

320809 9
29



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

"LA NECESIDAD DE TIPIFICAR EL TRAFICO DE
MENORES COMO MEDIO PARA LA DISPOSICION
DE SUS ORGANOS"

T E S I S

QUE PRESENTA:

FLOR ANGELI MALDONADO PINEDA

PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

ASESOR DE TESIS: LIC. EVA YOLANDA MONTALVO OLVERA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

A MIS PADRES:

RAMIRO MALDONADO ORTUÑO.
IRMA PINEDA BELTRAN

POR TODO SU APOYO, DEDICACION,
CARIÑO Y ESFUERZOS. MIL GRACIAS.

A MIS HERMANOS, IRMA Y FRANCISCO.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I ELEMENTOS DEL DELITO

1.1. Generalidades.....	2
1.2. Conducta y su ausencia.....	5
1.3. Tipo, Tipicidad y su ausencia.....	8
1.4. Antijuridicidad y Causas de Justificación.....	13
1.5. Imputabilidad e inimputabilidad.....	19
1.6. Culpabilidad e inculpabilidad.....	20
1.7. Punibilidad y excusas absolutorias.....	22

CAPITULO II ALGUNOS MEDIOS UTILIZADOS EN EL TRAFICO DE MENORES

2.1. Adopción.....	27
2.2. Privación ilegal de la libertad.....	34
2.3. Entrega de un Menor a un tercero.....	42
2.4. Delitos contra el estado civil.....	44

CAPITULO III CONSIDERACIONES DEL TRAFICO DE MENORES

3.1. Países en América.....	51
3.1.1. México.....	53
3.1.2. Guatemala.....	58
3.1.3. Honduras.....	62
3.1.4. Argentina.....	65
3.1.5. Brasil.....	67
3.2. Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores.....	71

CAPITULO IV DISPOSICION DE ORGANOS

4.1. Disposición de órganos.....	76
4.2. Destino Final.....	79
4.3. Donante originario y secundario.....	80
4.4. Receptor.....	85
4.5. Trasplante.....	87
4.6. Disposición ilícita de órganos.....	91
4.7. Falta de tipificación.....	95

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

El tráfico de menores como medio para la disposición de sus órganos , se ha acrecentado en los últimos años y nuestro país no se encuentra exento, sino que representa uno de los países con mayor porcentaje en cuanto a esta conducta se refiere.

Es indudable que los trasplantes de órganos se han hecho necesarios, para casos en los cuales no existe otra alternativa de curación y que la demanda de éstos a rebasado en gran medida a las pocas donaciones que existen y que debido a esa escasez de donantes las mafias comerciantes de materiales orgánicos humanos han encontrado en el tráfico de menores una mezquina solución a tanta demanda.

Es conveniente que existan normas más estrictas en cuanto a la procedencia de los órganos y sus donantes se refiere, y que todas aquellas instituciones medicas y científicas que utilicen órganos de dudosa procedencia se les sancione rigurosamente.

Los derechos de todos esos menores son violentados, la forma en que son utilizados como objeto de compraventa, comercio, la forma en que se les priva del derecho de todo ser humano a la vida, a la integridad física y mental y el derecho a vivir en su núcleo familiar, utilizándolos con diversos fines, entre ellos el atroz trasplante de órganos.

Cabe señalar que en varias ocasiones se ha detectado que los traficantes de menores se aprovechan de familias de escasos recursos que algunas veces por su ignorancia creen dar al menor para que supuestamente sea adoptado y en la creencia de que tendrá una mejor vida, por otra parte existen también padres que venden a sus hijos sin importar su destino.

Por lo que toca a las procedimientos de adopción éstos necesitan emplear un sistema rígido para corroborar los datos de las personas que solicitan niños en adopción, así como realizar visitas posteriores al adoptado para constatar que viven en un buen ambiente familiar, que exista una buena relación entre adoptante y adoptado, esta sería una buena medida para localizar adopciones fraudulentas. Todo lo relativo a la adopción es preocupante ya que es uno de los principales medios para el tráfico de menores como medio para lograr beneficios, entre ellos la disposición de un órgano.

En el capítulo primero se estudian los elementos del delito, para corroborar que el tráfico de menores como medio para la disposición de sus órganos, reúne todos los elementos a excepción de la tipificación.

En el segundo capítulo se enuncian los medios utilizados en el tráfico de menores como medio para la disposición de sus órganos, como es la adopción en fraude a la Ley, la privación de la libertad entre otras, donde se confirma que no son suficientes las sanciones consagradas en ninguno de sus respectivos ordenamientos ni aplicable al tráfico de menores como medio para la disposición de sus órganos.

En el capítulo tercero se realiza un análisis de la actual situación del tráfico de menores, en los principales países de América donde se presenta con mayor frecuencia tal conducta, así como se muestra con algunas citas el índice tan elevado que existe de este delito y de los pagos tan exorbitantes que se llegan a hacer por algún órgano esencial, y se presenta también la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, en donde está muy clara la preocupación de los países de América por la desaparición de niños.

En el capítulo cuarto se analiza todo lo relativo a la disposición de órganos la forma en que se hacen las donaciones y de la prohibición del comercio de órganos de cadáveres, sin embargo nunca se menciona la forma en que se sancionaría a quien comercie con órganos de seres vivos.

Por lo anteriormente señalado es conveniente establecer en el contenido de esta tesis que las Leyes que se encargan de sancionar a los traficantes de órganos de menores no son lo suficientemente estrictas esto es por lo que respecta a la Ley de Salud así como a su Reglamento de Disposición de Organos, que se estudia en el cuarto capítulo de esta tesis y que describe la poca regulación en cuanto a trasplantes se refiere; y una propuesta de su tipificación delictiva.

CAPITULO I

"ELEMENTOS DEL DELITO"

1.1. GENERALIDADES

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley.¹

La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminales y otras. Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter substancial; a continuación nos ocuparemos de algunas de ellas.²

Para varios autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la Ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente hablando, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar de delito.

