que a nivel de tipicidad, deben tenerse en cuenta, el contenido de esa voluntad. Por eso el tipo de injusto, tiene una vertiente objetiva, llamado tipo objetivo, así como una subjetiva o llamado tipo subjetivo.

El dolo y la culpa, se colocan ahora como elementos del tipo y no como elementos o especies de culpabilidad, como lo hace el sistema causalista.

En el caso que nos ocupa, el bien jurídico tutelado, no es simplemente el hecho de llevar a cabo la retención o sustracción, sino que va mucho más lejos, desde lo que es el tener al menor de edad en una situación de corrupción, en cualquiera de sus modalidades o para traficar con sus órganos.

De tal manera que la naturaleza de este delito, puede también ser considerada como un delito internacional, en virtud de que por lo regular, se secuestra al sujeto pasivo del delito en un lugar para colocarlo en otro, y por lo tanto, entra en lo que sería el comercio de seres humanos.

Sobre de este delito, vamos a encontrar que el comercio de seres humanos puede llevarse, ya sea para que el niño se convierta en “esclavo”; o bien para que sea vendido a una pareja que tal vez no puede tener hijos y de esa manera lo puedan adoptar.

O bien para que a los niños puedan someterlos a la prostitución, que hace, que este tipo de delitos sea básicamente reconocido a nivel internacional.

Igor Karpets dice: “un delito de carácter internacional como la trata de mujeres, puede darse en dos formas. La primera vender a las mujeres y niños como esclavos. Esto es vergonzoso pero ha existido durante muchos siglos y refleja la falta de derechos de las mujeres en la sociedad explotadora. Los esclavistas de los tiempos antiguos y posteriores vendían y cambiaban mujeres con sus hijos o los separaban de estos, y los regalaban. Los mercados de esclavas principalmente en África y en Oriente, eran un fenómeno tan natural como los mercados de frutas. Sin embargo la gente comenzó a comprender gradualmente el carácter tan humillante que tiene esta clase de explotación, empezaron las limitaciones y después, los acuerdos entre estados para luchar contra la trata de mujeres y niños. Pues el tráfico incidía en su aspecto puro en el concepto de esclavitud y el comercio de personas”.[5]

Pudiendo darse que la conducta sea supranacional, para el supuesto que nos señala el autor Igor Karpets y como consecuencia de esto, las situaciones básicas para esta fuera federal, pudiéndose dar la hipótesis de que sea también un tipo local como incide en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Evidentemente, que este tipo de delitos, que se refiere a la privación de personas o secuestro de personas, también son tratados en una forma federal, cuando estos, son exportados hacía otros países para convertirlos en prostitutas,

[5] KARPETS, Igor: “Delitos de carácter internacional”, 3ª edición, editorial Progreso, Moscú Rusia, 2000, p. 252.

esclavos, dados en adopción, o bien desmantelarlos en el gran negocio actual que significa el tráfico de órganos humanos, pero también de forma local cuando solo se produce el efecto dentro del territorio de alguna entidad federativa o en el presente caso, dentro del territorio del Distrito Federal.

2.2.- El bien jurídico tutelado.

El injusto que provoca la conducta delictiva, no es en si tan solo lo que sería la privación de la libertad personal a través de la retención y sustracción de menores.

Aquí, la situación va todavía más lejos, puesto que, en el momento en que el menor de edad es puesto en lugar de corrupción en cualquiera de sus modalidades, ya se establece otro tipo de delitos como es el de corrupción de menores establecido en el artículo 183, o como lo establece el artículo 172 para traficar con sus órganos, de tal manera, que la prolongación de la retención da pauta para que el retenedor pueda lograr incluso hasta ganancias.

Sin duda el bien jurídico tutelado no es lo mismo en cada una de las hipótesis antes señaladas.

De ahí que, inicialmente vamos a tener una conceptuación de lo que por bien jurídico tutelado debemos entender.

Y para esto, vamos a citar a Raúl Golstein, quien en el momento en que alude a este concepto, menciona lo siguiente: “el bien jurídico protegido es el interés medio genérico, teniendo en cuenta en el orden jurídico de cuya lesión constituye el contenido material del injusto. El bien jurídico, así entendido, puede presentarse como objeto de protección de la ley o como objeto de ataque contra el que se dirige el delito, por lo cual no debe confundírsele con el objeto de la acción que pertenece al mundo sensible. Aclarando el concepto del bien jurídico,

que se define como interés jurídico protegido, que señala que el bien jurídico no es un bien del derecho, sino un bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho".[6]

La actividad del inculpado, se convierte en antijurídica, en el momento en que lleva a cabo la lesión del bien jurídico tutelado por la norma.

Dicho de otra manera, en el momento en que se detiene a un menor de edad, se tiene ya un cierto fin y se comete una serie de delitos que se deben de acumular y que de alguna manera, el artículo 172 los condensa tan solo con decir que la sustracción sea con propósito de incorporar al menor a los círculos de corrupción o traficar con sus órganos.

De tal manera, que la conducta antijurídica que desplega, pues evidentemente no es tan solo el hecho de retenerlo o sustraerlo, sino que la antijuridicidad de la conducta va todavía mucho más lejos que ella.

Así, para entender este concepto de la conducta antijurídica, es importante tener una definición de la misma y por ende ya hemos citado las palabras de Sergio Vela Treviño, quien cuando hace alusión al concepto de antijuridicidad, menciona lo siguiente: "la antijuridicidad es el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.

Conforme a lo anterior, los elementos de la antijuridicidad conceptualmente entendiéndolos, son:

a) Una conducta típica.
b) Una norma jurídica, incluyendo en ella la de cultura que precede

[6] GOLSTEIN, Raúl. Ob. Cit., p. 85.

c) Un juicio valorativo, objetivo

d) Un resultado declarativo de contradicción".[7]

La antijuridicidad, entendida como el autor citado nos la ha explicado, no va a una simple retención o sustracción, por lo que definitivamente está sustentada nuestra hipótesis en el sentido de considerar en relación el hecho autónomo y su persecución puede ser tanto local, como también federal, esto para lograr la efectividad en la protección jurídica que el derecho penal intenta ofrecer a la sociedad.

Es aquí donde debemos de recordar algunos postulados establecidos en el capítulo anterior, de la manera como el Derecho Penal protege los intereses de la sociedad.

Esto es, por la intimidación en la ejecución de una pena corporal, a través de la cual, el delincuente, deba de rendir cuentas hacia una justicia que al fin, lo va a encerrar en una celda o en una cárcel.

De esa manera el Derecho Penal atiende la posibilidad de protección a los intereses o bienes jurídicos que el propio tipo tutela.

En este caso, resulta evidente que el bien jurídico tutelado, básicamente corresponde a un delito contra la libertad personal, por la retención y sustracción, es decir, se tutela la libertad física y el libre tránsito de las personas, aunque también la integridad de la familia.

Para el delito de corrupción, el cual ya se encuentra debidamente tipificado y sancionado por los artículos 183 a 186 del nuevo Código sustantivo para el Distrito Federal, la conducta es que; por cualquier medio, procure, induzca, facilite

---

[7] VELA TREVIÑO, Sergio: "Antijuridicidad y justificación", 5ª edición, editorial Trillas, México, 1999, p. 130

el que una persona menor de edad o quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, realice actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, prostitución, ebriedad, etc, con lo cual evidentemente se contempla ya este delito, además de que el mismo, tiene un bien jurídico tutelado diferente a la libertad personal, es decir, para la corrupción lo que se tutela es la moral pública, las buenas costumbres, la integridad moral de los menores y su seguridad.

El tráfico de órganos de menores, no está debidamente definido en nuestro Código sustantivo, pero si está establecido en la Ley General de Salud en sus artículos 317 al 350 bis, en relación, a los artículos que sancionan dicha conducta como son del 462 y 462 bis, precisando que para este delito el bien jurídico tutelado es la SALUD Y LA VIDA, como en el siguiente capitulo se verá.

El bien jurídico penal tutelado es diferente en cada uno de los casos señalados, y a pesar de que de alguna manera es de considerase que el tipo penal del artículo 172 puede llegar a ser efectivo en la sociedad, esto es todavía prematuro decirlo, puesto que aún le faltan algunas observaciones que vamos a desglosar.

2.3.- La retención y sustracción, definición en relación a la falta de libertad.

Uno de los valores más protegidos por la sociedad y del ser humano, ha sido sin lugar a dudas la libertad del hombre.

De tal manera, que esta libertad se ha tratado de proteger de varias formas y por lo mismo, el hecho de que a alguna persona deba necesariamente de respetarse su libertad, hace que con respecto a todos y cada uno de los miembros del grupo social, ocurra lo mismo.

El retener a una persona o sustraerla, va a hacer que se cometa un delito en su contra, en virtud de que como hemos visto, la libertad, es un valor protegido por la legislación penal principalmente y por supuesto, por otro tipo de legislaciones.

El concepto de la retención será estudiado, en relación con lo que sería la estructura del tipo penal, para considerar si este concepto de retención está bien utilizado o de alguna manera, podría significar otra situación diferente.

Así tenemos, como en la enciclopedia jurídica Omeba, en el momento en que hace alusión al concepto de la retención, explica lo siguiente: "Gramaticalmente retención es la acción y el efecto de retener, o sea, detener, conservar, guardar en sí. Tiene otras acepciones que carecen de sentido jurídico. En derecho se habla también de retener, en el sentido de suspender en todo o en parte el pago del sueldo, salario u otro haber que uno ha devengado hasta que satisfaga lo que debe por disposición judicial o gubernativa y asimismo asumir un tribunal superior la jurisdicción para ejercitarla por sí con exclusión del inferior. En consecuencia, la retención puede tener tanto el carácter de una obligatoriedad como el de un derecho. Así, por ejemplo, constituye una obligación cuando la ley impone a una persona individual o jurídica el deber de conservar en su poder una cosa o cantidad para darle posteriormente el destino que marque la ley. Los patrones están obligados a retener la aportación de sus empleados".[8]

El efecto de retener, realmente no es exactamente que el de sustraer.

Conservar, detener, guardar a una persona va a significar esa retención de dicha persona.

[8] ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires Argentina, 1987, tomo XXIV, p. 988.

La naturaleza de la retención, presume el hecho de haber ejercido previamente por el poseedor una cierta posibilidad de poder, posesión material e ilegítima sobre una persona; puesto que se le está reteniendo, esto presupone el hecho de que ya anteriormente se tenía.

De ahí que el concepto de retención, como bien jurídico tutelado por el artículo 172 que estudiamos, realmente podría estar mal empleado de lo que es claramente una descripción de una privación de la libertad.

Al parecer el legislador considera que la retención, puede darse de origen cuando en primera instancia, a una persona y en este caso a un menor de 12 años, se le va a privar de la libertad personal.

Como vimos, la enciclopedia jurídica Omeba, habla de retención más que nada presuponiendo el hecho de que ya se tenía un cierto poder real y material sobre la persona o cosa.

El Diccionario jurídico ABELEDO-PERROT, nos define la retención, como: "el derecho del tenedor de una cosa a tenerla, mientras no se cumpla la prestación que le es debida, generalmente paga de un precio o saldo del precio".[9]

El Diccionario para juristas de JUAN PALOMAR DE MIGUEL, nos define retención como: "conservar, detener, guardar en sí".[10]

Pero en todos ellos presupone el hecho de la posesión ilegítima de la cosa retenida por el tenedor o poseedor de ella, cuando no la devuelve, no obstante, de ser requerido formalmente para ello por el titular del derecho o bien, no la entrega a la autoridad para que ésta disponga conforme legalmente proceda.

---

[9] GARRONE, José Alberto. "Diccionario jurídico ABELEDO PERROT", sin edición, Buenos Aires, Argentina, 1986, tomo III, p. 324.
[10] PALOMAR DE MIGUEL, Juan. "Diccionario para juristas", editorial Porrúa, México, 2000, tomo II, p. 1381

En lo que sería la sustracción, su concepto, denota mas la forma de sustraer o de restarle una cierta situación de cantidad o de algunas unidades.

La interpretación que hace el diccionario Español sobre la sustracción, consiste en: “el robo, el hurto, la sustracción de una cartera”.[11]

Así, en ese orden de ideas, el diccionario para juristas, nos conceptúa sustraer como: “substraer, como separar, apartar, extraer, hurtar o robar”.[12]

El concepto de robo para el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, también ha variado, y ese ánimo de dominio que menciona el tipo penal, es bastante objetable, y en cierta manera no es en sí muy utilizable para lo que es el delito de robo, en donde básicamente se lleva a cabo el apoderamiento de un objeto mueble.

Como consecuencia de lo anterior, el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, presenta fallas en su elaboración, para que realmente sirva a la sociedad.

Por ejemplo, el artículo 220 que se refiere al delito de robo, establece un ánimo de dominio, pero realmente este ánimo de dominio resulta ser un derecho real, puesto que el dominio lo tiene aquella persona que por disposición de la ley puede disponer del objeto.

Así tenemos como básicamente, es al que se apodera de un bien ajeno, sin derecho y sin consentimiento.

Pero no es aquella persona que con ánimo de dominio se apodera del objeto; este ánimo de dominio se demuestra a través del contrato de compraventa,

---

[11] DICCIONARIO LAROUSSE, México, 2003, p. 715
[12] PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Ob. Cit., p. 1498.

en donde se trasmitió el dominio de la cosa; y lo que se hace en el robo es violentamente un apoderamiento que lo conduce al sujeto activo del delito, al que como resultado de ese apoderamiento, pueda dominar la cosa apoderada, debe ser un poder real y material para disponer de ella, pero nunca va a tener el dominio de ella; porque el dominio básicamente resulta de la propiedad; el hecho de disponer plenamente sobre la cosas de una manera erga ones; esto es oponible a la universalidad de sujetos.

Y en el caso del apoderamiento de bienes ilícitamente, es evidente que no se puede oponer a nadie, ni mucho menos al propietario; e incluso, es materia de delito.

La pena es la corriente utilizada para la redacción del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, pero es bastante criticable y en si es un gran problema el hecho de que realmente no proteja suficientemente a la sociedad tal y como desde el punto de vista doctrinario el Derecho Penal debe de realizar esa protección.

2.4.- La sustracción de menores.

Si tomamos la concepción que el diccionario castellano nos ha ofrecido sobre la sustracción, se podría pensar que el caso de sustracción es sinónimo de robo de menores, lo cual no es y podría confundirse con nuestro tema de estudio, ya que la sustracción de menores, no es otra cosa que el hecho de separar, extraerlo, apartar, por la fuerza a los niños de su hogar.

Sin duda, apoderarse de una persona, es ejercer sobre ella, un poder real y material a través del cual pueda disponer de dicha persona aunque de forma ilícita.

Como consecuencia de lo anterior, para observar la sustracción de menores sería conveniente establecer desde lo que es el derecho civil, como es que la propiedad va a estar basada y por supuesto, como es que legalmente dicha propiedad puede ser trasmitida.

Para esto, hemos de considerar las palabras de Fernando Floresgómez González y Gustavo Carvajal Moreno quienes en el momento en que nos hablan de lo que son los bienes y la propiedad en el derecho civil, establecen los siguientes datos: "se ha definido este atributo de la personalidad como un conjunto de obligaciones y derechos apreciables en dinero. De este modo el patrimonio de las personas se integra siempre por un conjunto de bienes, derechos, así como de obligaciones y cargos; pero es necesario que estos derechos y obligaciones integrantes del patrimonio sean siempre valorizados en dinero como elemento del patrimonio, debemos de encontrar la propiedad del organismo -*dominio*- y por lo tanto la posibilidad de dominarlo y de poder disponer de ellos, con toda la libertad posible y frente a la universalidad del individuo."[13]

El patrimonio y la formación de la personalidad de un ser, son situaciones totalmente diferentes; es el individuo que domina a los objetos, de los cuales puede disponer libremente de ellos, pero ya en el momento en que se retiene o sustrae a un menor de edad las situaciones ya no caen dentro de las situaciones de dominio, sino dentro del apoderamiento ilícito exclusivamente.

No podemos hablar suficientemente de lo que sería un acto de dominio en el momento en que una persona se apodera de otra, por que simple y sencillamente, las personas no estamos lícitamente en el comercio, como lo establece la Ley General de Salud, al señalar, que está prohibido el comercio de órganos, como lo veremos detalladamente en el siguiente capítulo.

---

[13] FLORESGÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando y Carvajal Moreno, Gustavo. "Nociones de derecho positivo mexicano", 42ª edición, editorial Porúa S.A., México, 2002, p. 276

Aunque las personas no están dentro del comercio, pues a la mera hora si hay un comercio de personas, sin regulación, pero si notamos el derecho laboral, veremos que hasta existe un cuadro de la cantidad de liquidación de indemnización que tiene que ser pagada por cada uno de sus órganos; tabla en la cual se basa el Código Penal para elaborar la reparación del daño en algunos delitos específicos.

La idea de por sí ya es delicada frente al apoderamiento de bienes muebles, como para que todavía, ese apoderamiento se pretenda recaiga sobre un menor de edad.

Es notable que la ventaja como calificativa de la culpabilidad refleja un dolo evidente.

Dicho de otra manera, se escogen a los menores de edad, porque en primer lugar son más dóciles, más fáciles de convencer y de dominar.

La culpabilidad del delito, evidentemente es de naturaleza dolosa, hay una total intencionalidad de ejercer un poder real y material sobre el sujeto pasivo del delito.

Un menor de edad, todavía encontrará mayores lesiones a futuro, cuando el mismo, va a ser ofrecido en corrupción para ejercer la prostitución, o bien, va a ser lesionado para poder obtener sus órganos y comercializar con ellos, pese a costa de su propia vida, la cual desde el primer momento se pone en riesgo, por considerarse que algunos de los órganos son vitales, o que dejen una incapacidad permanente en el mismo.

Estamos frente a una actitud culpable, evidentemente dolosa, que debe necesariamente de sancionarse en forma autónoma, ya que cada una de las conductas y bienes jurídicos tutelados son diferentes.

Con respecto a esta culpabilidad dolosa y finalista, Raúl Carrancá y Trujillo, menciona lo siguiente: "De lo dicho parece que para nuestra ley penal el dolo puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea de dañar. La acción deberá estar calificada por dañada intención para reputársele dolosa. Obrará, pues con dañada intención aquel que en su conciencia haya admitido causar un ilícito, representándose las circunstancias y significación de la acción. En querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal del dolo".[14]

Una conducta de acción necesariamente y por supuesto antijurídica, y claro está que ninguna causa de justificación propiciará el hecho de retener o sustraer, dicho en otras palabras, de privar de la libertad a un menor de edad para exponerlo a la prostitución o bien para lesionarlo y obtener sus órganos para ofrecerlos a la venta a quien en su momento dado pague el mejor precio.

No se hace esto por legítima defensa, cumplimiento de un deber, obediencia jerárquica, ni mucho menos por estado de necesidad.

Se hace por mentes perturbadas que se aprovechan y abusan de personas de mediana estatura o de baja estatura, que no refleja ningún problema para apoderarse de ellos.

De ahí, que evidentemente las situaciones son totalmente distintas a una mera retención o sustracción de menores.

La corrupción y peligrosidad del sujeto activo de éste tipo de delitos, todavía va mucho más allá que la intencionalidad dolosa de una retención o sustracción simple.

---

[14] CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Ob. Cit., pp. 441 y 442.

2.5.- El tráfico de órganos como fin diverso a la privación de la libertad personal.

Independientemente que en el capítulo tercero hablaremos de todo lo que es la donación de órganos desde el punto de vista de la necesidad social de está, es necesario observar cual ha sido la respuesta social a la evolución moderna.

En este inciso, vamos a tratar todo lo que es el tráfico de órganos pero desde el punto de vista delictivo del artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, ya que en el capítulo tercero hablaremos con mayor extensión sobre lo que es el tráfico de órganos.

El hecho de atrapar a un menor de edad tan solo para hacer cualquier acto delictivo –lesivo- de por sí ya es criminal.

La consideración criminal, corre en el sentido de que el artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal no trata con relevancia lo que realmente tiene que ser en la protección penal de los menores de edad.

Debemos de recordar que los síndromes de niño maltratado, niño de la calle, abandonado, la desintegración familiar, la violencia dentro de la familia, son situaciones que forman parte de lo que ahora se conoce como la crisis dentro de la familia.

Situaciones todas estas que debería de proteger la ley y que en realidad no lo hace, esto es, realmente hay varias legislaciones que protegen la integración familiar, lo que falla básicamente es el justo reparto de la riqueza, que produce una gran frustración dentro de las personas, que los hace delinquir por su malestar.

En el momento en que surgen los trasplantes de órganos y se emplean o valorizan los órganos del ser humano, entonces el ser humano se convierte en mercancía para ser explotado, de hecho, ya lo era, como Igor Karpets lo dijo en su exposición, al hablar del delito internacional, como es el tráfico de personas.

A ese tráfico de personas se le agrega un negocio más, que es el de tráfico de órganos de personas.

No debemos de olvidar, que el Derecho Penal trata de intimidar las conductas a través de señalar un tipo penal con una sanción privativa de libertad, que constituye una amenaza en contra del individuo que se determina a delinquir.

Esto genera un carácter preventivo del Derecho Penal. Pero en el caso a estudio no se logra, ya que, para éste, se requiere que exista una retención o sustracción de menores o incapaces y que se pretenda la corrupción de estos o que se trafique con sus órganos, siendo éste ya un tipo penal subordinado, por depender del tipo penal de la privación de la libertad del menor retenido o sustraído y por el delito de corrupción, que como ya lo manifestamos, ya está debidamente tipificado en los artículos 183 a 186 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal

El delito de Tráfico de órganos, debe considerarse un tipo especial, ya que debe ser autónomo, como ya en repetidas ocasiones se ha dicho.

Esto, porque en el momento en que el autor del delito, al realizar su conducta voluntaria, sobre la base del conocimiento, que es el traficar con los órganos, puede prever determinadas consecuencias posibles de su actividad, proponiéndose objetivos de distinta índole y dirigir su actuar, según un plan tendiente a la obtención de ese objetivo. Empleándose incluso como medio la privación de la libertad.

Una vez que traza su objetivo, emplea los medios para lograr este, tomando en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios y realiza su acción con un fin o propósito.

Es de aclarar, que los tipos penales de retención y sustracción de menores, tienen su fundamento en el numeral 366 quáter del Código Penal para el Distrito Federal ya abrogado, el cual tutela la libertad, libre tránsito y la familia, ya que esta retención o sustracción es con el ánimo, de cambiarlo de domicilio, impidiendo que regrese al mismo y con la finalidad de no permitir que los padres o parientes convivan con éste. Sin que se pretenda realizar otra conducta o delito.

Si esta retención o sustracción se hace con el propósito de entregarlo a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se habla ya de un tráfico de menores, establecido en el dispositivo 169 del Código Penal.

Aún más, si se señala en el segundo párrafo del artículo 172 en estudio, este fuera con el propósito de incorporar al menor a círculos de corrupción, se trata ya del delito de Corrupción de menores y por tanto, no es posible que se integren diversos delitos en la retención o sustracción de menores.

CAPÍTULO III.

3. – La donación de órganos como necesidad social.

La donación de órganos humanos es un tema obligatorio de reflexión universal, por lo inesperado de su aparición en el mundo terapéutico y por su problemática interna para la obtención de estos órganos, ya que a pesar de la existencia de la Ley General de Salud y su reglamentación, se cuenta con otra preocupación, como es la de algunos donadores que se han visto implicados en averiguaciones previas o situaciones legales, que han condicionado en ocasiones, que el grupo médico de trasplantes, se vea también involucrado en este tipo de situaciones.

Así también, se tiene la inquietud espiritual y cultural de las personas que no ven "con buenos ojos", el hecho de que al morir, su cuerpo o materia, se mutilen o extirpen sus órganos, por cuya razón, estas no dan la autorización para que su cuerpo después de acaecer su muerte, pueda ser donado en parte, para extirpar órganos útiles que potencialmente salven la vida de otros, que por enfermedades se ven obligados a que se les trasplante algún órgano, para tratar de vivir el mayor tiempo posible.

Por todo esto, la sociedad ha llevado a cabo campañas publicitarias de donación de órganos para después de la muerte, lo cual requiere una amplia comprensión de la sociedad aún renuente en esta práctica médica, con lo cual no se han logrado los resultados esperados en la obtención de órganos, pues el número de trasplantes está muy por debajo de las necesidades de la población y estos crecen día con día.

El auge en la ciencia médica del trasplante, ha creado diversas organizaciones locales, nacionales y regionales, así como mundiales, para

allegarse de recursos y efectuar el intercambio de conocimientos y experiencias en los avances médicos del mundo de los trasplantes, para poner en práctica las diversas acciones, superar el proceso de la procuración de órganos y aumentar la cooperación social.

Las campañas de publicidad se enfrentan con algunos aspectos negativos, como son; la confusión en el público, quienes no aceptan fácilmente la idea de donar sus órganos, la falta de información respecto de estas donaciones y la desinformación cultural, religiosa y legal.

Por consiguiente, existe la exigencia social de cubrir las necesidades de los trasplantes de órganos en los pacientes, ya que el requerimiento de los enfermos es cada día más urgente.

Al hacer un poco de historia, vemos que el primer trasplante de riñón, se efectúo en nuestro país en 1963, en el Instituto Mexicano del Seguro Social, desde entonces se han abierto más de 85 Centros de Trasplante renal y 75 Centros de Trasplante de corneas.

Actualmente, existen lugares de trasplantes en 21 de las 32 entidades federativas del país; es en el Distrito Federal, donde se localiza el mayor número de ellos.

"Con más de 80 centros de trasplantes, México es uno de los países con mayor actividad de trasplantes en América Latina". [1]

Aunque la literatura médica contemporánea limita a la historia de los trasplantes al último siglo y le da crédito al cirujano suizo Jacquet Riverton como el primero en intentar un trasplante, existen cuentos mitológicos de varias culturas

[1] TREVIÑO BECERRA, Alejandro. "Trasplantes de órganos y tejidos", Estado actual de los trasplantes de órganos en México, Academia mexicana de cirugía, 1ª edición, editorial JGH, México, 1997, pp. 15 a 17.

religiosas, incluyendo entre otras a la hindú, china, egipcia, que sugieren que la idea del trasplante, puede ser mucho más antigua, como la que, en el siglo II a. C., los cirujanos chinos Thua T´o y Pien Ch´iso, aparentemente trasplantaron una variedad de órganos y tejidos; haciéndose mención a injertos de frente, cuello, nariz, oído y mejilla, para tratar las mutilaciones, se encuentra en el libro de texto de sánscrito de la India el Sushruta Shamhita.

Debemos tomar en cuenta, que el trasplante comienza alrededor de 1743, con la práctica del trasplante de una parte de una planta a otra, que comúnmente se le denominaba "injerto", para posteriormente continuar con los trasplantes de anfibios, como rana o sapos, en los años de 1894 a 1897 con el doctor Born, para seguir los estudios con diversos animales.

Aunque con un regreso drástico en la historia, es de señalarse, que en 1670 Macren, injertó hueso de perro en el hombre, con buen resultado clínico.

Entre los años de 1885 a 1890 aparecieron una serie de comunicaciones de Peterson e Ivanova, describiendo ensayos infructuosos de injerto de piel de cadáver y de piel de rana en pacientes.

Ya a principios del siglo XX, con Elanskii, que en 1923, realizo injertos de piel entre personas del mismo y diferente grupo sanguíneo.

Entre 1936 y 1949 Varony, cirujano ruso, llevo a cabo cinco trasplantes renales sin éxito, siendo hasta 1954 cuando Joseph E. Murria trasplantó un riñón de un gemelo sano a otro enfermo, en la región pélvica, siendo excelente y de sobrevida prolongada.

Entre 1954 y 1962, se trasplantaron más órganos entre gemelos idénticos y se llevaron a cabo algunos ensayos experimentales, siendo a partir de 1965 que el trasplante de riñón se convierte en una practica de rutina.

El trasplante hepático clínico, también tuvo sus orígenes en los laboratorios de los doctores Starzl y Moore hacia finales de los años cincuenta y a principios de los sesenta. Ya para 1963 Starzl llevó a cabo el primer trasplante hepático humano con resultados poco satisfactorios. No fue sino hasta 1967, en que se realizó un trasplante hepático con resultados favorables. A partir de 1975 el número de casos de trasplante de hígado se empieza a realizar como rutinario.

Por cuanto respecta al primer trasplante de páncreas, este fue realizado en 1966 por los doctores Kelly y Lellehei de la Universidad de Minessota. Pero se tiene el antecedente que en el año de 1913 Hedon injertó un segmento de páncreas en el cuello de un perro diabético, observándose una baja transitoria en la glucosa sanguínea.

En cuanto al trasplante cardíaco, tuvo sus orígenes en 1905 cuando Carrel y Guthrie llevaron a cabo el primer trasplante cardíaco canino en el cuello del receptor, estos trabajos se vieron truncados por problemas de coagulación. Continuándose con la investigación nuevamente hasta 1964, cuando Ardí realizo el primer xenoinjerto cardiaco de chimpancé a un paciente de 68 años, el cual sólo vivió por una hora.

En 1967 el doctor Bernard de Sudáfrica, llevó a cabo el primer trasplante cardíaco exitoso en un hombre de 54 años, el cual sobrevivió 18 días, falleciendo a consecuencias de una neumonía, al poco tiempo se intentaron numerosos intentos de trasplante cardíaco, principalmente en París, Londres y en los Estados Unidos de Norteamérica, fundamentalmente en Houston, Texas, aunque la mayoría de los pacientes morían pronto, siendo de resultados catastróficos. Continuándose con las investigaciones en este campo y es hasta la década de los ochentas que da inicio la era moderna del trasplante cardíaco.

Con lo cual vemos que existe una gran necesidad social de donación de órganos humanos, ya que su trasplante ha dado vida y esperanza a más de medio millón de personas alrededor del mundo.

Las campañas en México de donación de órganos, como “soy un donador de todo corazón”, ha impulsado a la gente a donar sus órganos para después de su muerte.

Todo esto, en virtud de que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, ya que con ella se busca el bienestar físico y mental del hombre, la prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana, la protección de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social, la extensión de actividades solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.

Lo cual tiene sustento en los derechos de la personalidad del hombre, como facultad que corresponden a este y garantizan a la persona como ente jurídico de derechos y obligaciones, el goce de las facultades del cuerpo, como atributo esencial de la misma naturaleza humana y que pretenden la protección de determinados bienes, incluso frente al propio titular, es decir, frente a la misma persona y sus posibilidades de disposición de los bienes protegidos y ante terceros en su carácter de particulares.

Sosteniendo que el hombre, si tiene derechos sobre su propio cuerpo, cuando pretende disponer de él, para beneficio de otro, por ser un derecho inalienable, imprescriptible y extrapatrimonial de la persona, pero no puede disponer de su vida, ni atentar contra la misma.

Así podemos señalar que entre los derechos de la personalidad, para donación y disposición de órganos, se encuentran los siguientes:

1.- Derecho a la vida, integridad física y corporal.

2.- Derecho de disposición del propio cuerpo y cadáver.

El derecho a la vida, es esencial entre los derechos de la personalidad, ya que sin este, no existirían los demás, siendo el bien supremo del hombre para disfrute de los demás bienes complementarios. Frente a este trascendental derecho, no cabe un derecho a la muerte.

Este derecho a la vida es innato a toda persona, por el simple hecho de existir y debe ser respetado incluso por el propio Derecho.

Sin embargo, existen situaciones, en las que de acuerdo a la ley, este derecho no es absoluto, como en el caso de la pena de muerte que en algunos países aún existe. La cual ya no se encuentra contemplada en nuestra legislación.

Podemos afirmar que todo hombre tiene derecho a vivir y el deber de hacerlo; la vida tiene un fin superior, más allá del propio sujeto.

De lo anterior podemos concluir, que el hombre tiene derecho a la vida, no puede disponer de su vida o atentar contra la misma.

El derecho a vivir se genera desde el momento de la concepción del individuo y aunque, este no ha nacido, tiene el mismo derecho a la vida, como lo establece el artículo 22 del Código Civil, al señalar, que 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.

Más aún, en nuestras leyes no tiene cabida, que alguna persona sea privado de la vida, se le cause algún daño en su integridad física y corporal, como lo establecen los delitos de homicidio o lesiones.

En cuanto al derecho de disposición del propio cuerpo y cadáver, es un derecho tan especial según el objeto sobre el cual recae, y debe ejercitarse de modo adecuado y la prohibición es que el sujeto no puede disponer de su propia vida o poner en peligro esta.

El derecho de disposición sobre nuestro cuerpo es un derecho autónomo e independiente y no es posible que exista un derecho de propiedad con connotaciones económicas e incluso, una vez separado un órgano del cuerpo, adquiere la naturaleza jurídica de cosa fuera de comercio y por tanto no es susceptible de apropiación particular.

3.1. – Definición de donación de órganos.

Por la complejidad y en virtud de que tratándose de definiciones, estas no son tan fáciles, ni tan concretas, primero entraremos al estudio de, lo que por donación se comprende y en segundo lugar, qué debemos de entender por órganos, para estar en la posibilidad, de dar una definición adecuada de lo que es la donación de órganos.

3.1.1.- Donación.

El diccionario jurídico Abeledo Perrot, nos conceptúa a la donación, como: “el acto jurídico entre vivos por el cual una persona (donante) transfiere a otra (donatario) gratuitamente el dominio sobre una cosa y el donatario acepta. Aunado a que nos delimita, que la dificultad del concepto reside en la circunstancia de que no todo acto a título gratuito es donación, ya que sólo habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

De esta definición, se desprenden los siguientes elementos:

a) Es un acto entre vivos. Los actos de última voluntad, llamados testamentos tienen un régimen legal distinto.
b) Obliga a transferir la propiedad de una cosa.
c) La transferencia debe ser a título gratuito. Sin compensaciones

Esta no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donatario o de un tercero. Esto no altera la esencia gratuita del acto".[2]

Por su parte, la nueva enciclopedia jurídica (Mascareñas), nos señala que: "la palabra donación proviene del latín donis actio y que, este es un acto de la liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que lo acepta. Tres son elementos de esta definición:

a) El acto de liberalidad, que significa la intención de hacer una donación, un querer de beneficiar a un tercero.
b) La disposición gratuita de una cosa, lo que significa desprenderse sin una contraprestación.
c) El beneficio de un tercero que lo consciente".[3]

El Diccionario de Derecho de Rafael de Pina y Rafael de Pina y Vara, nos define donación, como: "el contrato por el cual una persona transfiere a otro una parte o la totalidad de sus bienes (artículos 2332 a 2383 del Código Civil para el Distrito Federal)".[4]

Miguel Ángel Zamora Valencia nos señala que el concepto de contrato de donación, es: "aquel por virtud del cual una persona llamada donante se obliga a entregar gratuitamente a la otra llamada donatario, una parte o la totalidad de sus

---

[2] GARRONE, José Alberto. "Diccionario jurídico ABELEDO-PERROT", tomo I, Ob. Cit. pp. 812 y 813.
[3] NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, dirección de Mascareñas Carlos E., 2ª edición, editorial Francisco Seix, Barcelona España, tomo VII, 1974, pp. 798 y 799.
[4] DE PINA, Rafael y DE PINA Y VARA, Rafael. "Diccionario de derecho", 27ª edición, editorial Porrúa, México, 1999, p.257.

bienes presentes, debiéndose reservar lo necesario para vivir según sus circunstancias y que produce el efecto translativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato".[5]

Por su parte Ramón Sánchez Medal, nos define a la donación como: "el contrato por el cual una persona llamada donante, transmite gratuitamente parte de sus bienes presentes a otra persona, llamada donatario, debiendo reservarse para sí bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones (2332, 2347, 2163 y 2165)".[6]

Ricardo Treviño García, señala: "mediante el contrato de donación una persona llamada donante se obliga a transmitir gratuitamente el dominio de una parte de la totalidad de sus bienes presentes a otra llamada donatario que acepta dicha transmisión en vida del donante".[7]

De acuerdo al numeral 2332 del Código Civil para el Distrito Federal, donación es: "un contrato por el que una persona transfiere a otro gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes".