Aspectos positivos de delito

- a) Conducta
- b) Tipo, Tipicidad
- c) Antijuridicidad

Aspectos negativos

- Ausencia de conducta
- Atipicidad
- Causas de justificación

¹ CASTELLANOS FERNANDO, Lineamientos de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1969, pág 119

² IBIDEM pág 122

d) Imputabilidad	Inimputabilidad
e) Culpabilidad	Inculpabilidad
f) Punibilidad	Excusas absolutorias

La corriente doctrinal mexicana más difundida prefiere referirse a conducta o hecho. A aquella implica la acción y la omisión, que bastan para que haya delito. La voz "hecho" abarca tanto la conducta como el resultado material que diversos tipos exigen.

Delito, en derecho penal, acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la Ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal. Para que haya delito es, pues, necesario, en primer término, que la voluntad humana se manifieste externamente en una acción o en la omisión de una acción.³

La acción u omisión deben ser típicas, ello es, conformarse a una descripción de la conducta de la conducta delictiva hecha previamente por la Ley (tipicidad). Esta descripción es el tipo, medio de que el derecho se vale, en la parte especial de los Códigos penales independientes, para visualizar las conductas punibles. Los tipos son predominantemente descriptivos, y comprenden en sus descripciones contenidos tanto objetivos como subjetivos.

Las acciones u omisiones típicas deben, en seguida, para constituir delito, ser antijurídicas, esto es hallarse en contradicción con el derecho. Tal ocurre cuando no

³ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa 5a. Edición, México 1992. Pág 868.

existen en el ordenamiento jurídico, tomado en conjunto, preceptos que autoricen o permitan la conducta de que se trata, autorizaciones o permisos que reciben el nombre de causas de justificación . Entre éstas cuéntanse la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber, y el ejercicio legítimo de un derecho.⁴

Las acciones u omisiones típicas y antijurídicas deben, finalmente, para constituir delito, ser culpables, es decir, deben poder reprocharse personalmente a quien las ha efectuado. Para que ese reproche tenga lugar debe el sujeto a quien se dirige ser imputable, haberse hallado en la posibilidad de comprender el carácter ilícito de su acto y haber obrado en circunstancias que hayan hecho exigible una conducta conforme a derecho.⁵

La culpabilidad se excluye, por tanto por inimputabilidad del sujeto o por haber obrado éste en virtud de error de prohibición, o en condiciones de no poder exigirsele otra conducta adecuada a derecho.

De lo dicho aparece pues que la culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho y que ésta, a su vez, implica la tipicidad del mismo. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son, así caracteres ineludibles de todo delito.

⁴ IDEM.

⁵ IDEM

El delito doloso puede ser doloso o culposo en el momento en que concurren todos los elementos que integran la descripción legal.⁶

El delito se excluye cuando falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate. Al faltar alguno de los elementos del delito, la conducta material no integra el delito, si los actos materiales no configuran la descripción legislativa del delito, la conducta no es delictiva. En tales circunstancias, está excluido el delito, porque se trata de actos que no tienen esa categoría jurídica. Son el ejercicio del derecho de libertad, porque la Ley autoriza a realizar esa actividad en forma válida y lícita.⁷

1.2. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

El delito es ante todo una conducta humana. Para referirse a este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción, hecho.

Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra "acto" en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo "acción" y del negativo "omisión".⁸

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.⁹

⁶ IBIDEM pág. 869

⁷ MANCILLA OVANDO Jorge A, Teoría Legalista del delito, Editorial Porrúa, México 1994 pág 62

⁸ CASTELLANOS FERNANDO, OP.CIT 141

⁹ IBIDEM pág 143

Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es el posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutiblemente en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Según enseña la historia, antaño consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres períodos o etapas: fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); simbolismo (se entendía que los animales no delinquían pero se les castigaba para impresionar); y, por último, solamente se sanciona al propietario del animal dañoso.¹⁰

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.

El objeto material del delito, lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa. El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan.¹¹

La acción estricto sensu y la omisión.

Se ha expresado que la conducta (llamada también acto o acción, puede manifestarse mediante hechos positivos o negativos; es decir por actos o abstenciones.

¹⁰ IDEM

¹¹ IBIDEM pág. 146

El acto o la acción es todo nexo humano voluntario, todo movimiento voluntario del cuerpo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.¹²

Los elementos de la acción que generalmente se señalan son: manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.¹³

Los elementos de la omisión son: voluntad, inactividad, en la omisión la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado.¹⁴

Ausencia de la Conducta. Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; por tal si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos o impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.¹⁵

La moderna dogmática del delito ha precisado, como indiscutibles casos de ausencia de conducta:

¹² IDEM

¹³ IBIDEM pág 148

¹⁴ IBIDEM pág. 149

¹⁵ IBIDEM pág. 155

- I. La Vis absoluta, llamada igualmente violencia, constreñimiento físico o fuerza irresistible, y
- II. La fuerza mayor.

Para algunos penalistas también son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.¹⁶

1.3. TIPO, TIPICIDAD y SU AUSENCIA

La voz tipo puede definirse como un conjunto de hechos dotados de una significación unitaria.

El tipo como elemento jurídico es un concepto neutral, ajeno a toda valoración, comprende sólo elementos objetivos, no subjetivos.

Los elementos descriptivos del tipo, están formados por procesos que suceden en el mundo real, o agentes que en él se encuentran. Dentro de estos elementos cabe distinguir elementos subjetivos, que proceden del exterior perceptibles por los sentidos, como por ejemplo la lesión. Elementos normativos son aquellos que requieren una valoración por parte del intérprete o del juez que ha de

¹⁶ IBIDEM pág 157

aplicar la Ley. Por ejemplo, en el robo: el apoderamiento de cosa mueble, sin derecho.

Los elementos negativos del tipo constituyen una de las zonas polémicas de la dogmática tal como el elemento.