Como señala el artículo 2347 del citado ordenamiento legal, es nula la donación, que comprendan la totalidad de los bienes del donante, si este no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir según sus circunstancias.

En la donación se comprenden los elementos personales, reales y formales.

---

[5] ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel. "Contratos civiles", 4ª edición, editorial Porrúa, México, 1999, p. 125.
[6] SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. "De los contratos civiles", 11ª edición, editorial Porrúa, México, 1991, p. 193.
[7] TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. "Los contratos civiles y sus generalidades", 5ª edición, editorial MC-GRAW-HILL, México, 1996, p. 89.

Entre los elementos personales se señalan al donante, quien es la persona que se desprende del bien patrimonial objeto del contrato; así como también al donatario quien es la persona que acepta y se beneficia con el bien.

Por lo que respecta al elemento real, este es el objeto o cosa donada, la cual está representada por una parte de los bienes presentes del donante.

Entre estos elementos se encuentra también a los formales, que no es otra cosa que obre por escrito.

En este orden de ideas, podemos definir la donación, como: "el contrato por medio del cual, una persona llamada donante, transmite gratuitamente, parte de sus bienes presentes a otra llamada donatario, el cual debe reservarse para sí, bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones.

3.1.2.- Trasplantes.

El trasplante es definido por el Diccionario para juristas, como: "La acción y efecto de trasplantar o trasplantarse. Órgano trasplantado.

Asimismo nos define trasplantar como: "Insertar en un cuerpo humano o de animal un órgano sano o parte de él, procedentes de un individuo de la misma o distinta especie, para sustituir a un órgano enfermo o parte de él".[8]

En igual sentido el diccionario Rezza define trasplantar, como: "insertar en un cuerpo humano o de un animal un órgano sano, procedente de otro individuo, en sustitución del órgano enfermo".[9]

---

[8] PALOMAR DE MIGUEL, Juan. "Diccionario para juristas", tomo II, Ob. Cit., p. 1569.
[9] DICCIONARIO REZZA, sin edición, editorial Rezza, México, 2000, sin p.

Por su parte, la Ley general de salud en su artículo 314 fracción XIV, define el trasplante así: ”la 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.

Órgano, de a cuerdo a la citada ley, es: “la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos”.[10]

Con los conceptos y definiciones antes señalados y sin pretender hacer un tema extenso sobre la definición de la donación de órganos, diremos que, ésta se puede entender, como: “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”, como se establece en el artículo 321 de la Ley General de Salud, la cual debe de ser de manera gratuita, en virtud de que para el caso que ésta sea onerosa, ya no habrá donación.

Del contenido de este concepto, nos percatamos que, existen formalidades para la donación de órganos humanos y tejidos, que de no cumplirse cabalmente, se estará en presencia de una contraposición a la ley.

Para entender esta definición y los supuestos del ilícito establecidos en la Ley General de Salud, es necesario desglosar los requisitos de validez y legitimidad para la donación de órganos, los cuales se encuentran debidamente especificados en el título Décimo Cuarto, correspondientes a la donación, trasplantes y pérdida de la vida.

Por lo que hace a los requisitos de validez y licitud para la donación de órganos humanos, en consideración jurídica, corresponde primero al Derecho Civil, en cuanto a la sección relativa al derecho de la persona, ya que considera el alcance de los derechos que tiene sobre su propio cuerpo.

---

[10] LEY GENERAL DE SALUD, 7ª edición, editorial Ediciones Fiscales Isef, México, 2006, pp. 98 y 99.

La donación y trasplantes de órganos, para que en vida o después de su muerte, una persona pueda disponer de estos; se encuentra debidamente legitimada este tipo de operaciones quirúrgicas en nuestro ordenamiento jurídico, como lo es, en la Ley General de Salud, que contempla expresamente este tipo de actos jurídicos.

La disposición de partes no renovables con fines de trasplante debe adecuarse al marco general de la disponibilidad corporal, cuyos límites imprescindibles, corresponde observar estrictamente dada la trascendencia que revisten en esta materia.

En términos generales, diremos que: los actos de disposición del cuerpo, son válidos siempre que no sean susceptibles de ocasionar un daño grave a la salud o contrarios a las leyes y el orden público.

De ello se deduce que el punto de partida será la prohibición de la donación de órganos vitales que entrañe un peligro para la vida.

La donación debe estimarse válida cuando no se afecte sensiblemente el funcionamiento normal y correcto del organismo y la causa final sea conforme a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en especial a las leyes ya debidamente establecidas.

Los requisitos de validez y legitimidad para la donación de órganos humanos y tejidos, comprenden: a) capacidad de ejercicio, b) manifestación libre y cierta de la voluntad, c) licitud y d) la formalidad, ya que en caso de que falte alguno de ellos, se estaría en presencia de un ilícito penal.

a) Capacidad de ejercicio.

Según Jorge Alfredo Domínguez Martínez, la capacidad “es la actitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y

contraer los segundos”[11], la cual comprende dos especies o grados de capacidad, siendo estas la de goce y la de ejercicio.

La de ejercicio es la actitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, la cual se tiene desde la concepción y se pierde con la muerte, como se establece en el artículo 22 del Código Civil, de la siguiente forma: “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”.

Rafael Rojína Villegas considera a la capacidad de goce, como: “el atributo esencial e imprescriptible de toda persona”.[12]

Todo sujeto tiene capacidad de goce en diversos grados, pues un sujeto puede carecer de esa capacidad para determinadas situaciones jurídicas por razones de edad, nacionalidad, salud, enajenación mental u otros motivos, como lo establece el artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal al señalar que: “ la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones de la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona, ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

Para nuestro tema de estudio de disposición de órganos y tejidos humanos, la capacidad de goce, ocupa un lugar preponderante, ya que el artículo 326 de la Ley General de Salud, establece las siguientes restricciones:

---

[11] DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. “Derecho civil, parte general, persona, cosa, negocio jurídico”, 6ª edición, editorial Porrúa, México, 1998, p. 176.
[12] ROJÍNA VILLEGAS, Rafael. “Derecho civil mexicano”, 6ª edición, editorial Porrúa, México, 1985, p. 43.

“Artículo 326.- El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican:

I. - El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces, o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido; y

II. - El expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción”.

Nótese, como hábilmente el legislador traslada los derechos de la personalidad al campo del Derecho establecido en la Ley General de Salud, con las anteriores restricciones para los menores de edad, incapaces o de las personas que no pueden dar libremente su consentimiento, pero nada impide que estas personas puedan ejercer libremente su derecho a la vida y salud, ya que en caso de requerirlo, son encargados de ejercitarlos los padres o representantes legales.

Pero además, dentro de las mencionadas restricciones del artículo 326 de la Ley General de Salud, se establece también la restricción de que una mujer embarazada pueda ser donadora, ya que aunque, como se mencionó, la capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos legales, pues en caso de ser donadora, no sólo se estaría poniendo en riesgo su salud y vida, sino incluso la del concebido.

La capacidad de ejercicio, como sostiene Rojína Villegas, es “la que supone la posibilidad jurídica del sujeto, de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer o cumplir sus

obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante la autoridad"[13], como actitud de participar directamente en la vida jurídica, estableciéndose en el artículo 24 del Código Civil dicha capacidad y en su caso también las limitaciones a la misma, al señalar que; "el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley".

Para el tema de nuestra investigación, es de gran importancia la capacidad de ejercicio, ya que mediante ésta, podemos celebrar libremente los actos jurídicos importantes de la vida del hombre, como lo es, en este supuesto de la donación de órganos y tejidos, en el caso de que la persona mayor de edad, quisiera donar alguno de sus órganos vitales y que importe un riesgo para la vida, estará impedido para donar, ya que si se pretende o se realiza dicho acto jurídico, se estará en presencia de una disposición ilícita de órganos, como lo establece el artículo 319 de la Ley General de Salud, aunado además, que como lo establece el articulo 330 de la citada ley, no debe ponerse en peligro la vida del disponente y deben de llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas y representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, siempre que existan justificantes de orden terapéutico.

Es innegable que sólo quienes poseen capacidad de ejercicio pueden y están facultados para donar y disponer en vida de sus órganos, ya que para las personas enajenadas mentalmente, menores de edad o que por cualquier circunstancia están impedidos de expresar libremente su voluntad, no pueden donar sus órganos y en su caso, el consentimiento otorgado no será válido, considerándose este acto ilícito; pero tratándose del receptor no es necesario que exista la capacidad de ejercicio para dar su consentimiento para recibir el transplante, ya que el incapaz puede ejercitar sus derechos en beneficio de su salud por medio de su representante legal, ya que su vida se encuentra en riesgo.

[13] ROJINA VILLEGAS, Rafael, Ob. Cit., p. 432.

b) Manifestación libre y cierta de la voluntad

La manifestación de la voluntad debe ser libre, es decir espontánea, sin coacción y cierta de tener el conocimiento del acto que se realiza y sus consecuencias; ya que como se regula en el artículo 333 de la Ley General de Salud, “para realizar el trasplante entre vivos, es necesario que el donante: sea mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales; de otra manera, no tener algún tipo de incapacidad, que no se trate de algún órgano vital o necesario para la vida y además, recibir la información completa sobre los riesgos de la operación y sus consecuencias de la extracción del órgano o tejido, la cual deberá ser informada por un médico distinto de los que intervienen en el trasplante, pues en caso de tener algún tipo de incapacidad y de personas sujetas por algún tipo de interdicción, como lo establece el artículo 332 de la referida ley, no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida, ni después de su muerte.

Además, como lo establece el precepto 326 de la Ley General de Salud y que en su momento quedó debidamente plasmado, el consentimiento tácito o expreso otorgado por menores de edad o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidos para expresarlo libremente, no será válido y por consiguiente se estará en presencia de un ilícito penal.

a) Ausencia de vicios de la voluntad.

Como lo hemos dicho, el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo, entendiéndose por éste, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él, a algunos de los disponentes o la mala fe, una vez conocido éste.

Por lo que respecta a la Ley General de Salud, como se ha dicho, señala que: la donación expresa constara por escrito y podrá ser amplia, cuando se

refiere a la disposición total del cuerpo o limitada, cuando se otorgue respecto de determinados componentes y como ya lo hemos dicho, no se trate de algún órgano vital o necesario para la vida.

También es necesario, que el otorgado por una mujer embarazada no implique riesgos para su salud o del producto de la concepción y además, se haya dado la información completa sobre los riesgos de la operación.

En cuanto a la donación expresa amplia y limitada, se determinará cada una de sus hipótesis en el presente capítulo, en el apartado sobre el titular de la disposición del cuerpo y sus órganos

Licitud.

Es toda aquella conducta apegada a las normas del orden público, entendiéndose por ilícito el hecho contrario a las leyes del orden público, a los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público, es decir, por existir incapacidad legal del disponente, por vicio del consentimiento, porque su objeto, motivo o fin sea ilícito, el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Estableciendo el artículo 319 de la Ley General de Salud que se considera disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la ley.

Formalidad.

Es la manera o forma especial en la celebración del acto jurídico para que este sea válido.

Tratándose de la donación expresa de órganos, este debe ser por escrito, aunque también la donación tácita, en virtud de que se requiere el consentimiento de los cónyuges, concubinos, ascendientes o descendientes, hermanos, adoptantes o adoptado.

Ya que incluso, también se establece la formalidad para el caso de que una persona exprese no ser donador, como lo establece el artículo 324 de la Ley General de Salud, el cual deberá ser por escrito público o privado, o en algunos de los documentos públicos que para este propósito determine la Secretaría de Salud.

3.1.3.- Órganos que se pueden trasplantar.

Los órganos y tejidos que se pueden trasplantar en seres humanos vivos, con fines terapéuticos, siempre y cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas y que representen algún riesgo aceptable para la salud y vida del receptor, los podemos dividir en dos clases a saber; Provenientes de cadáveres y de disponente originario vivo.

El artículo 331 de la Ley General de Salud señala que, la obtención de órganos o tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, se hará preferentemente de cadáveres; salvo la obtención de sangre, que a pesar de que el diverso 323 de la ley citada establece que se requiere el consentimiento expreso para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas, ya que en relación directa con el numeral 38 del Reglamento para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, no es necesario que el disponente exprese su voluntad por escrito, situación esta última que nos parece inadecuada, ya que se debe estar preferentemente a lo establecido en la ley primaria.

En tratándose de trasplantes de órgano único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver, como lo establece el artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control Sanitario de la Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, señalándose en el mismo, que se considera órgano único a los ojos.

Cualquier parte puede ser extraída de un cadáver de ser humano, independientemente de que se trate de un órgano o tejido único o par, regenerable o no, siempre y cuando se haya comprobado el acontecimiento de la muerte, por lo que como se ha señalado, por disposición expresa de los artículos citados, estos no podrán ser objeto de donación entre vivos.

En relación directa a lo señalado, la norma Técnica 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos, en su artículo 6°, establece la clasificación siguiente:

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

Se entiende por anastomosis vascular, las comunicaciones que se establecen entre dos o más arterias, venas o nervios, que están situados en lugares cercanos entre sí.

En el dispositivo 33 de la norma técnica 323, se precisa que los órganos y tejidos susceptibles de ser trasplantados que requieren anastomosis vascular se pueden obtener de cadáveres y de disponentes originarios que los otorguen en vida.

Por lo que respecta a los órganos provenientes de cadáveres, con fines de trasplantes, el precepto 34 de la norma técnica, nos señala los siguientes:

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

De igual forma, el dispositivo 35 del reglamento nos señala, los órganos en que se requiere anastomosis vascular y que pueden ser obtenidos de disponentes originarios que los otorguen en vida, son los siguientes:

I.- Riñón, uno;
II.- Páncreas, segmento distal, e
III.- Intestino delgado, no más de 50 centímetros

De los órganos y tejidos susceptibles de ser trasplantados, que no requieren anastomosis vascular y que pueden ser obtenidos de cadáveres, los señala el artículo 38 en relación directa con el numeral 37, los cuales son:

I.- Ojos (córnea y esclerótica);
II.- Endócrinos:
A) Páncreas;
B) Paratiroides;
C) Suprarrenales, y
D) Tiroides
III.- Piel;
IV.- Hueso y cartílago, y
V.- Tejido nervioso.

Por cuanto hace a los órganos y tejidos que se pueden obtener de disponentes originarios que los otorguen en vida y que no requieren de anastomosis vascular, se refiere el artículo 39 y son los siguientes:

I.- Médula ósea, y
I.- Endócrinos:
A) Paratiroides, no más de dos, y
B) Suprarrenal, una.

Es necesario señalar el tiempo en que deben de obtenerse estos órganos y tejidos, con fines de trasplantes.

Por consiguiente, indicaremos que, para el caso de los ojos (córnea y esclerótica), deben de lograrse de cadáveres dentro de los 30 minutos de acaecer la muerte, como se señala en el articulo 40 de la norma técnica 323.

De igual manera, los órganos y tejidos endócrinos de secreción interna deben de extraerse de cadáveres dentro de los treinta minutos siguientes al fallecimiento o de los disponentes originarios que los otorguen en vida, para este último caso señalado no se requiere tiempo, como se regula en el precepto 41 de la citada norma.

Por lo que respecta a la piel, debe de provenir de cadáveres y extraerse dentro de las 12 horas siguientes a que ocurra la muerte y de áreas no expuestas, en segmentos no mayores de 100 centímetros cuadrados, que no rebasen en total el 15% de la superficie corporal, regulado en el dispositivo 42 de la norma técnica.

El hueso y cartílago, para lo mismo deben de provenir de cadáveres y tomarse dentro de las doce horas siguientes al fallecimiento, lo cual se encuentra contenido en el numeral 43 de la norma técnica 323.

El tejido nervioso para ser dispuesto con fines terapéuticos serán aprovechados de cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos y debe de lograrse dentro de los 30 minutos de acaecida la muerte o del dictamen de no viabilidad biológica en tratándose de embriones, como se dispone en el diverso 44 de la norma técnica 323.

La médula ósea será de disponentes originarios que la otorguen en vida, la cual se extirpa del esternón y las crestas iliacas, en cantidad total no mayor de 15 milímetros por kilogramo de peso del disponente, como se establece en el precepto 45 de la norma técnica.

Es necesario señalar que para la disposición de órganos y tejidos provenientes de embriones y fetos, deben cumplirse los requisitos establecidos en el ordenamiento 18 de la norma técnica, los cuales a saber son:

I.- Dictamen de no viabilidad biológica del embrión, emitido por dos médicos distintos a los que realizaron el trasplante;

II.-La disposición sólo podrá ser realizada por personal calificado y en establecimientos de salud autorizados por la Secretaría, y

III.- Contar con autorización por escrito de la progenitora.

Como se ha señalado, el numeral 19 de la norma técnica, exige; "la certificación de la pérdida de la vida para la disposición de órganos y tejidos de fetos con fines de trasplante"[14], ya que no sólo debe requerirse del dictamen de no viabilidad, en virtud de que posiblemente el feto no se considere viable, pero esto no quiere decir que aconteció la muerte, ya que como nos señala el articulo 23 del reglamento de disposición de órganos, en tratándose de órganos no regenerables esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver, esto en razón de que; desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el Código Civil en su artículo 22.

[14] NORMA TÉCNICA 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos.

3.2.- Promoción popular para la donación de órganos.

En virtud, de que la mayoría de las personas no ven con buenos ojos, el hecho de que al morir, su cuerpo se vea mutilado y extirpado de sus órganos, no autorizan para que su cuerpo después de acaecer la muerte, pueda ser donado, para utilizar los órganos útiles para salvar la vida de otros.

Por eso la sociedad "mundial" lleva a cabo campañas de publicidad de donación de órganos para después de la muerte.

Campañas de donación de órganos que en México, como lo es: "soy un donador de todo corazón", impulsa a la gente a donar sus órganos.

Pero, estas campañas de publicidad se enfrentan con algunos aspectos negativos, como la falta de información y confusión en el público.

Las grandes campañas que han significado el hecho de motivar a la gente a donar sus órganos, puede hacer o ha hecho, que las mafias o las organizaciones criminales se aprovechen de esta situación para traficar con los órganos.

Por otro lado, el hecho de que hoy en día, por la televisión y otros medios de comunicación, se motive a las personas para tales donaciones, constituye un verdadero peligro, principalmente para los pobres, ya que los más necesitados, son quienes deben ahora entregar sus vidas, para que los ricos, que pueden pagar operaciones costosas, reciban los órganos para seguir viviendo.

Se ha dado el caso, que por medios de comunicación, como el periódico e internet, se aprecien notas, en las cuales las personas pretenden vender sus órganos con el fin de obtener una remuneración económica, para solventar su apremiante situación, con lo cual se pone en riesgo su salud e incluso su vida.

3.3.- Titular de la disposición del cuerpo y sus órganos.

Por cuanto hace a la disposición del cuerpo y sus órganos, es de vital importancia, señalar quienes pueden ser las personas que se encuentran legitimadas para ser donadores, ya que, con esto estaremos en la posibilidad de determinar cuando existe una disposición ilícita de órganos y tejidos.

Así, en este orden de ideas, se pueden señalar dos clases de disponentes: I) Los originarios y II) Los secundarios, que algunos autores suelen denominar como "dadores".

I) Originarios.

El disponente originario o donador originario, es la persona física, que en vida, puede disponer de su cuerpo y de sus órganos, para que en vida o después de su muerte, estos sean utilizados para transplantes y, como nos señala Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos, "en vida cada persona es la única legitimada para disponer de sus órganos y tejidos para poder ser transplantados, en cambio en el momento de la muerte son varios quienes pueden disponer del cadáver, siempre y cuando se respete el orden que establece el artículo 13 del Reglamento de la Ley General de Salud y sobre todo la voluntad del de cujus".[15]

Para poder ser donador originario, se requiere, ser mayor de edad y no haber cumplido los sesenta años, lo cual se ha señalado en el presente capítulo, en cuanto a la capacidad de los donadores.

Ley que establece una mayoría de edad para poder ser donador, es decir una edad mínima de 18 y máxima de 60 años, para el caso de México; pero para otros países, como Argentina, sólo son donadores los mayores de 18 años de

[15] DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. "Trasplantes de órganos, aspectos jurídicos", 2ª edición, editorial Porrúa, México, 1996, p. 62.

edad, que fue reducida para el caso de los trasplantes, ya que la mayoría de edad se adquiere a los 21 años, en Uruguay sólo pueden ser “dadores” quienes tengan una edad de 21 años; pues el mayor de edad cuenta con una voluntad madura para otorgar su consentimiento.

La mayoría de edad, es el límite temporal a partir del cual puede ejercerse el derecho de disposición del propio cuerpo con el fin de beneficiar a otras personas.

Para el caso de donación de órganos entre vivos, además de la mayoría de edad ya especificada, se requiere:

a) Que el dictamen médico que se practique al donador originario, sea favorable en cuanto a su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico, ya que como se señaló, el consentimiento otorgado por incapaces, menores de edad o personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresar libremente su consentimiento, no es válido, como lo establece el artículo 326 de la Ley General de Salud.

   Además, que su vida no se ponga en peligro, es decir, que no se donen órganos vitales para la vida o que importe un riesgo para ésta, con lo cual se estará impedido para ser donador, ya que como lo establece el numeral 319 de la Ley General de Salud, en relación directa con el artículo 330, no debe de ponerse en peligro la vida del disponente y debe llevarse a cabo, cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas y representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor, siempre que existan justificantes de orden terapéutico.

b) Tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas.

Para el caso de la Ley Argentina, para que una persona física pueda ser donador, se requiere que exista una relación de parentesco entre el donante y el receptor, como lo establece el precepto 13 de la ley número 21.541 en su título V, al señalar; "de los actos de disposición de órganos y materiales anatómicos provenientes de personas vivas, toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo, así también, cuando circunstancias excepcionales lo justifiquen, podrán realizarse los actos médicos referidos, entre cónyuges y padres con hijos adoptivos conforme a la ley vigente. Será indispensable el dictamen favorable del equipo médico a que se refiere el articulo 3 con observancia de las disposiciones de esta ley".[16]

Maria Teresa Bergoglio de Brouwer de Koning, señala que se pretende justificar que las limitaciones de donación de órganos con respecto a los donadores y receptores, obedece a que por comprobaciones científicas se ha demostrado que, cuando más próximo es el vínculo por consanguinidad, mayor es la histocompatibilidad y por consiguiente menor el riesgo de rechazo inmunológico, sumándose la trascendencia de la ablación, la cual sólo resulta justificable cuando el dador la asume en aras del bienestar y sobrevida de un ser querido, integrante de la familia, en su sentido más genuino.[17]

Para el caso de nuestra Ley General de Salud, así como en las leyes italiana, brasileña, venezolana, entre otras, "se permite realizar el trasplante de órganos entre vivos cuando existe un vínculo de consanguinidad o de personas que no estén ligadas por este vínculo"[18], siempre y cuando, sea con fines terapéuticos y cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las

[16] BERGOGLIO DE BROUWER, Maria Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia . "Trasplantes de órganos", sin edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1983, p. 105 y 106.
[17] Ob. Cit., p. 106.
[18] DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. Ob. Cit. , p. 85.

investigaciones realizadas y representen un riesgo aceptable para la salud y vida del disponente originario y del receptor.

c) Haber recibido la información completa sobre los riesgos de la operación, las consecuencias de la extirpación del órgano y las posibilidades de éxito para el receptor.

d) Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral.

Es decir, que esta voluntad que se exprese, sea libre, espontánea, sin que medie coacción física o moral y de tener el conocimiento del acto que se realiza y sus consecuencias, tanto para su salud y vida, como sus consecuencias jurídicas; como se ha señalado, se establecen en el numeral 333 de la Ley General de Salud, los elementos que son esenciales para la validez y legitimidad en la donación de órganos.

Como se señaló, el titular para la disposición del cuerpo y sus órganos, en vida, es la persona física que dispone, para que en vida o después de su muerte, estos sean utilizados para trasplantes.

Con esto no termina el problema para determinar quien puede disponer del cuerpo sin vida, por lo cual es necesario precisar, la naturaleza jurídica del cadáver.

En la antigüedad y de acuerdo a las religiones, el cuerpo sin vida se veneraba, para darles sepultura, tratándose con esto, como una conciencia pública, con lo cual los pueblos y sus leyes, custodiaban a sus muertos, mediante la seguridad de sus tumbas y reprimiendo su profanación.

Hoy en día, como lo dice Joaquín Diez Díaz, “el cadáver representa nuevas oportunidades para la ciencia, la que en beneficio de los vivos, ha erigido

toda una nueva terapéutica póstuma, gracias a la utilización del cuerpo humano post mortem", resolución que al tener el cadáver un destino final distinto a la inhumación, otorga a éste, un sentido de utilidad social, que no degrada, ni desprestigia la dignidad humana.

Si el cadáver puede ser apreciado, continúa diciendo el mismo autor, como una cosa, ya que, a la persona "se le considera a todo ser o ente, sujeto de derechos y obligaciones, entendiéndose en un criterio amplio a las personas físicas, como a las personas morales".[19]

Al respecto podemos señalar "la corriente que considera y niega que el cuerpo sin vida sea una cosa, opinión que aparece en la doctrina germánica, al afirmar que; el cadáver es un resto de la personalidad, el cual se sujeta a la decisión de los deudos.

Otra opinión considera que, así como el cuerpo vivo del hombre no es una cosa, porque es su sustrato y no se distingue de ella con la muerte, el cuerpo sin vida o también llamado cadáver, se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero.

Conforme a una posición ecléctica, el cadáver es una cosa mueble de naturaleza especial, ya que con la muerte, el cuerpo de una persona, ha devenido en la especial cosa mueble que es el cadáver, que merece un trato más digno, que el que corresponde a las vulgares cosas comerciales, ya que como señala Messineo, sobre la base de los principios generales, se considera cosa al cadáver, puesto que con la muerte, se ha dejado de ser persona y así el sujeto se transforma en objeto".[20]

"Algunos autores sin determinar la naturaleza jurídica del cadáver, dedican su atención a la posibilidad de su disposición.

---

[19] DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. Ob.Cit., p. 131.
[20] BERGOGLIO DE BROUWER; María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. Ob.Cit., pp. 170 y 171.

Con lo cual se encuentran en esta posición, Castán Tobeñas, al afirmar que; el cadáver no es cosa susceptible de apropiación y comercio, sino res extra commercium, sujeta a las normas de interés público y social.

En igual sentido Calógero Gangi, entiende que no cabe la propiedad sobre el cadáver, ni por la persona que lo protagonizó, ni por los herederos o familiares, y éste, sigue constituyendo una res extra commercium, puesto que a pesar del cambio fundamental operado en su sustancia, el cuerpo sin vida conserva la huella humana y el residuo efectivo de un ser viviente".[21]

Para María Virginia Bertoldi de Fourcade y Maria Teresa Bergoglio de Brouwer de Koning, el cadáver es en su criterio, "una cosa en sentido jurídico, ya que como la persona es sujeto de derechos, las cosas son objetos de derecho".[22]

La persona humana que lo ha habitado en vida, el cadáver no puede ser tratado como una cosa ni ser objeto de actos jurídicos, ya que la protección concebida a la persona, se prolonga también en alguna medida al cadáver y el trato que corresponde dar al mismo, está regido exclusivamente por normas de derecho público, con lo cual se concluye que, a pesar de ser una cosa, no es susceptible de tener un valor económico o patrimonial.

Como se ha dicho, la persona física, puede disponer en vida, que su cadáver, sea utilizado con fines de trasplantes de órganos, aunque se trate de un órgano único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, el cual como lo establece la Ley General de Salud en su precepto 333, sólo podrá obtenerse de un cadáver.

De esto se desprende, que cualquier órgano puede ser extraído del cadáver de un ser humano, con fines terapéuticos, independientemente de que se trate de

---

[21] BERGOGLIO DE BROUWER, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. Ob. Cit., pp. 172 y 173.
[22] Ob. Cit., p. 175.

un órgano o tejido único o par, regenerable o no, siempre y cuando, se haya comprobado el acontecimiento de la muerte como lo establecen los artículos 317 y 318 de la ley citada.

En el artículo 317 de la Ley General de Salud, se establece que para la certificación de la pérdida de la vida, deberán comprobarse previamente los siguientes signos de muerte; I.- La ausencia completa y permanente de la conciencia, II.- la ausencia permanente de respiración espontánea; III.- la falta de percepción y respuesta a los estímulos externos; IV.- la ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares; V.- la atonía de todos los músculos; VI.- el término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal; VII.- el paro cardiaco irreversible, y, VIII.- las demás que establece el reglamento correspondiente.

Para que se pueda disponer de los órganos con fines de trasplante, además de certificarse la pérdida de la vida en los términos señalados y con la persistencia por seis horas de estos signos a que se refieren las fracciones I a IV, se tendrán que corroborar las siguientes circunstancias: I.- que el encefalograma isoeléctrico no se modifique por estímulo alguno dentro del tiempo indicado, II.- ausencia de antecedentes inmediatos de ingestión de bromuros, barbitúricos, alcohol y otros depresores del sistema nervioso central o hipotermia.

Sólo con la disposición expresa de la persona, se impide la utilización cadavérica o en su caso la negativa de los familiares para dar su autorización.

En caso de que la persona que en vida autoriza la disponibilidad de sus órganos o del cadáver, con fines de trasplante, cuenta con la revocabilidad del acto de donación de órganos, resolución que se impone, por la naturaleza del derecho personalísimo que se ejercita y generalmente, por la naturaleza del cuerpo como bien originario del sujeto.

Estos caracteres determinan la naturaleza extrapatrimonial del acto jurídico dispositivo de partes del cuerpo en vida y la imposibilidad jurídica de obtener su cumplimiento forzoso.

"En lo que se refiere a la disposición del propio cuerpo para después de la muerte, la revocabilidad de esta decisión, depende mucho del valor que se atribuya a la voluntad privada y al modo de expresión de esta voluntad que se haya adoptado por la ley de que se trate.

Tal revocabilidad no genera responsabilidad, ni hace nacer en su contra derechos ni obligaciones de ninguna clase, esto en virtud de que la donación es gratuita, con fines humanitarios y de forma altruista para la humanidad y en específico para el receptor de dichos órganos o tejidos".[23]

Revocabilidad que encuentra su fundamento en la naturaleza de la disposición del cuerpo para después de la muerte, que supone el otorgamiento de un acto personalísimo, ya que nuestra Ley General de Salud, consagra en su artículo 322, como en el precepto 12 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, dicha revocabilidad de partes anatómicas provenientes de cadáver.

Por consiguiente, es necesario tener en cuenta, que la disponibilidad cadavérica con fines terapéuticos se realiza por actos unilaterales generalmente, que constituyen verdaderas disposiciones de última voluntad.

Esto se considera en razón del carácter netamente revocable de tal decisión, asimismo por la extrapatrimonialidad de los derechos que se ejercitan,

[23] BERGOGLIO DE BROUWER, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. Ob. Cit., pp.226 y 227.

considerándose un acto gratuito, ya que la calificación de los actos jurídicos bilaterales, generalmente es en razón de un acto oneroso.

Conforme al derecho positivo de nuestro país, no cabe admitir las formas contractuales onerosas, puesto que la Ley General de Salud en su artículo 327 ha adoptado el sistema de gratuidad. Descarta por lo tanto la posibilidad de celebrar actos onerosos.

Negativa de disposición de órganos para después de su muerte.

Cuando el sujeto en vida manifieste por escrito, no ser donador o disponente de órganos para después de su muerte, esta decisión se conforma con el poder de no permitir actos contrarios a los previstos, exigiendo que se respeten las disposiciones tomadas, ya que si bien muchos de los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte, este derecho especial continúa con la persona del heredero, pues debe de ejercitarse luego de extinguida la personalidad del causante.

Reconociendo a los parientes esta facultad, sin atribuirles un derecho de propiedad sobre el cadáver, ya que, como se ha señalado, el cadáver es una cosa fuera de comercio y que no puede incluirse en el patrimonio hereditario.

II) Disponente secundario.

Como nos señala Jorge Alfredo Domínguez García Villalobos, disponente secundario, "es la persona que da su autorización para la disposición con respecto del cuerpo de otra persona"[24], siempre y cuando cuente con la capacidad de ejercicio y se encuentre legitimada para otorgarlo.

[24] DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. Ob. Cit., p. 62.

El mismo autor, señala que; “el artículo 13 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, dice que de manera preferencial, pueden ser disponentes secundarios, los siguientes.

I.- El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes y los parientes colaterales sólo del segundo grado de quien cuyos órganos se trate;

II.- La autoridad sanitaria competente;

III.- El Ministerio Público, en relación 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 los menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

VI.- Las instituciones educativas con respecto de los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para la investigación o docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado, y

VII.- Los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalan en las mismas.

Aunada a la anterior lista, podemos señalar que, en esta materia tan delicada, en la que se ven tan comprometidas cuestiones personales e íntimas, de los familiares del de cujus, es necesario indicar, que persona es la primera en señalar la decisión de la disposición de los órganos, ya que, muy frecuentemente se puede dar el caso de que la decisión de prelación de este derecho, sólo la toma una persona y no en su conjunto, ocasionando con ello problemas legales, en los cuales se ven involucrados los médicos de trasplantes.

Esta decisión de donación del cuerpo y órganos de cadáver, por parte de los familiares, se requiere, en virtud de considerárseles, como intérpretes de los deseos y convicciones del difunto y por que sus propios sentimientos y creencias son respetables.

Solo cuando no se conozca la voluntad del fallecido y no habiendo disposición relativa a su cadáver del causante, las adoptará el cónyuge supérstite si lo hubiera, y en su defecto los descendientes y ascendientes por el orden ya establecidos en la Ley General de Salud antes descrita.

Esto es en consideración, de que, si el fallecido no hubiere decidido, la disposición respectiva la tomará el cónyuge y en defecto de éste, los demás herederos y familiares, pero ninguno de ellos podrá dar al cadáver un destino reprobado por los principios religiosos y culturales del difunto.

"Cifuentes en tal situación señaló, que el poder jurídico subjetivo atribuido a los parientes y terceros, para disponer del cadáver, no autorizaba la disposición de este a fines anormales, sin que existiere una manifestación del causante en tal sentido, ya que una destinación anormal, requerida por intereses generales es irrealizable sin orden del causante. Sin embargo, pese a mencionar entre los fines anormales la donación de partes del cadáver, afirmaba que solo en caso de trasplantes de órganos, cuando se da la circunstancia de que no es posible obtener la conformidad en vida del donador, los parientes pueden prestarla, ya que entiende que en estos casos se trata de una respetuosa intervención que tiende a preservar la vida de otra persona. Considerando a ésta como una especial excepción, debido a que en definitiva, el cadáver era destinado a la inhumación y ésta no podía ser otra que las consideradas normales, ya que por otra parte estaban obligados a preservar sus usos y costumbres relativas a la sepultura, sin poder autorizar por ejemplo la cremación, de acuerdo a las creencias del difunto, ya que en algunas regiones del mundo, para que la cremación sea procedente, se requería la manifestación expresa del causante o

la unánime aprobación de quienes tuvieron mayor aproximación afectiva con aquel".[25]

La finalidad que persigue la ley especial de trasplantes, tiene como mira fundamental, la satisfacción del interés de utilidad social, para cuyo logro deben comprometerse otros individuales, los que deben armónicamente equilibrarse.