La estructura o clase de los tipos con su mayoría o gran complejidad se divide en tipos simples y compuestos. Tipos simples son aquellos formados por una sola acción, pudiendo ser tanto de acción en el sentido estricto como de omisión. Los tipos de acción pueden a su vez clasificarse en tipos de actividad y tipos de resultado¹⁷

La expresión tipo es usualmente utilizada por la doctrina para aludir a la descripción de una conducta prohibida realizada por una norma jurídico-penal, en tanto que la tipicidad es entendida como la característica de una acción de adecuarse a una disposición legislativa. Por ello, en derecho penal se dice que un comportamiento es típico cuando coincide con lo previsto en un tipo penal así, por ejemplo la acción de privar de la vida a otro es típica, pues exactamente la descripción del homicidio formulada el artículo 302 del Código Penal.

Es evidente pues que aun cuando las expresiones tipo y tipicidad son conceptualmente diversas, deben ser tratadas conjuntamente ya que son notoriamente interdependientes.¹⁸

¹⁷ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Fundación, Tomás Moro, Madrid España 1991 pág.964

¹⁸ DICCIONARIO JURIDICO OP.CIT. pág 3091.

La tipicidad. Para la existencia del delito se requiere una conducta o hecho humanos; mas no toda conducta o hecho son delictuosos; precisa, además, que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "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", lo cual significa que no existe delito sin tipo.¹⁹

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Hay tipos muy completos, en los cuales se contiene todos los elementos del delito, como ocurre, por ejemplo, en el de allanamiento de morada, donde es fácil advertir la referencia típica a la culpabilidad, al aludir a los conceptos "con engaños", "furtivamente", etc. En este caso y en otros análogos, es correcto decir que el tipo consiste en la descripción legal de un delito.²⁰

¹⁹ CASTELLANOS FERNANDO, OP. CIT. pág 159

²⁰ IDEM

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley; la conciencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

La tipicidad consiste en la adecuación del comportamiento (la conducta o el hecho) a un tipo penal. La integración del comportamiento es un supuesto de la norma penal, deriva del principio de legalidad, que reconocen los párrafos segundo y tercero del artículo 14 de la Constitución e implícitamente el mismo artículo 7 del Código Penal.²¹

Para la exclusión de la tipicidad hay que distinguir entre la falta de tipo (ausencia de fórmula legal incriminada) y la falta de adecuación típica de la conducta a la hipótesis penal (Tipicidad). En ambos casos, la conducta del agente resulta penalmente irrelevante. No hay delito; no hay sanción.²²

La función de la tipicidad, si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, hemos de atribuirle un carácter delimitado y de trascendental importancia en el Derecho Penal, por no haber delito sin tipo legal (nullum crimen sine lege, equivalente a nullum crimen sine tipo). Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominante descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por

²¹ GARCIA RAMIREZ, Sergio, *Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México 1991, pág 366

²² IDEM

concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.²³

La clasificación de los tipos. a) Normales y anormales. La Ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal; el homicidio es normal, mientras el estupro es anormal.²⁴

La ausencia de tipo y de Tipicidad se da cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad, la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa, el legislador, deliberadamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si

²³ CASTELLANOS FERNANDO, OP. CIT. pág. 170

²⁴ IDEM

falta el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.²⁵

1.4. LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

Como la antijuridicidad es un concepto negativo comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho. La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido, a que se contrae el tipo penal respectivo. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, es decir de aquilatar la estimación entre esa conducta(en su fase material) y la escala de valores del Estado.²⁶

Actúa antijurídicamente quien contraviene las leyes penales, presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la Ley penal.²⁷

Según cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.²⁸

²⁵ IBIDEM pág 167

²⁶ IBIDEM pág 169

²⁷ DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, OP. CIT. pág 57.

²⁸ CASTELLANOS FERNANDO OP.CIT pág.170

Antijuridicidad formal y material

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio substancial. Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado. (oposición a la Ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.²⁹

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material). Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde la forma tangible a dichas normas.³⁰

Ausencia de Antijuridicidad. Siguiendo el plan que hemos impuesto, de señalar los aspectos positivos y negativos del delito, debemos examinar la ausencia de antijuridicidad.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad. Cuando un hombre priva a otro de la vida; su conducta es típica por ajustarse a los

²⁹ IBIDEM pág 192

³⁰ IDEM

presupuestos del artículo 302 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales de 1931, y sin embargo puede no ser antijurídica si se descubre que obró en defensa legítima, por estado de necesidad o presencia de cualquier otra justificante.³¹

Causas de Justificación

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito. Las causas de justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de antijuridicidad.³²

Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho.

A las causas de justificación también se les llama justificantes y causas eliminatorias de la antijuridicidad.

Causas de justificación:

- A) Legítima defensa
- B) Estado de necesidad(si el bien salvado es de más valía que el sacrificado)
- c) Cumplimiento de un deber
- d) Ejercicio de un derecho³³

³¹ IBIDEM pág 173

³² IBIDEM pág. 175

³³ IBIDEM pág. 180

a) La legítima defensa, es repeler una conducta delictiva en defensa de derechos adquiridos propios o ajenos, en el momento en que se instrumenta el delito. El resultado criminoso de la legítima defensa es delito, pero la misma Ley Penal precisa.³⁴

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. para Cuello Calón es aquella necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor.

Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.³⁵

Nuestro Código Penal consagra dos casos en donde se presume la existencia de la defensa legítima. El párrafo 6 de la fracción III del artículo 15, establece la presunción de legítima defensa respecto de aquél que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor. En el párrafo siguiente se mantiene igual presunción para el que causare cualquier daño a un intruso o a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de

³⁴ MANCILLA OVANDO, Jorge A, OP. CIT.1994, pág

³⁵ IBIDEM pág 181

cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los cuales tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.³⁶

b) El estado de necesidad, para Cuello Calón es el peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.³⁷

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando...V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

Lo que la Ley denomina obrar por necesidad, es la autorización de defender derechos adquiridos, propios o ajenos, cuando estén en peligro inminente o que estén por suceder. Por lo general los delitos cometidos en tales condiciones de repeler la acción antijurídica carecen del calificativo de antijurídicos.

La excluyente de incriminación opera cuando un peligro verdadero, que existe en el momento o que está por suceder, no causado por su titular en forma dolosa,

³⁶ CASTELLANOS FERNANDO OP. CIT pág. 186, 187

³⁷ IBIDEM pág 193

afecta derechos adquiridos propios o ajenos, y no es de aquéllos que constituya el cumplimiento de una obligación legal, mediante la actividad del Estado.

En sentido contrario la excluyente de incriminación no opera cuando: los bienes jurídicos no están en peligro real inminente o actual; cuando el peligro se haya originado por dolo de su titular; cuando existen otros medios de proteger los derechos adquiridos, y no es una obligación legal al través de la función pública.³⁸

c) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

Según el artículo 15 fracción VI del Código Penal Federal, señala que el delito se excluye cuando, "la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro."

Los elementos característicos de la eximente, son: Deber jurídico o ejercicio de un derecho.

"Deber", es "estar obligado a algo por la Ley Positiva" jurídico es lo que atañe al derecho o se ajusta a él. Deber jurídico significa obligación legal. Ejercicio, es la acción de ejercitarse u ocuparse en una cosa, derecho es lo legítimo. Ejercicio de un derecho, es la acción legítima.³⁹

³⁸ MANCILLA OVANDO, OP. CIT. pág 170, 171.

³⁹ IBIDEM pág. 188

Las facultades de las autoridades , son las que el legislador penal llama "derecho", pero en sí mismas, constituyen el deber jurídico, porque el cumplimiento de los mandatos de la Ley les es ineludible, por las características de la obligatoriedad de las normas.⁴⁰

1.5. LA IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la imputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Son casos de imputabilidad los delitos cometidos por menores de edad, enfermos mentales, sordomudos; y cuando operen las excluyentes de incriminación de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado del inculgado, el miedo grave.⁴¹

La imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquélla no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva, su ausencia hace inexistente el delito.

⁴⁰ IBIDEM pág. 189

⁴¹ IBIDEM. pág. 45

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal son los estados de inconsciencia que pueden ser: Permanentes como los trastornos mentales y los transitorios como son los producidos por ingerir sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, sin que se haya producido esa incapacidad en forma intencional o imprudencial además, los trastornos originados en las toxoinfecciones y los trastornos patológicos, el miedo grave, la sordomudez y los menores de 18 años.⁴²

1.6. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

Culpabilidad (de culpable, calidad de culpable y culpable del latín culpabilis).
Aplicase a aquél a quien se puede echar la culpa, delincuente responsable de un delito.⁴³

Fernando Castellanos, indica que para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; define la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal. Sustentándose en estos elementos, se determina que la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.⁴⁴

⁴² IBIDEM pág 39

⁴³ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, OP.CIT. pág.793

⁴⁴ MANCILLA OVANDO OP.CIT. pág. 38

El artículo 8 del Código Penal establece la distinción entre delitos dolosos y culposos, es ahí donde se encuentran señaladas las dos formas de culpabilidad; de manera que, para hablar de la existencia de un delito, éste necesariamente tiene que haberse cometido o dolosa o culposamente y, en consecuencia, culpablemente; de donde se deriva que la culpabilidad si es un presupuesto de la punibilidad.

Inculpabilidad

De inculpable que, a su vez, procede del latín inculpabilis, que carece de culpa. El elenco de las causas de inculpabilidad, que impiden dirigir al agente el reproche personal, por su acto u omisión típico y antijurídico, se conforma de modo diverso según sea la concepción que se adopte de la culpabilidad como característica del delito.⁴⁵

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. La culpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta señala como en caso genérico el error de tipo; y en forma específica, la excluyente de incriminación de obediencia jerárquica, temor fundado, y las eximentes putativas de legítima defensa, de legítima defensa recíproca, estado necesario, deber y derechos legales y la no exigibilidad de otra conducta.⁴⁶

⁴⁵ IBIDEM pág 1673

⁴⁶ IBIDEM, pág.40

Fernández Doblado escribe que el problema de la inculpabilidad representa el examen último del aspecto negativo del delito. Así, solamente puede obrar en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una inimputabilidad.

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.⁴⁷

1.7. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

La Punibilidad, elemento o consecuencia del delito es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable. Rige el dogma "nulla poena sine lege", consignado en el artículo 14 Constitucional e implícitamente en el artículo 7 del Código Penal. El propósito de sancionar toda conducta que deba serlo, conduce al principio "nullum crimen sine poena".⁴⁸

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

⁴⁷ CASTELLANOS FERNANDO, OP.CIT. pág. 240

⁴⁸ GARCIA RAMIREZ, Sergio,OP.CIT PÁG 380

En resumen podemos considerar que punibilidad es: Merecimiento de penas; Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y Aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley.

El aspecto negativo de la punibilidad se constituye con las excusas absolutorias que son: el encubrimiento de parientes; los delitos de rebeldía, cuando quienes hayan tomado parte depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no se hubiesen cometido delitos; la evasión de presos cuando se realice por los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermano del prófugo o parientes por afinidad hasta el segundo grado; los que cometan el delito de violación a las leyes de inhumación; el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada, entre otros.⁴⁹

⁴⁹ MANCILLA OVANDO, Jorge OP.CIT. pág 44

CAPITULO II

"ALGUNOS MEDIOS UTILIZADOS EN EL TRAFICO DE MENORES"

ALGUNOS MEDIOS UTILIZADOS EN EL TRAFICO DE MENORES

Tráfico o acción de traficar no sólo significa algo útil o necesario, como es el movimiento de mercancías o el tránsito de personas, sino también hacer negocios no lícitos. Es esta tercera acepción, por desgracia frecuente, la que revela la ilegalidad de cualquier negocio o comercio que tenga por objeto que cualquier persona humana sea objeto de tráfico, retornando el ancestral tráfico de esclavos del que todavía hay reliquias en ciertos continentes.

Cualquiera de las acciones antes mencionadas, ética y jurídicamente rechazable, entraña manipular a un ser humano como mera mercancía.