El acatamiento de la voluntad expresada por la persona es ineludible en nuestro ordenamiento jurídico, pero por fines humanitarios que se persiguen para la sobrevida de la persona, son los que autorizan a recurrir a la voluntad de los parientes, o a la resolución tomada por las autoridades públicas legitimadas, en ausencia de la voluntad expresada por el difunto.

La autorización de los familiares se requiere por considerárseles, en primer lugar interpretes de la voluntad del de cujus y por que sus propios sentimientos y creencias son respetables. Solo cuando no se conozca, ni se pudiera conocer la voluntad del de cujus y cuando no existan parientes, los terceros legitimados podrán resolver sobre el destino del cadáver.

La razón de acudir a la voluntad de los familiares legitimados para disponer del cadáver, con quienes hubiese convivido, en la cual se resalta el contacto personal que se tuvo con el extinto, que hace presumir un mejor conocimiento de la verdadera voluntad del fallecido.

Nuestra ley se encuadra dentro del grupo que enumera a los familiares facultados y acuerda también la disposición del cadáver, por los directores de establecimientos asistenciales

[25] BERGOGLIO DE BROUWER, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. Ob. Cit., p. 262.

De lo expuesto y en ausencia de la voluntad de familiares cercanos enumerados anteriormente, para donar el cadáver, se podría discutir la donación otorgada por parientes presentes, los cuales no se encuentren enlistados en el orden prioritario y excluyente en la Ley General de Salud, ya que se podría tener el caso de que la persona fallecida, se hubiere separado de su cónyuge y formado otra familia en la cual resultaran hijos, con lo cual se podría excluir a la amasia o segunda pareja por no encontrarse el vínculo que lo unía, por consiguiente no podría considerársele como concubina, pero si podrían otorgar su consentimiento los hijos mayores de edad que vivieron con el fallecido en el momento del deceso.

Como lo hemos señalado, posiblemente estaríamos en presencia de un conflicto entre familiares y que finalmente pudiera atraer problemas legales por la disposición de órganos del cadáver.

Por consiguiente, el orden prioritario debe ser respetado en todos los casos y la opinión de los familiares a quienes les corresponde decidir, excluirá la voluntad de los que se encuentren en otro rubro posterior.

De esta manera se puede brindar un efectivo amparo a los sentimientos de los deudos más cercanos, dilatando la posibilidad de que dispongan terceros ajenos al vínculo familiar, como los que se señalara posteriormente.

Como se ha indicado, en esta materia tan delicada, en la que se ven comprometidas cuestiones tan personales e íntimas, esta norma de fondo, que establece el orden de prelación en la atribución del derecho de disposición del cadáver de una persona, no logra evitar los problemas legales, ya que la misma naturaleza del derecho involucra afecciones y sentimientos distintos entre los familiares, ya que solo algunos de ellos toman la decisión del destino final de cadáver.

Por eso en algunos casos, en diversos países se optó por la tesis compulsiva, de la expropiación o nacionalización del cadáver, ya que ésta propone que "el Estado goce del poder de disponer de los cadáveres de sus ciudadanos, con el fin de obtener órganos y tejidos necesarios para salvar vidas humanas. Se propugna en consecuencia el retiro de todos los órganos utilizables, en una especie de servicio cadavérico obligatorio. De esta manera el Estado impondría a sus súbditos la obligación de contribuir, luego del óbito, con la cesión de su cadáver a fin del aprovechamiento terapéutico. Esta forzosa prestación se brindaría en beneficio del bien social, en virtud de una política de incautación de los muertos, ya que hasta se propuso, que los cadáveres, fueran declarados bienes de utilidad pública, con la finalidad de que su empleo fuera con fines médicos y científicos, abarcando la primera los fines terapéuticos para trasplantes".[26]

Esta tesis, que se funda en la primacía de la vida humana frente a otros valores de menor jerarquía, entre otros, la integridad del cadáver o el respeto a la voluntad póstuma, ha sido objeto de innumerables objeciones.

María Teresa Bergoglio de Brouwer al citar al autor Borrel Maciá, señala; "que si bien el Estado tiene atribuciones para requerir que el hombre ofrezca su vida, de manera forzada en algunas circunstancias, como sucede en la época de guerra, éste no puede disponer de los cadáveres con fines distintos de la sepultura, la cual tiene como finalidad la descomposición en lugares lejanos de los vivos, para que esta no sea peligrosa".[27]

La falta de manifestación de la voluntad para disponer del cadáver, es el presupuesto negativo, a partir del cual las legislaciones especiales, como en el caso de la Ley General de Salud, consagran diversos sistemas para lograr la utilización del cadáver.

---

[26] BERGOGLIO DE BROUWER, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia.. Ob. Cit., p. 258.
[27] Ob. Cit., p. 259.

Se entiende que cuando la voluntad del ser humano no ha sido expresa para disponer de su cadáver, las leyes de trasplantes podrán partir, legítimamente, de establecer la presunción a favor de la extracción de órganos. Esta presunción del consentimiento presunto, sólo cede ante la oposición expresa de la persona que en vida manifestó tal negativa de que su cadáver fuera utilizado para trasplantes.

Este sistema para obtener órganos, que evita las dificultades que crea la necesidad de contar con una manifestación expresa del causante o de los parientes, se considera un importante medio para solucionar la problemática de la carencia de órganos cadavéricos y se consideró prematura su aparición, como en el caso de la legislación inglesa.

Sólo cuando no se conozca la voluntad del fallecido y cuando no existan parientes, los terceros legitimados podrán resolver el destino del cadáver. En estos supuestos la decisión tomada no podrá resultar agraviante de sentimientos dignos de consideración; por el contrario, el cadáver cumplirá una misión benéfica y para nada perjudicial.

3.4.- Gratuidad de la donación de órganos.

Finalmente, la donación, como acto altruista y algunas veces heróico que se realiza cientos de veces alrededor del mundo, simboliza, la bondad de la raza humana, reflejando rasgos ejemplares de la naturaleza del hombre y significando la esperanza para nosotros como especie.

Este valor altruista existe, al igual que el heroísmo y probablemente, veamos mayor donación como reflejo del conocimiento, que sobre el tema vayan desarrollando las generaciones futuras.

"El principio de la gratuidad de donación de órganos, surge como una consecuencia necesaria de los derechos comprendidos de este tema, fundamentalmente la extra-patrimonial del derecho a disponer del propio cuerpo en vida o para después de la muerte, ya que éste no esta dentro del comercio.

Esto se debe a razones humanitarias y sociales que justifican estos actos de disposición del propio cuerpo, además la de proteger al receptor de especulaciones económicas abusivas en torno a su necesidad de recibir un órgano, así como también del donador que busque en estas cesiones un medio para solucionar su apremiante situación económica, para obtener un beneficio, permitiendo así contraprestaciones económicas, de otra índole o serviles".[28]

"Las opiniones de la doctrina acerca de la posibilidad de que exista una contraprestación a cambio de la cesión de un órgano, obtenido entre vivos, como de cadáveres, se inclinan a rechazarlo. Sin embargo, existen algunos autores extranjeros, que no han considerado ilícito que la cesión de órganos sea onerosa a cambio de una contraprestación económica.

Considerando como lícita la cesión en vida de algunos de los órganos pares, aunque esta sea a título oneroso o gratuito, ya que en ninguno de estos casos altera la licitud de la donación, ni mucho menos, si por el órgano donado se cobra una cantidad de dinero, porque consideran, que por más alto valor económico que se pague por éste, la vida del receptor se conserva.

Asimismo, en contra de la anterior postura onerosa de donación de órganos humanos, se encuentran autores que consideran el altruismo o gratuidad en la donación de órganos, como indispensable en la cesión de estos, para garantizar la espontaneidad de la operación y proteger así la dignidad humana.

---

[28] BERGOGLIO DE BROUWER, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. Ob. Cit., p. 98.

Teniendo también autores con una postura ecléctica, los cuales al pretender conciliar estas diversas opiniones o criterios, considerando lo mejor de cada una de ellas, al manifestar que, la donación de órganos debe ser a título gratuito, sin embargo, esta gratuidad, no puede verse opacada, si el donador o su familia recibe una contraprestación económica, como gastos de internamiento y curativos, sepultura, etc., sin que esto llegue a convertirse en un lucro para el donante".[29]

Por lo antes expuesto, la gratuidad de la donación de órganos humanos, es en si, en virtud de que, donar; es entregar gratuitamente una persona a otra el dominio de una cosa.

La donación gratuita de un órgano, que realiza una persona, por el amor a la vida de otro, es lo único aceptable, tanto en las donaciones entre vivos, como de los provenientes de cadáveres.

Nuestra Ley General de Salud se adhiere a la gratuidad de donación de órganos, como muchos países lo hacen, con lo cual el artículo 327 prohíbe comercializar con órganos humanos, de una persona viva o de cadáveres, esto en razón de que las personas o cadáveres se encuentran fuera del comercio.

Incluso se prevé como delito y se contempla una sanción, con pena privativa de la libertad, para quienes contravengan las disposiciones de esta ley.

Por último, podemos recordar que la sociedad internacional de trasplantes en su declaración, establece, que; "la venta de órganos del dador viviente o muerto, es inaceptable en cualquier circunstancia que sea".[30]

---

[29] DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. Ob. Cit., p.p. 80-85.
[30] BERGOGLIO DE BROUWER, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia.. Ob. Cit., p. 101.

Este criterio, obedece a principios de filosofía jurídica, ya que se inspira en la idiosincrasia del pueblo, porque si el acto fuera oneroso, se vería privado de sus connotaciones altruistas y generosas, e ingresaría a un ámbito especulativo determinante de odiosas diferencias socioeconómicas, inmorales, de intermediaciones e injusta explotación de los necesitados.

CAPÍTULO IV.

4.- La necesidad de darle autonomía al delito de tráfico de órganos.

El artículo 171 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal precisa: “Al que sin tener relación de parentesco, a que se refiere el artículo 173, es decir, al ascendiente, descendiente, pariente colateral o afín hasta el cuarto grado, o de tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento de quien ejerza su custodia legítima o su guarda.

A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior lo sustraiga de su custodia o su guarda”.

En relación directa con el artículo 172 que señala: “si la retención o sustracción se realiza en contra de una persona menor de doce años de edad, las penas previstas en el artículo anterior se incrementarán en una mitad.

Y en específico a lo que se refiere al segundo párrafo que, señala: “si la sustracción tiene como propósito incorporar a la persona a los círculos de corrupción de menores o traficar con sus órganos, las penas se aumentarán en un tanto”.

Se denota de inmediato el error con el cual fue creado, ya que, como se señala en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

Se puede apreciar que, a pesar de que en ningún momento se define qué debe entenderse por retención y en especial por sustracción, se requiere previamente, para que se pueda integrar correctamente el delito de tráfico de

órganos de menores, que se sustraiga, es decir, que se separe, aparte o extraiga de su núcleo familiar y por ende, el bien jurídico tutelado en este supuesto es la libertad personal y no el de la vida o la salud, como se requiere para el tráfico de órganos.

Por consiguiente, una y otra conducta delictiva son diversas y autónomas y no debe supeditarse al tráfico de órganos, que necesariamente deba de sustraerse a un menor de edad o como lo señala el artículo 172 en su párrafo primero, en contra de una persona menor de doce años, para que se incremente la penalidad, o como señala el párrafo segundo al traficar con los órganos de menores, la penalidad se incremente en un tanto.

Así vemos, que no se facilita en la práctica la exacta aplicación de la ley, como se establece en el párrafo tercero del artículo 14 de Nuestra Carta Magna y por consiguiente, la composición del cuerpo del delito de tráfico de órganos de menores dependa previamente de la sustracción o en otras palabras, de la privación de la libertad de un menor.

La privación de la libertad de un menor no puede incluso, ser tomada como un secuestro para causar un daño o perjuicio a quien se priva de la libertad, tipología penal más cercana al tráfico con los órganos de una persona de cualquier edad y no solamente de un menor de edad o de doce años, situación por demás inoperante, ya que se ha señalado, es el medio para traficar con los órganos de personas.

El tráfico de órganos de seres humanos es verdaderamente importante y se trata de un delito autónomo en el cual la privación de la libertad es el medio para lograr éste.

Por consiguiente, es menester que el tráfico de órganos se separe completamente del artículo 172, para establecer un nuevo capítulo con conductas

definidas y sanciones exactamente aplicables al delito de que se trata y sin ser contrario a lo tipificado en la Ley General de Salud y los artículos 8, 13 y 14 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, logrando una mayor protección de la sociedad, con lo cual se cumple con los objetivos del Derecho Penal, en el momento en que se prevenga el delito, se castigue al delincuente y se le someta a un tratamiento de rehabilitación.

Lo anterior, en virtud de que: "las investigaciones, innovaciones y descubrimientos en la ciencia médica produce impactos en los fundamentos y marcos de una sociedad, los cuales pueden producir cambios en las normas particulares, así como en los valores y principios jurídicos, como pensamientos rectores de una determinada regulación; además de que la ciencia afecta al derecho y ésta, puede condicionar o determinar el horizonte o la gama de problemas en un sector de la vida social o en su conjunto y vuelve necesarias las soluciones a los problemas jurídicos que emerjan o deriven de los hechos".[63]

La ciencia médica motiva cambios en el derecho que regula a la sociedad, tal es el caso de los trasplantes de órganos y tejidos del cuerpo humano único, regenerables o no y además, indispensables para mantener la vida, y que por tanto, su extirpación provoca inevitablemente la muerte del sujeto de quien forma parte.

Todo ello, hace necesario que se regulen estos procedimientos terapéuticos y que a la par, frene substancialmente el desarrollo de esta área de la medicina.

Los primeros trasplantes en seres humanos fueron realizados, con tejidos tomados de cadáveres, siempre que el fallecido hubiere dado su consentimiento, o la familia lo autorizara, por lo que en esas situaciones no se planteaba mayor

[63] KAPLAN, Marcos: Coordinador del Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Revolución tecnológica, Estado y Derecho", 1ª edición, tomo IV "Ciencia, Estado y Derecho en la tercera Revolución", editorial Universidad Nacional Autónoma de México y Petróleos Mexicanos, México, 1993, p. 206

problema jurídico a resolver, lo cual no ocurre cuando se trata de órganos vitales, cuando aún el disponente tiene vida, se realicen sin su consentimiento o fuera de los requisitos exigidos por la ley, motivo de estudio del presente tema, ya que las personas tienen derecho y la obligación de conservar su vida y no disponer de la misma.

Es necesario señalar, que el Código Penal y la Ley General de Salud no definen, que debe de entenderse por tráfico de órganos.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio define el tráfico como: "Comercio o actividad lucrativa con la venta, cambio, compra de cosas o trueque y préstamo de dinero. Transporte de personas, animales o cosas. Contrabando u otro comercio ilegal".[64]

Por su parte el Diccionario para Juristas de Juan Palomar de Miguel, define el tráfico, como: "Comunicación, tránsito y transporte en vehículos adecuados y por vía terrestre, aérea o marítima, de personas, equipos o mercancías".[65]

La definición que nos da, de trasladar, como: "Mudar o llevar una persona o cosa de un lugar a otro".[66]

Asimismo el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, define trasladar como: "transportar, llevar de un lugar a otro".[67]

Por traficar se entiende el hecho de "Comerciar o negociar en general con miras especulativas".[68]

---

[64] OSORIO, Manuel. "Diccionario de ciencias, Jurídicas , Políticas y Sociales, 27ª edición, editorial Heliasta, Colombia, 2000, p. 990.
[65] PALOMAR DE MIGUEL, Juan. "Diccionario para Juristas", editorial Porrúa, México, 2000, tomo II, p.1557.
[66] Ob. Cit., p.1567.
[67] OSORIO, Manuel. Ob. Cit., p.990
[68] Ob. Cit., p.990.

4.1.- Su protección en la Ley General de Salud.

El tráfico de órganos, tejidos, componentes de seres humanos vivos o de cadáveres se encuentra tipificado como delito en los artículos 459, 460, 461, 462, 470, 471 y 472 del capítulo VI, relacionado al capítulo I del Título Décimo Cuarto, correspondiente a la Donación, trasplantes y pérdida de la vida, de la Ley General de Salud, de la siguiente forma:

Artículo 461: "Se impondrá prisión de uno a diez años y multa por el equivalente de cien a quinientos días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate, al que; por cualquier medio pretenda sacar o saque del territorio nacional sangre humana, sin permiso de la Secretaría de Salud".

Hipótesis legal que presenta fallas técnicas, ya que, se sanciona con la misma penalidad al que realice todas y cada una de las conductas en ella especificadas, es decir, que saque del territorio nacional sangre humana, sin la correspondiente autorización de la Secretaría, con lo cual se está en presencia de un delito consumado.

En la hipótesis de, pretenda sacar del territorio nacional sangre, no es así ya que hasta ese momento nos encontramos, en presencia de una tentativa punible, porque no se llega a la consumación del delito, ya que la finalidad es, sacar del territorio nacional la sangre, pero si se lleva a cabo la resolución de cometerlo, exteriorizando en parte o totalmente, cada uno de los actos ejecutivos para producir el resultado material, como lo es, el sacar del territorio dicho componente, ya sea por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo o si espontáneamente, se desiste de la ejecución de esta conducta, con lo cual sólo se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Es necesario especificar, que si bien, la intención del legislador es prevenir el delito, no se cumple el propósito principal que es imponer una sanción

adecuada para el ilícito que se trata, ya que sanciona las dos conductas con la misma penalidad.