El Comercio (Del latín commercium)constituye una actividad lucrativa que consiste en la intermediación directa o indirecta entre productos y consumidores de bienes y servicios a fin de facilitar y promover la circulación de la riqueza.⁵⁰

Obviamente cuando esas formas de negocio ilícito de tráfico recaen sobre menores de edad, de cualquier sexo, y especialmente si son niñas y niños en la primera fase de su vida, o ya en la adolescencia, reclaman inequívoca, repulsa, merecida calificación de "crímenes y de un sistema eficaz de protección y de sanción penal".

⁵⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa 5a. Edición, México 1992. pág. 515.

A los niños sometidos al tráfico, para cualquiera de sus fines, les arrebatan el derecho fundamental a la integridad y a la dignidad y también a la vida, ya que los utilizan como abastecedores a la fuerza de repuestos humanos para quienes pueden pagarlos. Es la incitación al tráfico, la subasta de niños y niñas.⁵¹

Se entiende por niño o niña a todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Menor (del latín minor natus) referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección, pues esta última voz proviene a su vez de popus que significa niño y que se confunde con la amplia aceptación romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela.

Desde el punto de vista biológico se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena, y desde el punto de vista jurídico es la persona que por la carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad, la Ley le restringe su capacidad dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan.⁵²

⁵¹ MARTIN MEDEM, José Manuel "Niños de Repuesto Tráfico de Niños y Organos" 1era Edición, mayo 1994 Editorial complutense, Madrid España. pág.16

⁵² Diccionario Jurídico Mexicano, OP. CIT. Pág.2111.

El tráfico de menores, se vale de diversos medios, que contempla la privación de la libertad, adopción en fraude a la ley, delitos contra el estado civil, entre otros.

2.1. ADOPCION

Adopción (Acción de adoptar o prohijar.) La adopción es un acto de carácter complejo que para regularidad exige la concurrencia de los siguientes elementos: la emisión de una serie de consentimientos; la tramitación de un expediente judicial y la intervención de los jueces de lo familiar y del Registro Civil.

La adopción se ha entendido como un cauce o vía para realizar los deseos y las aspiraciones de los matrimonios sin hijos y también como un cauce para la posible sociabilización de los niños abandonados o recogidos en establecimientos benéficos.⁵³

Adopción.- Acto jurídico en que se crea entre adoptante y adoptado un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las que resulten de la paternidad y filiación legítimas.

Ha sido definida también como un acto que crea un vínculo entre dos personas relacionadas exclusivamente por la Ley civil.

⁵³ IBIDEM pág. 112, 113 y 114.

Según las partidas de Alfonso X el sabio, adopción "tanto quiere decir como prohijamiento que es una manera que establecieron las leyes por lo cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente".

La adopción es, desde luego, una ficción, pero una ficción generosa que permite que muchos niños abandonados encuentren protección adecuada dentro de una familia honesta, siempre que el otorgamiento se realice con las debidas garantías legales. Es ciertamente, una ficción jurídica socialmente útil. Aparte de esto, la adopción se presenta como un consuelo para los matrimonios que no han tenido descendencia o que, habiéndola alcanzado, la perdieron.

La paternidad frustrada halla en la adopción una fórmula humana para satisfacer sentimientos que merecen respeto y comprensión y que, al mismo tiempo, beneficia en grado sumo al adoptado.

La adopción ha sido juzgada como una institución susceptible de satisfacer sentimientos afectivos dignos de consideración y respeto y de servir de amparo a la infancia desvalida y, por lo tanto, merecedora de ser conservada entre las instituciones civiles, y también como una institución llamada a desaparecer por su escasa o ninguna utilidad social.

El Código Civil no autoriza la adopción por más de una persona, salvo el caso de que se haga por el marido y la mujer, cuando los dos estén conformes en considerar al adaptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla el requisito de la edad (25 años), pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos.

El tutor no puede adoptar al pupilo sino hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela⁵⁴.

Existen dos clases de adopción: la plena y la simple. La primera tiende a incorporar al adoptado en la familia del adoptado, mientras que la simple se circunscribe al vínculo entre el adoptante y el adoptado. En nuestro país prevalece sólo la formación de adopción simple.

Los sujetos de la relación jurídica de la adopción son dos: la persona que asume los deberes y derechos inherentes a la patria potestad o a la condición de padre (adoptante) y la persona que se sujeta a la especial filiación que la adopción supone (adoptado).

La capacidad del adoptante la establece el artículo 390 del Código Civil: Mayor de 25 años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos; y diferencia de 17 años entre el adoptante y el adoptado. Asimismo, el adoptante debe

⁵⁴ DE PINA, Rafael "Diccionario de Derecho" Editorial Porrúa, decima edición, México 1981. pág. 59 y 60.

acreditar tener medios suficientes para proveer a la educación del adoptado; que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse y que es persona de buenas costumbres.

Los matrimonios pueden también adoptar siempre y cuando ambos estén de acuerdo en considerar al adoptado como hijo, aunque sólo una de ellos cumpla con los requisitos de edad establecidos en la Ley (artículo 391 Código Civil).

El consentimiento tiene también un papel importante: es necesario que lo expresen, en su caso, el que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trate adoptar; el tutor del que se va a adoptar; persona que ha acogido durante seis meses al que se pretende adoptar dándole trato de hijo; o el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tuviere padres conocidos, tutor o protector (artículo 397 del Código Civil.)

Los efectos jurídicos de la adopción pueden enunciar en la siguiente forma:

Se crea una relación jurídico-familiar relación de parentesco (artículo 395 del Código Civil) por lo que el adoptado tiene un derecho de alimentos (artículo 307 del Código Civil), y en nuestro sistema, un derecho hereditario artículo 1612 del Código Civil.

Es decir, en virtud de esta relación, el adoptante tiene respecto del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a hijos, pudiendo incluso, darle los apellidos al adoptado; respecto del adoptante tienen los mismos derechos y obligaciones de un hijo.

El procedimiento de adopción se tramita ante los juzgados familiares en vía de jurisdicción voluntaria sin formalidades rígidas.