Ahora bien, el artículo 460 de la Ley General de Salud, señala de igual forma que: “Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional derivados de la sangre humana sin permiso de la Secretaría”, con lo cual se está en presencia tanto de un delito consumado, como de una tentativa. Ya que para sacar del territorio nacional dichos componentes sanguíneos se requiere trasladarlos por el territorio nacional, con lo cual se configura la hipótesis del tráfico de órganos.

El artículo 461 de la citada ley, de igual forma precisa: “Al que saque o pretenda sacar del territorio nacional, órganos tejidos o sus componentes de seres humanos o cadáveres, sin permiso de la Secretaría”, se castiga dicha conducta de uno a ocho años de prisión, con lo cual se puede señalar que nos encontramos en el mismo supuesto de un delito consumado y una tentativa, además que, se castiga con una sanción menor que el hecho de traficar con sangre.

El numeral 462 dice:

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

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 del orden establecido en las listas de espera a que se refiere el artículo 336 de esta Ley.

Por su parte el precepto 462 Bis señala: “Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I, II y

III del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, se le impondrá de tres a ocho años de prisión".

Es de señalarse que, nos encontramos en la hipótesis legal de un delito de Ejercicio ilegal del servicio público, de acuerdo al numeral 259 fracción IV del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal o como se señala en el Código Penal Federal, de un Ejercicio indebido del servicio público, establecido en el precepto 214 fracción V.

En ambos se trata de la misma hipótesis legal, con la salvedad de que en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se contiene el elemento normativo de ilegal, como si se tratara del sinónimo de indebido que utiliza el Código Penal Federal.

Al especificar el dispositivo 259 del Código Penal para el Distrito Federal: Comete el delito de ejercicio ilegal del servicio público, el servidor público que:

Fracción IV.- Teniendo obligación por razones de empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado.

Donde se hace la determinación del sujeto activo del delito, el cual presenta la calificativa de servidor público.

Este delito es doloso, de forma directa, ya que el agente conoce los elementos objetivos del hecho típico de que se trate y quiere su realización.

Dándose la hipótesis de la comisión por omisión, por tratarse de un delito de resultado material atribuible el resultado típico producido, es decir, el daño,

pérdida o sustracción de objetos, por omitir impedir este hecho, ya que tiene el deber jurídico de evitarlo, porque tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, un contrato o de su propio actuar precedente.

Aunado además, que cuenta con la calidad de garante como circunstancia específica, en que se coloca a la persona y por tanto tiene el deber jurídico de evitar el resultado en los delitos de omisión.

En nuestra opinión, no es necesario que exista el tipo penal del precepto 462 bis de la Ley General de Salud.

Por consiguiente, es necesario señalar que en el delito de tráfico de órganos de menores tipificado en el articulo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, debe ser tratado como un delito complejo, ya que la figura jurídica consta de la unificación de dos o más infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva y de superior gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente.

No es lo mismo el delito complejo, como ocurre en el presente, que un concurso de delitos, ya que para la obtención de órganos se requiere previamente, realizar varias conductas, ya sea de lesiones o en su caso, como se señala, una retención de menores, con lo cual se crea un delito único que absorbe las demás conductas delictivas.

Aunque en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden existir separados, ello no se da en el concurso de delitos, porque las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero se trata del mismo o mismos sujetos ejecutores, ya que para el caso concreto se puede considerar que cuenta con las agravantes necesarias que absorbe otros delitos, como puede ser el delito de lesiones, retención de menores, mutilación de cadáveres, delitos que por

si mismos poseen vida independiente, pues dicho delito se realiza y no es dable aplicar las penas de estos, sino precisamente la figura delictiva compleja.

Tampoco se puede considerar un delito plurisubsistente, ya que los actos integrantes de una sola figura delictiva no constituye a su vez un delito autónomo, considerándose para el caso concreto un delito complejo la fusión de las figuras típicas.

Es importante señalar, que los delitos de lesiones, homicidio y mutilación de cadáveres, los tipifica el Código Penal de la siguiente manera.

a) Lesiones.

El artículo 130 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sanciona.

Al que cause a otro un daño o alteración en la salud, se le impondrán:

I.- De treinta a noventa días multa, si las lesiones tardan en sanar menos de quince días;

II.- De seis meses a dos años de prisión, cuando tarden en sanar más de quince días y menos de sesenta;

III.- De dos a tres años seis meses de prisión, si tardan en sanar más de sesenta días;

IV.- De dos a cinco años de prisión, cuando dejen cicatriz perpetuamente notable en la cara;

V.- De tres a cinco años de prisión, cuando disminuyan alguna facultad o el normal funcionamiento de algún órgano o de un miembro;

VI.- De tres a ocho años de prisión, si producen la perdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad, o causen una enfermedad incurable o una deformidad incorregible; y,

VII.- De tres a ocho años de prisión, cuando pongan en peligro la vida.

b) Homicidio.

El delito de homicidio se tipifica en el precepto 123 del Nuevo código Penal, como: “el privar de la vida a otro” y “se tendrá como mortal una lesión, cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, algunas de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma”.

c) Mutilación de cadáveres.

Se señala en el numeral 208, de la siguiente manera:

“Se impondrá de uno a cinco años de prisión.
II.- Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia”.

Actos de los cuales es para despreciar, insultar o tratar con desdén, los restos sagrados de una persona, con el propósito de deshonrar o desacreditar a un muerto.

Volviendo a la Ley General de Salud, en su afán de represión del tráfico de órganos humanos, como se señaló, consagra como delictivo el hecho de que: “Por cualquier medio pretenda sacar o saque del territorio nacional sangre humana, derivados de ésta, órganos, tejidos y sus componentes”, con lo cual denota que, el hecho de que se pretenda sacar del territorio nacional, se trata de una tentativa, en virtud de que se realizan en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, ya que pretende cruzar la frontera nacional.

Por supuesto, la tentativa es de ejecución, sin que se llegue al momento consumativo del delito y el principio de exacta aplicación de la ley, consagrado en el artículo 14 párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se cumple cabalmente.

Cada una de estas conductas, tienen características específicas que las tipifican y con base en esto se debe formular dicha acusación, ya que de no hacerlo así, se permitirá que él inculpado sea juzgado por un delito que no ha cometido.

Es evidente que el simple hecho de trasladar de un lugar a otro (de una entidad federativa a otra), o en su caso, como lo señala la Ley General de Salud, sacar del territorio nacional, es un delito doloso, ya que basta la simple voluntad de trasladar estos, sin que sea necesario el comercio de ellos, porque se trata de órganos, en los que su posesión está prohibida cuando es para trasladar según la ley sanitaria.

Nuestra opinión, es que, el legislador debe de prevenir el traslado de éstos, pero no como está estructurado el tipo en su modalidad de sacar o pretenda sacar, con lo cual se denota la falta de exactitud jurídica y como se demostró, el hecho de pretender sacar, denota la existencia de una tentativa y de un elemento subjetivo, como lo es el hecho de que el agente pretenda, es decir, tener la intención o propósito, con lo cual se da por cierto algo de cuya realidad se duda, ya que el fin es, sacar del territorio nacional dichos componentes.

No se requiere que en esta transportación se pruebe la intención de transmitirla a terceros, porque la configura solo el hecho de que se mueva o traslade, en la cual abarca medios diversos e independiente de la distancia recorrida.

Es de considerar que la tentativa se integra con dos elementos: el subjetivo consciente en la intención dirigida a cometer un delito y el objetivo, consistente en los actos realizados por el agente, que deben ser de naturaleza ejecutiva y un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

Pero más grave es la situación de que el tráfico de órganos se castigue hasta el momento en que se configure el delito al sacar del territorio nacional dichos componentes, ya que se estará en presencia de la extraterritorialidad de la ley o en su caso de la intervención de dos Estados, para que se pueda castigar a los probables responsables, ya que se puede dar el caso de una vulneración de soberanía de un Estado a otro.

Por ello, el delito de tráfico y obtención de órganos humanos, se considera que trasciende el mero interés de la Ley General de Salud, que es el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, sus componentes, células y cadáveres de seres humanos, como se establece en la fracción XXVI, como derecho a la protección de la salud, que toda persona tiene en términos del artículo 1° de la citada ley y del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es necesario considerarlo y conveniente ubicarlo en una legislación de contenido más amplio donde se señalan las penas y medidas de seguridad, como en el Código Penal, lo cual será acorde a una correcta técnica legislativa, en donde el delito subsecuente, en este caso el tráfico y obtención de órganos humanos, debe estar junto a los delitos principales y originales, que en este supuesto lo constituyen preferentemente los delitos graves.

Por lo que hace a la ubicación de la conducta en el Código Penal debe estar junto a la figura de los delitos que tutelan el bien jurídico de la salud y la vida.

Ya que como lo señala Jesús Martínez Garnelo: "Ante ello, simplemente, podría decirse que hay que reformar la Constitución, Código Penal, Civil, Administrativo y de una manera Supraespecializada la Ley de Salud".[73]

La legislación sobre la materia deberá contener principios generales que regulen todos los aspectos ya que tienen manifestación en la sociedad mexicana y será indispensable el señalamiento de normas precisas encaminadas a proteger la vida, la salud, la integridad del individuo y el respeto al cadáver, dejando abierta la posibilidad de reglamentaciones futuras".[74]

El propio autor precisa: "La norma de derecho por lo general contiene la esencia de todo un pensamiento jurídico y de una experiencia social. Ese esfuerzo subsumido en el texto legal, debe aprovecharse no para hacer imitaciones extralógicas, sino para inspirarse en la resolución de nuestros problemas" [75].

4.2.- Análisis del caso a la luz del Artículo 14 de la Constitución y su relación con el Derecho Penal.

Este tema es de vital importancia para nuestra tesis, por que se desprenden varios fenómenos penales; entre ellos, el que se debe de reformar la propia Ley Penal y la Ley General de Salud, para que no exista excepción alguna y en la medida de lo posible, conciliar su aplicación, dotando y sirviéndonos de ellos, para su exacta aplicación de la ley al caso en concreto y complementar una y otra.

---

[73] MARTÍEZ GARNELO, Jesús. "La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos humanos", 1ª edición, editorial Porrúa, México, 2002, p. 529.
[74] Ob. Cit., p. 538
[75] Ob. Cit., p.539.

Para Raúl González Schmal, "La interpretación es una de las instituciones esenciales de la ciencia jurídica y consiste, en la operación necesaria para desentrañar el sentido de la norma jurídica, en tanto que la función judicial de la integración del derecho, estrechamente ligada con la interpretativa, consiste en la facultad que se atribuye al juzgador, para colmar las llamadas lagunas de la ley, más propiamente dicho, los casos no previstos. En otros términos, es la operación que éste realiza cuando tiene que dictar un fallo, no obstante que el legislador no previó, o no haya podido prever, el caso particular sometido al conocimiento judicial" [76]

El mismo autor, al citar a Fix Zamudio, sigue expresando; "En tratándose específicamente de la interpretación de normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de las disposiciones de la Ley suprema y tomar en consideración los motivos políticos y los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos".[77]

Con respecto a las normas constitucionales que versan sobre la interpretación jurídica del principio penal, que contiene nuestra ley máxima, tenemos los siguientes artículos.

El artículo 14, que versa sobre las diversas materias, que a la letra dice; "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

---

[76] GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl. "Programa de Derecho Constitucional", editorial Limusa s.a. de c.v., México, 2003, p. 392.
[77] GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl. Ob. Cit., p. 393.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".

"Como parte fundamental de esta garantía, tenemos la que se refiere genéricamente: a que a nadie se le aplicará retroactivamente una ley, es una interpretación jurídica ciento por ciento, puesto que protege a cualquier persona de la aplicación ex post facto de cualquier ley".

Nuestro autor sigue señalando: " Es así que, tenemos un principio de excepción en la aplicación de la Ley Penal, cuando ésta se hace ex post facto; la ley penal que ayudase al delincuente en cuanto a la penalidad, es decir, si la ley ex post facto es más benévola con la pena que la ley anterior ya abrogada pero que debería aplicarse, entonces se tomará como buena la ley ex post facto y se aplicará retroactivamente en beneficio del reo, nunca en perjuicio de éste".[79]

En principio tenemos, la no retroactividad de la ley, "que no es exacta en todos los casos, sino debemos de pensar que la prohibición de la Constitución es la aplicación ex post facto de las disposiciones jurídicas, pero no mas. Tenemos que en materia penal, es una interpretación conocida la que dice que si la penalidad beneficia al reo, ésta se le aplicará retroactivamente, pero siempre que redunde en su beneficio".[80]

Para el caso de que se esté en presencia de una ley retroactiva, al juzgador constitucional de amparo no le corresponde calificar, ni sancionar en su caso la conducta del acusado, procesado o sentenciado, él no debe, al estudiar la constitucionalidad del acto reclamado, aplicar una ley diferente a la que estuvo en vigor al emitir dicho acto, pues de esta manera ya no estaría juzgando la conducta de la autoridad responsable, que se estima violatorio de garantías, sino

[79] CARBAJAL, Juan Alberto. "Tratado de Derecho Constitucional", 1ª edición, editorial Porrúa, México, 2002, p. 241.
[80] CARBAJAL, Juan Alberto. "Estudios Constitucionales", 1ª edición, editorial Porrúa, México, 2000, p.92.

sustituyéndose en funciones específicas de ésta y, por ende, creando una instancia mas dentro del proceso penal, con el consecuente quebrantamiento del orden jurídico y la tergiversación de la esencia y los fines del juicio de amparo. Es permisible la aplicación retroactiva de la ley penal, cuando ésta beneficie al quejoso y no se lesionen derechos de tercero, pues la aplicación de tal ley debe hacerse siempre por autoridad competente y dentro del proceso penal, o del procedimiento de ejecución, según corresponda, pero jamás en juicio de garantías, ya que la autoridad competente de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, aun de oficio deberá de aplicar la ley más favorable al sentenciado.

Es entonces, que por regulación ex post facto debemos entender que no se puede aplicar con retrotracción las normas que surgen como nuevas, a los hechos pretéritos, sino se les debe de regular según se haya cometido o realizado el hecho generador de consecuencias jurídicas por la ley que imperaba en ese momento.

La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado, para cambiar, modificar o suprimir los derechos, con lo cual se rige el pasado y se lesionan los derechos que le estaban permitidos por el orden jurídico, ya que todo lo no prohibido por las normas, esta permitido. Por consiguiente que una ley que regule una situación no prevista hasta entonces, sólo puede obrar o regular hacia el futuro, ya que de lo contrario se estará en presencia de la vulneración de este artículo.

En consecuencia, las leyes que rigen situaciones anteriores a la fecha de su publicación, vulneran este derecho, derivado precisamente de la ausencia de normas legales que las limita o reglamenta.

Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos bajo el amparo de leyes anteriores, siendo esta última circunstancia esencial, ya que la ley vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derechos individuales en ese momento adquiridos.

Por lo que respecta al segundo párrafo del articulo 14 de la Constitución, que señala: Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Es de señalar que el principio de legalidad criminal, para que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, salvaguarda a la persona de los actos sin motivo justificado, es decir, sin que existan hechos que den pié a que el acto gubernamental se produzca.

Las formalidades esenciales del procedimiento, se refieren a la garantía de audiencia, ser oído y vencido en el juicio, con todos los arreglos que la ley permita, sea cual fuera la naturaleza del procedimiento de que se trate.

Con lo cual primero se debe de aplicar la ley según la cual este regulado el procedimiento y en segundo lugar, que el sujeto se pueda defender con todas las pruebas que ofrezca, para entonces poder ser oído y vencido en juicio.

Estas formalidades esenciales del procedimiento son las que permiten una adecuada defensa del sujeto de aplicación de la norma jurídica, entre las cuales se encuentran entre otras:

1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias
2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa.
3) La oportunidad de alegar, y
4) El dictar una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

De no respetarse estos requisitos, se dejará de cumplir con el fin de la garantía de audiencia que es evitar la indefensión del afectado.

Estas formalidades y garantía de audiencia deben de ser respetadas por las autoridades, aunque para ello se alegue que se trata de interés publico, ya que como se ha expresado, ésta es una garantía constitucional que, en caso de no cumplirse se vulnera los derechos de las personas.

C) La garantía penal de exacta aplicación de la ley y de la no aplicación de la pena por analogía y menos aún por mayoría de razón, se encuentran establecidas en el tercer párrafo del artículo 14 de nuestra Constitución, al señalar: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Con respecto a la prohibición de aplicabilidad analógica, establece que no se puede aplicar las penas por simple analogía, ni menos aún por mayoría de razón, aún cuando se parezcan los hechos a algún delito establecido por la legislación, con esa variante, aunque la analogía y la mayoría de razón nos lo dicten, no se puede entonces aplicar ninguna pena, por que nos encontramos dentro de un régimen de derecho y no se admite la creación de penas al capricho de persona alguna o del Estado, con lo cual se establece que debe de estar vigente en el momento de cometer el hecho delictuoso.

Lo referente a la exacta aplicación de la ley, significa que no debe de imponerse pena alguna que no esté sancionada por una ley actual y vigente al momento de cometerse la conducta o hecho, el cual se conoce también como el principio romano de Nullum crimen sine lege, nullum crimen sine poena.

La ley penal a fin de garantizar la libertad de los individuos, previamente tiene que expresar como delictuoso un hecho y por consiguiente, no se puede aplicar una pena o medida de seguridad que no se encuentre debidamente establecida en la ley y nadie puede ser sometido a una pena, sino en virtud de un juicio (garantía de audiencia) es decir, el Juez no tiene otra tarea que la

aplicación de la ley al caso concreto, con un parámetro de mínimos y máximos de punibilidad, conforme al arbitrio que le concede la ley.