Una vez ejecutoriada la resolución judicial que autoriza, la adopción surte plenamente sus efectos, y el juez que conoció del asunto deberá remitir copia de los autos al juez del Registro Civil correspondiente.

La adopción puede revocarse: a) por convenio expreso de las partes siendo el adoptado mayor de edad, a falta de este requisito por consentimiento de las personas que debieron otorgarlo para la adopción, y en ausencia de ellas el Ministerio Público o el Consejo Local de Tutelas. b) por ingratitud del adoptado (artículos 405,406 del Código Civil).⁵⁵

La edad de 25 años señala la necesidad de madurez física y moral del adoptante, que establece la presunción de que se encuentra en condiciones de dirigir la vida del adoptado y defender sus derechos e intereses; la diferencia de

⁵⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, OP. CIT. pág.113 y 114.

edad entre el adoptante y el adoptado es una consecuencia la ficción de paternidad que se atribuye tradicionalmente a la adopción; el requisito de que sea beneficiosa para el adoptado está justificada plenamente porque si bien la adopción supone beneficio, siquiera sea moral, para el adoptante, dado su carácter tutelar, en ella debe prevalecer el beneficio del adoptado sobre el del adoptante; la necesidad de los medios económicos para atender al adoptado se comprende por que, sin ellos, el fin de la adopción quedaría prácticamente frustrado, y la exigencia de las buenas costumbres en quien pretende adoptar se explica si recordamos que la falta de moralidad sea las malas costumbres constituyen una causa para la pérdida de la patria potestad y no olvidemos la analogía que existe entre ésta y la adopción.

El procedimiento para la adopción se encuentra establecida en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal artículos. 923-926, figurando entre los actos llamados de jurisdicción voluntaria.⁵⁶

Cabe señalar que en lo concerniente a las actas de adopción éstas deberán contener: los nombres, apellidos y domicilio del adoptante y del adoptado; el nombre y demás generales de las personas cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la adopción, y los nombres, apellidos y domicilio de las personas que intervinieron como testigos, así mismo en el acta se asentarán los datos esenciales de la resolución judicial. Una vez extendida en acta de la adopción, se anotará la de

⁵⁶ DE PINA, Rafael "Diccionario de Derecho". OP.CIT. pág.61.

nacimiento del adoptado y se archivará la copia de las diligencias relativas, poniéndole el mismo número del acta de adopción.⁵⁷

La obtención del poder de hecho sobre la persona del menor de edad, mediante el engaño o mediante fuerza o violencia física o moral que induzca a los progenitores o a las personas que ejerzan un poder jurídico sobre el menor, a entregarlo a un tercero, incluyendo entre estos casos el de la manipulación y el aprovechamiento de la necesidad económica o social generalmente de la madre del menor que se ven obligadas en muchas ocasiones a vender o regalar a su hijo.

Es conveniente señalar que las personas que se dedican a este tipo de delito como es el tráfico de menores aprovechan las lagunas de ley que permiten que los menores salgan a través de la adopción.

Como señala Abarca Landero es necesario que se regule el procedimiento de adopción para efectos internacionales y que además se de un seguimiento a los casos de menores que son llevados a vivir al extranjero.⁵⁸

Esta modalidad es la continuación del tráfico de menores y es bastante más elaborada y se lleva a cabo a través de la adopción de menores de edad para

⁵⁷ Código Civil para el Distrito Federal, editorial Porrúa 6a. edición 1992 México.

⁵⁸ ABARCA LANDERO, Ricardo "La Migración Internacional del Tráfico de Menores su Adopción Valida y su Tráfico Ilegal" Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.pág 4.

poderlos entregar a extranjeros que los reciban real o supuestamente como adoptados, sobre todo cuando se pretende legalizar el poder que ejercen sobre dichos menores aún sin ser familiares de ellos y cuando, además, se pretende dar un fundamento suficiente para que el Estado de su nueva residencia los reciba como residentes permanentes como hijos adoptivos de nacionales del país de inmigración.

Los procedimientos judiciales, conducentes a la custodia o a la adopción de menores de edad, deben llevar una serie de preguntas, evitar actividades delictivas o delincuencia de apoderamiento de infante o de menor de edad mediante actos jurídicos. Actas, documentos, testimonios, declaraciones falseadas por interés o prepotencia; o por falsificación y por lo tanto los procedimientos judiciales aludidos deberán estar siempre afectados de nulidad, tanto más cuando en su mayor parte se llevan a cabo ante tribunales competentes por razón de territorio.⁵⁹

2.2. PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD

Libertad (del latín *libertus*-*atis* que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud).⁶⁰

La palabra libertad tiene muchas acepciones. Se habla de la libertad, en sentido muy amplio, como la ausencia de trabas para el movimiento de un ser. Se

⁵⁹ ABARCA LANDERO, Ricardo, OP. CIT. pág. 5.

⁶⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, OP. CIT pág. 1987.

dice así que un animal que vive en el bosque es libre, a diferencia del que vive en un zoológico.

En general los ordenamientos penales de todos los pueblos protegen dentro de primerísimos lugares bienes jurídicos entre los que se encuentran la libertad desde puntos de vista jurídico, físico o psíquicos.

Los delitos de privación de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro revisten formas plurales de configuración típica dentro de las cuales se destaca el trasfondo o cuadro dominante que determina la elevada calificativa de su punibilidad y que puede ser la finalidad de obtener un lucro, ocasionar daños y perjuicios materiales o morales entre otros, la calidad o pluralidad de las personas intervinientes, la minoridad o desamparo en que se encuentra el pasivo entre otras como se desprende de los artículos 364 y 366 y que conforme a las reformas de mayo de 1996 se clasifican de la siguiente manera:

"Artículo 364.- Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días de multa:

I.- Al que particular que, prive a otro de su libertad hasta por cinco días. Si la privación de la libertad excede de cinco días, la pena de prisión será de un mes más por cada día.

La pena de prisión se aumentará hasta en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia cuando la víctima sea menor de dieciséis o, mayor de sesenta años de edad, o cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta.

Si el agente espontáneamente libera a la víctima dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, la pena de prisión será de hasta la mitad; y

II.- Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República en favor de las personas.⁶¹

Privación ilegal de la libertad como tipo básico, que preeve los siguientes supuestos:

- a) Realizarse por cualquier persona y respecto y respecto a un sujeto no calificado.
- b) Una forma agravada de este tipo básico, se da en el sujeto pasivo y de que mediere violencia o bien el sujeto pasivo fuere menor de dieciséis años o menor de sesenta años o este en situación de inferioridad física o mental respecto del activo.

En cuanto a la segunda fracción del artículo 364 del Código Penal señalada anteriormente se refiere "al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los

⁶¹ Diario Oficial de la Federación 13 de mayo de 1996.

derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República en favor de las personas".

Su amplitud se expresa, en primer lugar, en lo que toca al sujeto activo, que puede ser cualquier persona, incluso el funcionario público que obre fuera de la órbita de su desempeño ministerial. Esto no reviste todavía gravedad, pues la mayoría de los tipos carecen de referencias calificantes en cuanto al agente.⁶²

Desde el punto de vista jurídico penal, por secuestro se entiende al apoderamiento y retención que se hace de una persona con el fin de pedir rescate en dinero o en especie y se utiliza como sinónimo de Plagio. Actualmente el secuestro es llamado privación ilegal de la libertad.

El secuestro o plagio es una figura delictiva cuyo contenido ha variado de acuerdo con la evolución misma de las sociedades. En la época romana, esta entidad jurídica se configuraba en dos formas: una, con el apoderamiento de un hombre libre para venderlo como esclavo, y otra, con la retención o aprehensión de un esclavo con graves perjuicios para su dueño. Las legislaciones recientes sobre todo de origen anglosajón, sancionaban el secuestro o plagio de un adulto o menor de edad, ora por que la finalidad consista en obtener un rescate , ora por que tenga como objeto una extorsión. Existe además la amenaza latente de privarlo de la vida

⁶² Diccionario Jurídico Mexicano, OP. CIT pág.2551

si no satisfacen las pretensiones aludidas. Empero esta condición no siempre es requisito esencial para la integración del secuestro.

No obstante durante mucho tiempo se mantuvo dentro de la clasificación de delitos contra el patrimonio, advirtiéndose el lucro como bien jurídico tutelado, nuestra legislación penal lo recoge como un tipo especial y calificado, en contraste con el arresto o detención ilegal, pasando a formar parte de los delitos que tutelan la libertad personal.⁶³

El Código Penal señala:

"Artículo 366.- Al que prive de la libertad a otro se le aplicará:

I.-De diez a cuarenta años de prisión y de cien a quinientos días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

a).- Obtener un rescate;

b).- Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o

c).- Causar daño o perjuicio a la otra persona privada de la libertad o a cualquier otra;

⁶³ Diccionario Jurídico Mexicano OP. CIT. Pág. 2878.

II.- De quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a setecientos cincuenta días multa, si en la privación de la libertad a que se hace referencia en la fracción anterior concurre alguna o algunas de las circunstancias siguientes:

- a).- Que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario;
- b).- Que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo;
- c).- Que quienes lo lleven a cabo obren en grupo de dos o más personas;
- d).- Que se realice con violencia, o
- e).- Que la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de libertad.

Si espontáneamente se libera al secuestrado dentro de los tres días siguientes al de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere la fracción I de este artículo y sin que se haya presentado alguna de las circunstancias previstas en la fracción II, la pena será de uno a cuatro años y de cincuenta a ciento cincuenta días de multa.

En los demás casos en que espontáneamente se libere al secuestrado, sin lograr alguno de los propósitos a que se refiere la fracción I anterior, las penas de prisión aplicables serán hasta de diez años y de doscientos cincuenta hasta quinientos días de multa".⁶⁴

⁶⁴ Diario Oficial de la Federación 13 de mayo de 1996.

El Código Penal castiga con penas que van de diez a cuarenta años de prisión y de cien a quinientos días de multa a quien prive de la libertad con el propósito de: a) obtener rescate. Al respecto, es pertinente mencionar que el rescate debe entenderse en su acepción genérica, esto es, comprende tanto el dinero como a los documentos, cartas, u objetos de valor, que de alguna manera reflejan el ánimo de lucro del sujeto activo, su dolo estriba en la razón de mantener retenida a la víctima hasta en tanto se haga efectivo el rescate fijado por el delincuente. b) si se "detiene a la persona en calidad de rehén y se la amenaza con privarla de la vida o con causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, c) causar daño o perjuicio a la otra persona privada de la libertad o a cualquier otra".⁶⁵

La doctrina refiere que tales daños materiales o morales causados al plagiado en su persona, constituyen servicias (presión psicológica) causadas durante su arbitraria detención y que deben ser de tal manera graves que ameriten la elevada punibilidad ahí prevista, pero en sí su redacción es ambigua y poco clara toda vez que el tipo deja abierta la puerta para incluir en el todo aquello que implique daño o perjuicio como sea físico patrimonial, moral etc. cabe señalar que este tipo hace diez años prevalece el uso de amenazas graves, maltrato o tormento.

Lo anterior en una sana crítica podría llevar al cuestionamiento en el área penal, si las lesiones aún aquellas calificadas como graves podrían quedar

⁶⁵ Diccionario Jurídico Mexicano OP. CIT. PÁG.2878.

subsumidas en este tipo, o bien de concurrir la privación con daños y perjuicios que incluyan lesiones, se caería en el supuesto de un concurso ideal.