En congruencia, se puede decir que la ley penal se puede interpretar, la prohibición del citado articulo constitucional debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los tratados preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etc.

En este sentido, la interpretación no debe ser ni extensiva, ni restrictiva, sino solo declarativa de la voluntad del legislador.

En caso de que se comprobara que por semejanza el delito que se le atribuye al sujeto, no es el exactamente aplicable al que se le imputó y el que se comprobó, sería violatorio de la garantía estudiada, ya que si racionalmente pudiera sentenciarse por un delito distinto del que se persigue, sería inoperante seguir el proceso, ya que se carece de objeto jurídico y se tendría que fallar en sentencia por un delito distinto, del que determino la naturaleza del juicio y fijó el objeto de la averiguación previa y bien sabemos que es menester sentenciar por el delito que se sigue en el juicio, sin que se pueda sentenciar por otro.

4.3.- La donación de órganos como estímulo para la sustracción de personas y órganos.

Hasta el momento no se puede corroborar que la donación de órganos en México, sea un estímulo para la sustracción de personas para poder extirpar los órganos, que en muchos de los casos son necesarios para encontrar la cura contra un padecimiento tan complicado, que permita al paciente seguir viviendo el mayor tiempo posible.

De ser así, no sería el simple hecho de privar de la libertad a una persona o como el artículo 172 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal señala, que en caso de que la sustracción de un menor de 12 años sea con el propósito de traficar con sus órganos.

Así vemos, que se encuentran en internet anuncios para la venta de órganos humanos, que a pesar, de que para esto se requiere una serie de estudios altamente especializados con el fin de disminuir la posibilidad de rechazo, no es tan cierto, como lo señalan algunos: la ... "práctica de poner a la venta órganos humanos es un mito alimentado por la ignorancia y las prácticas en países como Estados Unidos, altamente publicitadas por los medios".[81]

Esto es fácil de argumentar, ya que una persona, por la situación precaria en que se encuentre, puede ofrecer a la venta un órgano de su cuerpo, es decir, no necesariamente debe de ocurrir la privación de la libertad o como lo señala nuestro Código, la sustracción de una persona, ya que alguien por la necesidad económica en que se encuentre, puede otorgar su consentimiento para trasladarse de un lugar a otro, donde se pueda realizar dicha operación quirúrgica y no esté prohibido.

En otras palabras, podemos señalar que su consentimiento libre y espontáneo, no lo es del todo, ya que se ve presionado por sí mismo, por su situación económica tan deplorable y nadie más que él es el responsable de traficar con sus propios órganos, para obtener una ganancia económica.

Así vemos en el periódico "La Prensa", en donde con anuncio espectacular se indica "Se vende riñón", desesperado jefe de familia lo ofrece para salir de deudas, señalando que: "es más fácil vender un riñón que encontrar trabajo y no encuentra otra manera de conseguir dinero,... por la situación económica en que se encuentra".

---

[81] LA PRENSA. "información general", México, 29 de febrero de 2004, p. 12.

Argumentando: “Con vender un riñón, no le hago daño a nadie y sí puedo ayudar a alguien que lo necesite”, sin importarle, que el comprador sea un hombre mexicano o extranjero, ya que, podría salvar la vida de alguien que esté muriendo.

Como nota final se precisa: “En los últimos años la venta de órganos ha crecido. Los vendedores han adoptado diversas formas para ofertar riñones y otras partes del cuerpo. La supercarretera de la información es un medio donde constantemente se anuncia la venta de riñones u otro órgano”.[82]

Lo anterior es dable en los países donde existe poca o nula reglamentación en materia de donación y trasplantes de órganos humanos, de donde es fácil trasladar de un país a otro, a la persona que “voluntariamente” ofrece donar sus órganos, sin estar plenamente informado de las consecuencias que puede traer consigo la operación y más aún, por la situación económica raquítica en que se encuentra, ya que, no les es posible seguir con un tratamiento post-operatorio requerido.

Además de que el dinero que pueden obtener por la venta de su órgano, no les alcanza para el tratamiento y un seguimiento médico de su salud.

El dinero obtenido sólo produce un mínimo de beneficio y a la par, produce peores resultados, ya que la salud e incluso la vida del donante se pone en riesgo, todo esto porque jamás se les informa de los alcances, beneficios y perjuicios, que trae aparejada la operación para la extracción del órgano, volviéndose una carga para la familia y la sociedad.

Lo cierto es que, todas estas prácticas de “donación de órganos” son de manera ilegal, ya que en la mayoría de los países donde existe una ley de protección de la Salud, señala como ilegal poner a la venta órganos humanos, e

[82] LA PRENSA. “Información General”, México, 28 de febrero de 2004, p. 10.

incluso se puede castigar con pena de prisión y sanción administrativa, el hacerlo, ya que consideran precisamente el hecho de que se lucre con la vida humana, e incluso en algunos casos coinciden, en que no se debe de ayudar económicamente a la persona que dona su órgano y mucho menos a los familiares del difunto con los gastos de sepelio, ya que esto provoca que la donación pierda la forma altruista que se le pretende dar por la sociedad médica mundial.

Lo cierto es, que estas prácticas ilegales, con apariencia de una donación, seguirán existiendo día con día, en cualquier parte del mundo, a menos de que se encuentre otro medio de salvar vidas humanas, como puede ser el caso de órganos artificiales o de animales, como lo es el caso de la utilización de algunos órganos de cerdos, para ser implantados en el cuerpo humano, como lo son los "xenotrasplantes de células pancreáticas,... que producen insulina para curar la diabetes tipo 1 entre jóvenes de entre 13 y 18 años de edad y que superaron el problema de salud en un 80%, con resultados satisfactorios".[83]

4.4.- Propuesta de reforma para su autonomía.

Es de nuestro conocimiento, que no sólo se puede traficar con los órganos de menores de edad, que la privación de la libertad de una persona, no requiere la obtención de una ganancia económica, porque se comete en contra de personas de cualquier sexo y edad y, los que intervienen en dichos delitos pueden ser particulares o peritos en la materia de la salud, como son los médicos de alguna institución de salud pública o privada.

Al estar preocupados por mejorar el tipo penal de tráfico de órganos, se propone uno nuevo, el cual podría tener como título: Obtención, disposición ilegal

[83] LA PRENSA. "Información General", México, 3 de enero de 2004, p.10.

y tráfico de órganos humanos, siendo el bien jurídico tutelado la vida y la salud de las personas.

Estamos conscientes de que existe una línea delgada entre lo que es la obtención de sangre humana, al no poner necesariamente en peligro la vida del individuo.

En este campo, debemos distinguir:

a) La obtención de órganos pares regenerables o no y que no ponen en peligro la vida del ser humano del cual se extraen.

b) La de órganos únicos no regenerables y que ponen en riesgo la vida o producen la pérdida de la vida del individuo del cual se extraen.

c) La de órganos provenientes de cadáveres, que no poniendo en riesgo la vida y salud, son necesarios para recuperar la salud de los enfermos, por lo que se debe regular la extracción de órganos de los cuerpos, sin la debida autorización de los disponentes.

Es necesario establecer una sanción a las conductas derivadas de lo que es la obtención, disposición ilícita y tráfico de órganos humanos.

Por tal virtud, se proponen las siguientes hipótesis:

1.- Comete el delito de obtención y disposición ilícita de órganos, quien sin el consentimiento expreso de la persona que en vida lo pueda dar, o sin el consentimiento del o de la cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes o descendientes consanguíneos hasta el segundo grado, hermanos, adoptante o adoptado y por medio de la violencia; obtenga, conserve, prepare, utilice o suministre órganos, tejidos, cadáveres, fetos, embriones de seres humanos, a quienes se les impondrá:

I.- De dos a cinco años de prisión y multa de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente, cuando se trate de sangre humana y la cantidad sea tal, que no ponga en peligro la vida

II.- De cinco a diez años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, tratándose de órganos, tejidos, substancias que formen parte del cuerpo humano, embriones o fetos, cuando provengan de cadáveres.

III.- De cinco a quince años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, tratándose de órganos provenientes de personas vivas mayores de edad y que su extracción no pone en peligro la vida.

IV.- De diez a quince años de prisión y multa de trescientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, cuando se trate de órganos extraídos de persona viva, menor de edad o incapaz y no ponga en peligro la vida, sin importar que éste otorgue su consentimiento.

V.- De diez a veinte años de prisión y multa de trescientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, cuando se trate de órganos, que su extracción ponga en peligro la vida de la persona.

VI.- De veinte a cincuenta años de prisión y multa de trescientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, cuando la extracción de los órganos produzca la muerte.

2.- Comete el delito de tráfico de órganos humanos, quien transporte o traslade por medios adecuados, independientemente de la distancia recorrida y sin permiso de la Secretaría de Salud, sangre humana, sus derivados, células reproductoras masculinas o femeninas, órganos, tejidos, substancias que forman

parte del cuerpo humano, embriones, fetos, cadáveres o partes de éste y se impondrán:

I.- De cuatro a siete años de prisión y multa de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente, tratándose de sangre humana o células reproductoras masculinas o femeninas.

II.- De cinco a ocho años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, tratándose de órganos, tejidos, substancias que formen parte del cuerpo humano, embriones, fetos, provenientes de cadáveres o partes de éste.

3.- Al que comercie con sangre, sus derivados, órganos, embriones, fetos, cadáveres o restos de seres humanos, se le impondrá de cinco a diez años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo general vigente.

4.- Se impondrá de cinco a diez años de prisión y multa de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente, al receptor del trasplante de sangre, órganos, tejidos, células o productos del cuerpo humano, si tiene conocimiento de que estos fueron obtenidos y suministrados ilícitamente.

Si no se acredita esta circunstancia, se le impondrá de tres a nueve años de prisión y multa de trescientos quinientos días de salario.

Por lo que respecta a las hipótesis de propuesta de reforma que se expusieron, es menester hacer algunos comentarios.

Por cuanto hace a la primera hipótesis de propuesta, que a la letra dice:

1.- Comete el delito de obtención y disposición ilícita de órganos, quien sin el consentimiento expreso de la persona que en vida lo pueda dar, o sin el

consentimiento del o de la cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes o descendientes consanguíneos hasta el segundo grado, hermanos, adoptante o adoptado y por medio de la violencia; obtenga, conserve, prepare, utilice o suministre órganos, tejidos, cadáveres, fetos, embriones de seres humanos, a quienes se les impondrá:

Se ha propuesto, porque se pretende dar una mayor precisión de los alcances de las penas.

Lográndose con esto, una mejor sistematización del delito.

No se propone un incremento irracional de las penas, sino la funcionalidad del delito y del tipo penal, como forma ordenada para lograr la convivencia social.

Con ésta situación, se da una respuesta eficaz y adecuada a las expectativas de la sociedad, con lo cual, se observará la exacta aplicación de la ley, para poder enfrentar con éxito el fenómeno que lo motiva a alcanzar el objetivo de no poner trabas para que la conducta del sujeto activo sea castigada, por un sistema de justicia penal efectiva y funcional, para garantizar la debida protección del bien jurídico tutelado frente a el delito, que responda además a las exigencias de la sociedad mexicana y no lleve al fracaso.

Por su parte, en éste artículo, la conducta típica consiste en:

a) Obtener órganos, tejidos, cadáveres, fetos, embriones de seres humanos, sin el consentimiento expreso del donante originario o secundarios, entre los cuales se encuentran: los cónyuges, concubina, concubinario, ascendientes o descendientes consanguíneos hasta el segundo grado, como lo son los padres, hijos, abuelos o nietos, aunada a esta lista, también, los hermanos, adoptante o adoptado.

Conducta que debe ser por medio de la violencia directa al donante originario, secundario o a alguna otra persona ligada con el donante, ya que es de considerarse, que ninguna persona por su propia voluntad dona algún órgano a un desconocido, a costa de su propia salud y vida.

La obtención en éste caso, es la situación de adquirir o extraer dichos órganos.

b) Conservar, lo cual significa: la acción de mantener, cuidar o guardar dichos órganos.
c) Por preparar se entiende la conducta de disponer y realizar las operaciones necesarias para que los órganos o productos sirvan para un efecto.
d) Utilizar, es emplear, aprovechar o servirse de los órganos.
e) Por suministrar, se entiende la acción de proveer, proporcionar, entregar, abastecer, dotar o entregar los órganos.

No es necesario una posesión de los órganos, en virtud de que esta ya va implícita en las conductas, ya que sin ella, no puede darse el delito.

La conducta es dolosa, porque el sujeto activo conoce y quiere la realización.

Por cuanto hace a la individualización de la pena, también se señalan como elementos integrantes, el hecho de que provengan de cadáveres, ponga o no en peligro la vida y sean de incapaces, porque no se puede castigar con la misma sanción las diversas magnitudes y puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

La segunda hipótesis de propuesta, a la letra dice:

2.- Comete el delito de tráfico de órganos humanos, quien transporte o traslade por medios adecuados, independientemente de la distancia recorrida y sin permiso de la Secretaría de Salud, sangre humana, sus derivados, células reproductoras masculinas o femeninas, órganos, tejidos, substancias que forman parte del cuerpo humano, embriones, fetos, cadáveres o partes de éste.

Es de señalar que este tipo se integra, sólo con el hecho de transportar o trasladar, sin que sea necesario que se compruebe la posesión, porque ésta se subsume en la transportación, por ser el medio para llevarla a cabo .

La tercera hipótesis propuesta dice:

3.- Al que comercie con sangre, sus derivados, órganos, embriones, fetos, cadáveres o restos de seres humanos, se le impondrá..

Se integra sólo con el hecho de comercializar, negociar comprando o vendiendo éstos órganos, esto es así ya que está prohibida su venta, por tratarse de órganos que sólo se pueden obtener y disponer por medio de la donación altruista.

Es necesario señalar la cuarta hipótesis de propuesta, que señala:

4.- Se impondrá de cinco a diez años de prisión y multa de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente, al receptor del trasplante de sangre, órganos, tejidos, células o productos del cuerpo humano, si tiene conocimiento de que estos fueron obtenidos y suministrados ilícitamente.

Si no se acredita esta circunstancia, se le impondrá de tres a nueve años de prisión y multa de trescientos quinientos días de salario.

Se propone en virtud de que el sujeto activo, es el destinatario que recibe estos órganos, ya sea con conocimiento de esta circunstancia o sin ella, pero el hecho de que no se pueda acreditar dicha situación o elemento sujetivo, quiere decir que se le deje de sancionar, ya que se acredita sólo con el hecho, de que dicha obtención, se realice fuera de los casos especificados por la ley, es decir, de manera ilícita.

El hecho de tener conocimiento de que los órganos provienen de un delito, simple y sencillamente, es menester subrayar, que desde el tipo de vista tipológico el Derecho Penal, genera para su organización y estructuración, diversas circunstancias que se presentan como requisito fundamental, a través del cual, el Ministerio Público se apoya para realizar una investigación satisfactoria y no tener problemas trascendentales para lograr integrar el cuerpo del delito, así, la opinión de Griselda Amuchategui Requena, trata en este sentido, señalando lo siguiente:

"El delito con la restricción de sus elementos, se van a referir, justamente, a como el legislador, lleva a cabo la descripción legal de modo que puede ser descriptivo, el cual, describe con detalle los elementos que debe contener el delito.

Normativo, mismo que hace referencia a lo antijurídico, generalmente va vinculado a la conducta y medio de ejecución, se reconoce con frases, como: sin derecho, indebidamente, injustificación, etc., que implica lo contrario a derecho, por ejemplo, robo sin consentimiento.

Subjetivo, que hace referencia a la intención del sujeto activo o al conocimiento de una circunstancia determinada o algo de índole subjetiva, es decir, un aspecto intenso; por ejemplo en el homicidio en razón del parentesco o

relación, el elemento subjetivo consistente en que el delincuente conozca el parentesco que lo une con su víctima". [84]

El delito en su composición, desde el aspecto subjetivo, tal y como lo dice Griselda Amuchategui Requena genera situaciones más especiales para su integración, siendo el caso en específico, el tener o no conocimiento de que los órganos provienen de un delito, es decir, si tiene conocimiento de que estos fueron obtenidos y suministrados ilícitamente.

La consideración principal que nace en este momento, es el hecho de que la persona que haya recibido los órganos, debe demostrar un conocimiento de causa.

Debe encontrar incluso, hasta un efecto doloso y participar en el delito.

Si una persona tiene conocimiento de que los órganos o productos que le están implantando son de procedencia ilícita, evidentemente, se hace cómplice del delito.

Esto se hace con cierto dolo; esto es, con una intencionalidad directa de llevar a cabo el acto ilícito del que tiene conocimiento.

Si la persona no toma las precauciones indispensables para cerciorarse de su procedencia o para asegurarse de que la persona de quien la recibió tenia derecho a disponer de ella, sin que existiera impedimento, no son circunstancias atenuantes para considerarlas objetivas como una situación culposa o imprudencial y bajar de esta manera la pena, porque son circunstancias obligatorias que todos y cada uno de nosotros debemos necesariamente cuidar, en el momento de que se trata del trasplante.

[84] AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Ob. Cit., pp. 63 y 64.

Esto es, si el que recibe los órganos o productos, no toma las precauciones indispensables de cerciorarse de su legítima procedencia o que la persona que le está donando, es la persona que legalmente puede donarlo, siendo fundamentales los dos requisitos señalados, para demostrar o no, que tenía conocimiento de causa.

Así tenemos, que en principio, para poder desglosar esta incógnita, es necesario consultar la naturaleza del dolo. Pero no como un aspecto de la culpabilidad dentro de la teoría del delito, sino como una circunstancia que definitivamente se tiene que llevar a cabo a la luz de lo que sería la naturaleza misma de la conducta.

Para aclarar esto, citaremos las palabras de Enrique Díaz Aranda que al hablarnos de estas circunstancias, señala: “Existe acuerdo en la doctrina en que el dolo se conforma con dos elementos: a) conocimiento y b) voluntad. En lo que no existe acuerdo es en la determinación del contenido de uno y otro y cual de ellos debe prevalecer.

El conocimiento es el presupuesto de la voluntad, toda vez que no se puede querer lo que no se conoce, no se puede conseguir una voluntad vacía en el contenido. Por ello se debe dejar sentada la existencia del conocimiento como elemento del dolo; el conocimiento es la acción y efecto de conocer y entender.

El contenido de la voluntad como elemento del dolo es un punto más controvertido. Después de la concepción sociológica de la culpabilidad, propia del sistema gráfico, esa voluntad deberá ser la de provocar un resultado crítico y antijurídico. Con intuición de elementos normativos en la culpabilidad de un sistema neoclásico surgieron los primeros problemas de la voluntad como elemento rector del dolo, pues ya no era tan trascendente en nexos sociológicos entre el autor y el resultado antijurídico, sino la valoración normativa; el reproche que se podría realizar al autor por su conducta. De todas formas el dolo mantuvo

su componente psicológico y, aunque atenúa lo de su importancia, la voluntad surgió de quienes tenían la función de elemento que abarca tanto la conducta como la provocación de un resultado típico y antijurídico". [85]

Conforme a lo expresado por Enrique Díaz Aranda, evidentemente el conocimiento y la voluntad deben estar unidos en lo que sería el hecho de la formación del dolo.

Razón por la cual, la naturaleza tipológica desde el punto de vista de la culpabilidad, de la primera hipótesis tiene que ser doloso.

Como consecuencia, en la segunda hipótesis de la propuesta de no tener conocimiento de esta circunstancia, puede ser la llave para poder proponer una reglamentación de este elemento subjetivo, con una penalidad menor, ya que se considera que puede ser culposo, circunstancia, a través de la cual el agente del Ministerio Público, va a demostrar que tenía conocimiento o no, de las circunstancias.

El hombre, es un ser que tiene fines propios que cumplir por sí mismo, cuenta con razón y libre albedrío, el cual no es un medio para fines extraños o ajenos a los suyos, por contar con dignidad humana y que al obrar respecto de otros, debe hacerlo sólo, sobre la base que le reconozca como legítima su conducta.

Uno de los derechos del ser humano, es que el Estado y cualquier individuo respete su vida y su integridad corporal.

Necesariamente necesita estar exento de la coacción de otros individuos o de los poderes públicos del Estado.

---

[85] DÍAZ ARANDA, Enrique. "Dolo, casualismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México" , 5° edición, editorial Porrúa, México, 2000, pp. 116 y 138.

Significando con esto, que el Estado, le debe asegurar el derecho a la vida e integridad corporal. Esto quiere decir, que el hombre, tiene derecho a no ser privado injustamente de la vida, integridad corporal y salud, a que no sufra ataques injustos de otro individuo o del poder público y estos, deben ser protegidos por normas jurídicas.

Se propone esta hipótesis, en su modalidad de delito culposo, ya que la finalidad perseguida por el autor es irrelevante, importando sólo el resultado lesivo causado, ya que lo decisivo, no es lo que el autor quiere.

Esta hipótesis, contiene también, un comportamiento humano de omisión, consistente, en el no ejercicio de la actividad final, el cual adquiere relevancia jurídico- penal, en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo. Pero teniendo en cuenta, que sólo aquello que puede ser considerado como omisión, puede ser objeto de tipificación.

Omisión que se tiene definida, como una acción esperada, ya que es de señalar, que incluso existe como alternativa de solución para estos casos, la circular C/002/03 expedida por el C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal, por medio de la cual, se establecen criterios para coordinar y supervisar el procedimiento de donación y trasplante de órganos, células y tejidos, a que se refiere el instructivo I/001/2002 del C. Procurador, de fecha 22 de septiembre del 2003, que consta de once numerales.

Que tiene como finalidad la intervención del Ministerio Público, cuando se trate de extracción de órganos y tejidos, cuando la pérdida de la vida del donante se encuentre relacionada con alguna averiguación previa por un delito, conforme a lo establecido en el artículo 328 de la Ley General de Salud.

Se añade a lo anterior, que se cuenta con el Centro Nacional de Trasplantes, al cual se puede acudir a efecto de verificar si el centro hospitalario

donde realizará algún trasplante, cuenta con autorización para llevar a cabo estos.

Personal antes citado, que incluso puede contar con documentos oficiales para corroborar que los órganos que se dispondrán para la ablación, está debidamente otorgado el consentimiento del donador y no existe impedimento legal alguno.

Al volver a la segunda hipótesis en estudio, es de señalar, que en estos casos, existe una responsabilidad por la simple omisión de que el sujeto no tomó las medidas necesarias para cerciorarse si el lugar donde se realiza el trasplante, está autorizado para realizar éstos y además, que la utilización de los órganos y tejidos sea de manera lícita, porque los órganos no se pueden adquirir simple y sencillamente, como si se tratara de un mercado abierto.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El tipo penal del artículo 172 del Nuevo Código Penal del Distrito Federal, debe estar separado de la sustracción o retención de menores, el cual es una modalidad de la privación de la libertad, que incluso, no puede definirse como secuestro para causar daño a la persona y revela más de una simple sustracción de menores.

SEGUNDA.- El tráfico de órganos es un delito autónomo, donde el medio para lograr la comisión del ilícito, es el hecho de privar de la libertad a una persona para cuasar un mal al extraer y usar sus órganos.

TERCERA.- El tráfico de órganos es verdaderamente importante y es necesario sustraerlo completamente del referido numeral 172, para establecer todo un capítulo nuevo respecto de lo que es el tráfico de órganos de personas, definiendo cada una de las conductas y estableciendo con mayor exactitud las sanciones, para que faciliten su exactitud en la práctica y en la composición del cuerpo del delito..

CUARTA.- El hecho de que se diga, que las penas se aumentarán en un tanto, provoca la interpretación por analogía o representación, situación que está prohibida por el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional ya que se debe de aplicar una ley en forma exacta.

QUINTA.- El objetivo directo de esta propuesta, es establecer lineamientos a través de los cuales debe lograr una mayor protección de la sociedad para proteger los bienes jurídicos más relevantes, como son la vida e integridad corporal.

Ya que el Derecho Penal está basado en la sanción, con la necesidad preventiva de lo que es la composición del delito y esa obligación del medio social,

para obedecer el tipo penal, protegiendo necesariamente el bien jurídico tutelado por la norma penal o el delito, principalmente la vida y las diversas libertades.

SEXTA.- Ya que es obligación del Estado como organizador jurídico, defender a la sociedad entera, por tener en sus manos el poder de castigar, para reprimir el delito y dar protección a los intereses lesionados, para que pueda llevar a cabo la organización de la sociedad, en base a la protección penal, fijando penas proporcionales al ilícito cometido.

SEPTIMA.- Lográndose con esto la prevención del delito, como finalidad del derecho Penal, entre otras, así también, el de castigar y someter al delincuente a un tratamiento de rehabilitación mediante del derecho penitenciario, para lograr la efectividad en la composición del Derecho Penal.

.

OCTAVA.- Con lo que se logra una adecuada convivencia social y la tutela de los bienes que representan los intereses primordiales para los sujetos, que son tan indispensables para la vida individual y colectiva, que además son necesarios para la supervivencia y desenvolvimiento de la comunidad.

NOVENA.- La sustracción de un menor de edad establecida en el articulo 172 del Nuevo código Penal, presenta como bien jurídico tutelado, la libertad y libre tránsito.

DÉCIMA.- El tráfico de órganos tutela como bien jurídico la salud y la vida.

DÉCIMA PRIMERA.- Preocupados por mejorar el delito de tráfico de órganos, se propone un nuevo tipo penal, el cual tiene como título: Obtención, disposición ilegal y tráfico de órganos humanos, donde el bien jurídico tutelado será la vida y la salud de las personas.

Donde existe una línea delgada entre lo que es la obtención de sangre humana, en la cual no necesariamente se pone en peligro la vida del individuo.

DÉCIMA SEGUNDA.- Para esto, debemos distinguir entre:

1.- La obtención de órganos pares regenerables o no y que no ponen en peligro la vida del ser humano del cual se extraen.

2.- La obtención de órganos únicos no regenerables y que ponen en riesgo la vida o producen la pérdida de la vida del individuo del cual se extraen.

3.- La de órganos provenientes de cadáveres, que no pone en riesgo la vida y salud, pero son necesarios para recuperar la salud de los enfermos y se debe regular el no extraer órganos de los cuerpos, sin la debida autorización de los disponentes.

PROPUESTA DE REFORMA.

Toda vez que como delito autónomo, el tráfico de órganos no esta regulado, se propone reformar el Código Penal para el Distrito Federal, para adicionar en el libro segundo, parte especial, título segundo, un capítulo relativo al Tráfico de órganos, para quedar de la siguiente manera:

Obtención, disposición ilegal y tráfico de órganos humanos.

Artículo 155 bis.- Comete el delito de obtención y disposición ilícita de órganos, quien sin el consentimiento expreso de la persona que en vida lo pueda dar, o sin el consentimiento del o de la cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes o descendientes consanguíneos hasta el segundo grado, hermanos, adoptante o adoptado y por medio de la violencia; obtenga, conserve, prepare, utilice o suministre órganos, tejidos, cadáveres, fetos, embriones de seres humanos, a quien se le impondrá:

I.- De dos a cinco años de prisión y multa de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente, cuando se trate de sangre humana y la cantidad sea tal, que no ponga en peligro la vida

II.- De cinco a diez años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, tratándose de órganos, tejidos, substancias que formen parte del cuerpo humano, embriones o fetos, cuando provengan de cadáveres.

III.- De cinco a quince años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, tratándose de órganos provenientes de personas vivas mayores de edad y que su extracción no pone en peligro la vida.

IV.- De diez a quince años de prisión y multa de trescientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, cuando se trate de órganos extraídos de persona viva, menor de edad o incapaz y no ponga en peligro la vida, sin importar que éste otorgue su consentimiento.

V.- De diez a veinte años de prisión y multa de trescientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, cuando se trate de órganos, que su extracción ponga en peligro la vida de la persona.

VI.- De veinte a cincuenta años de prisión y multa de trescientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, cuando la extracción de los órganos produzca la muerte.

Artículo 155-ter.- Comete el delito de tráfico de órganos humanos, quien transporte o traslade por medios adecuados, independientemente de la distancia recorrida y sin permiso de la Secretaría de Salud, sangre humana, sus derivados, células reproductoras masculinas o femeninas, órganos, tejidos, substancias que forman parte del cuerpo humano, embriones, fetos, cadáveres o partes de éste y se impondrán:

I.- De cuatro a siete años de prisión y multa de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente, tratándose de sangre humana o células reproductoras masculinas o femeninas.

II.- De cinco a ocho años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo general vigente, tratándose de órganos, tejidos, substancias que formen parte del cuerpo humano, embriones, fetos, provenientes de cadáveres o partes de éste.

Artículo 155-quáter.- Al que comercie con sangre, sus derivados, órganos, embriones, fetos, cadáveres o restos de seres humanos, se le impondrá de cinco a diez años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo general vigente.

Se impondrá de cinco a diez años de prisión y multa de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente, al receptor del trasplante de sangre, órganos, tejidos, células o productos del cuerpo humano, si tiene conocimiento de que estos fueron obtenidos y suministrados ilícitamente.

Si no se acredita ésta circunstancia, se le impondrá de tres a nueve años de prisión y multa de trescientos quinientos días de salario.

Asimismo, se debe reformar los artículos 459, 460, 461 y 462, 462-bis de Ley General de Salud en los términos antes citados, para no ser contrario a los preceptos que se proponen y a los artículos 8, 13 y 14 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, para lograr una mayor protección de la sociedad y cumplir con los objetivos de Derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA.

1.- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. “Derecho Penal”, 2ª edición, editorial Oxford, México, 2003.

2.- BERGOGLIO DE BROUWER, María Teresa y BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia. “Trasplantes de órganos”, sin edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1983.

3.- BONESANA, César, Marqués de Beccaria. “Tratado de los delitos y de las penas”, 8ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 2005.

4.- CARBAJAL, Juan Alberto. “Tratado de Derecho Constitucional”, 1ª edición, editorial Porrúa, México, 2002.

5.- CARBAJAL, Juan Alberto. “Estudios Constitucionales”, 1ª edición, editorial Porrúa, México, 2000.

6.- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. “Derecho Penal Mexicano”, 21ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 2001.

7.- CASTELLANOS, Fernando. “Lineamientos elementales de Derecho Penal”, 39ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 1998.

8.- CUELLO CALÓN, Eugenio. “Derecho Penal”, 8ª edición, editorial Editora Nacional, México, 2001.

9.- DÍAZ ARANDA, Enrique. “Dolo, casualismo, finalismo, funcionalismo y reforma penal en México”, 5° edición, editorial Porrúa, México, 2000.

10.- DOMÍNGUEZ GARCÍA VILLALOBOS, Jorge Alfredo. “Trasplantes de órganos, aspectos jurídicos”, 2ª edición, editorial Porrúa, México. 1996.

11.- DOMÍNGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo. “Derecho Civil, Parte general, persona, cosa, negocio jurídico”, 6ª edición, editorial Porrúa, México, 1998.

12.- FLORESGÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando y CARVAJAL MORENO, Gustavo. “Nociones de Derecho Positivo Mexicano”, 42ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 2002.

13.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. “Panorama de la Historia Universal del Derecho”, 4ª edición, editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1998.

14.- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. “Filosofía del Derecho”, 12ª edición, editorial Porrúa, México, 2000.

15.- GOLSTEIN, Raúl. “Derecho Penal y criminología”, 4ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000.

16.- GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl. “Programa de Derecho Constitucional”, editorial Limusa S.A. de C.V., México, 2003.

17.- KAPLAN, Marcos, coordinador del Instituto de investigaciones jurídicas. “Revolución tecnológica, Estado y Derecho”, 1ª edición, tomo IV, editorial Universidad Nacional Autónoma de México y Petróleos Mexicanos, México, 1993.

18.- KARPETS, Igor. “Delitos de carácter internacional”, traducción de Pérez Castul, 3ª edición, editorial Progreso, Moscu, 2000.

19.- MARCO DEL PONT, Luis. “Derecho penitenciario”, 2ª edición, editorial Cárdenas editores y distribuidores, México, 1998.

20.- MARTÍNEZ GARNELO, Jesús. “La figura jurídica del contrato en los trasplantes de órganos humanos”, 1ª edición, editorial Porrúa, México, 2002.

21.- MURCIO ACEVES, Rosangela. “Derecho Penal”, 1ª edición, editorial Universidad Tecnológica de México, México, 2002.

22.- ORONOZ SANTANA, Carlos M. “Manual de Derecho Procesal Penal”, 4ª edición, editorial Limusa, México, 2002.

23.- OSORIO Y NIETO, César Augusto. “Síntesis de Derecho Penal”, 4ª edición, editorial Trillas, México, 2002.

24.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. “Manual de Derecho Penal Mexicano”, 16ª edición, editorial Porrúa, México, 2002.

25.- PORTE PETTIT CANDAUDAP, Celestino. “Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal”, 17ª edición, editorial Porrúa S.A., México, 2000.

26.- ROJÍNA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano”, 6ª edición, editorial Porrúa, México, 1985.

27.- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. “De los Contratos Civiles”, 11ª edición, editorial Porrúa, México, 1991.

28.- TREVIÑO BECERRA, Alejandro. “Trasplantes de órganos y tejidos”, Estado actual de los trasplantes de órganos en México, Academia mexicana de cirugía, 1ª edición, editorial J. G. H., México, 1997.

29.- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. “Los Contratos Civiles y sus generalidades”, 5ª edición, editorial MC-GRAW-HILL, México, 1996.

30.- VELA TREVIÑO, Sergio. “Antijuridicidad y justificación”, 5ª edición, editorial Trillas, México, 1999.

31.- ZAMORA VALENCIA, Miguel Ángel. “Contratos civiles”, 4ª edición, editorial Porrúa, México, 1999.

LEYES.

1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, sin edición, editorial Sista, México, 2006.

2.- CÓDIGO CIVIL para el Distrito Federal, sin edición, editorial Sista, México, 2006.

3.- NUEVO CÓDIGO PENAL para el Distrito Federal, sin edición, editorial Sista, México, 2006.

4.- LEY GENERAL DE SALUD, 7ª edición, editorial Ediciones fiscales Isef, México, 2006.

5.- NORMA TECNICA 323 para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos.

ENCICLOPEDIAS.

1.- DICCIONARIO LAROUSSE, México, 2003.

2.- DICCIONARIO REZZA, sin edición, editorial Rezza, México, 2000.

3.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires Argentina, tomo XXIV, 1987.

4.- GARRONE, José Alberto. “Diccionario jurídico Abeledo Perrot”, sin edición, Argentina, tomo III, 1986.

5.- “NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA”, dirección de Mascareñas, Carlos E., 2ª edición, editorial Francisco Seix, Barcelona, España, tomo VII, 1974.

6.- OSORIO, Manuel. “Diccionario de Ciencias, Jurídicas, Políticas y Sociales”, 27° edición, editorial Heliasta, Colombia, 2000.

7.- PALOMAR DE MIGUEL, Juan. “Diccionario para juristas”, editorial Porrúa, México, tomos I y II, 2000.

8.- DE PINA, Rafael y DE PINA Y VARA, Rafael. “Diccionario de Derecho”, 27ª edición, editorial Porrúa, México, 1999.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS.

1.- LA PRENSA, Información general, México, 3 de enero, 28 de febrero y 29 de febrero de 2004.