Por lo que se refiere a la fracción II atiende a las circunstancias de la comisión de este ilícito si además del propósito previsto en los incisos a,b y c, anteriores concurren alguna de las siguientes circunstancias:

De quince a cuarenta años de prisión y de doscientos a setecientos cincuenta días de multa, si en la privación de libertad que se señala en el párrafo anterior concurre alguna de las circunstancias siguientes: Que se realizare en camino público o lugar desprotegido o solitario; que el autor haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública o se ostente sin serlo; que obren en grupo de dos o más personas; que sea con violencia, en relación a la pluralidad de específica de los autores que operan en grupos de dos o más personas, la utilización de violencia, en que el precepto es omiso en especificar si se trata de violencia física o moral; que la víctima sea menor de dieciseis años o mayor de setenta o que se encuentre en inferioridad física o mental, situación de inferioridad del pasivo, respecto al activo.⁶⁶

"Artículo 366 BIS.- Se impondrá de uno a ocho años de prisión y de descientos a mil días multa, al que en relación con las conductas sancionadas

⁶⁶ IDEM

por el artículo anterior y fuera de las causas de exclusión del delito previstas por la Ley:

I.- Actúe como intermediario en las negociaciones del rescate, sin el acuerdo de quienes representen o gestionen en favor de la víctima;

II.- Colabore en la difusión pública de las pretenciones o mensajes de los secuestradores, fuera del estricto derecho a la información;

III.- Actúe como asesor con fines lucrativos de quienes representen o gestionen en favor de la víctima, evite informar o colaborar con la autoridad competente en el conocimiento de la comisión del secuestro;

IV.- Aconseje el no presentar la denuncia del secuestro cometido, o bien el no colaborar con la autoridad competente en el conocimiento de la comisión del secuestro;

V.- Efectúe el cambio de moneda nacional por divisas, o de éstas por moneda nacional sabiendo que es con el propósito directo de pagar el rescate a que se refiere la fracción I del artículo anterior; y

VI.- Intimide a la víctima, a sus familiares o a sus representantes o gestores, durante o después del secuestro, para que no colaboren con las autoridades competentes".

2.3. ENTREGA DE UN MENOR A UN TERCERO

"Artículo 366 TER.- Al que con el consentimiento de un ascendiente que ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero

para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días multa.

La misma pena a que se refiere el párrafo anterior se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo primero, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél.

Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito al que se refiere el presente artículo".

2.4. DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

El Código Penal vigente dedica dos artículos a la presente materia: el 277 y el 278. En el primer artículo se describen los hechos típicos, los elementos subjetivos que deben presidir la ejecución de aquéllos y las sanciones aplicables; y en el segundo, se establece una pena accesoria para los que cometan estos delitos.⁶⁷

"Artículo 277.- Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

I.- Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;

II.- Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;

III.- A los padres que no presenten a un hijo suyo en las oficinas del registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;

IV.- A los que sustituyan a un niño por otro, o cometan ocultación de infante, y

V.- Al que usurpe el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden."

Según Carrara, estos delitos consisten en suprimir, cambiar o suponer a un infante. Todo ello falsea su estado civil. Por estado se entiende el conjunto de

⁶⁷ JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo V, Editorial Porrúa, México 1980, pág. 65.

cualidades y atributos que constituyen la individualidad jurídica de una persona (sexo, edad, filiación, nacimiento, matrimonio, divorcio, emancipación, adopción, muerte, etc).

La atribución o aplicación de un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre, constituye la "suposición de parto" de la legislación española y sólo puede ser dolosa, según el artículo 277 fracción. I comentado en renglones anteriores, " niño recién nacido" lo es, el objeto material del delito, aquél que por su edad no puede tener conciencia de sus relaciones de familia ni defenderlas.

El objeto jurídico del delito es el estado civil verdadero de las personas .

Sujeto activo: lo es la supuesta madre. Pasivo: el niño recién nacido, persona real y no imaginaria, (no se integra el delito por hecho de la anotación del nacimiento en el Registro Civil; se requiere la presentación física del pasivo). Es configurable la tentativa. La suposición de preñez no es constitutiva de delito sino un acto preparatorio del mismo.

Los artículos 54,57,58,59 y demás relativos del Código Civil, obligan a que sea presentado el infante, vivo o muerto, y a que se impriman sus huellas digitales en el registro de nacimiento, para que pueda extenderse el acta correspondiente, el tipo penal de la fracción II, examinada sólo puede entenderse como suposición de infante, por cuanto se presenta para su registro a persona que no es la nacida de los padres que fingen serlo, o sea a persona con un correlativo enfoque familiar cierto.

El sujeto activo es calificado: el padre o la madre de una persona. Sujeto pasivo: No es necesario que se trate de un recién nacido.

Sujeto activo: puede serlo cualquiera. Pasivo: los son el niño sustituido y el niño sustituto; no es menester que sean recién nacidos. La intención ulterior a que se refiere el primer párrafo del artículo 277, requiere el dolo específico. Se consuma el delito por el solo hecho de la sustitución, siendo prueba plena de ella la presentación del sustituto para la inscripción en el Registro Civil.

Ocultar es, en el sentido empleado por la Ley, esconder. La ocultación de que es objeto el niño (no necesariamente recién nacido) consiste solamente en ocultarlo, pero sin darle muerte, o sin procurársela ni involucrarse con el rescate pues estos son objetos finalísticos de delitos distintos.

"Artículo 278.- El que cometa alguno de los delitos expresados en el artículo anterior, perderá el derecho de heredar que tuviere respecto de las personas a quienes por la comisión del delito perjudique en sus derechos de familia."

Además de la pena prescrita en el artículo 277 antes citado, la de privación de derechos, en el caso hereditario, es consecuencia de la circunstancia agravante de ser agente heredero del pasivo, siendo presumible por ello un móvil último de codicia en el delincuente nótese que la Ley se refiere a todos los pasivos ya del delito.⁶⁸

⁶⁸ IDEM

A través de este delito se da también el tráfico de menores ya que en muchas ocasiones se altera el estado civil de los menores para poder darlos en adopción, o también son los padres quienes no registran a sus hijos para venderlos posteriormente.

A continuación se señalan algunos casos de tráfico de menores en nuestro país, relacionados con el tema que nos atañe:

"Beneficencia". En una casa de maternidad en algún lugar donde, se reciben jovencitas próximas a parir, que por la presión social o situación económica carecen de medios para su atención. En ocasiones la organización recibe al niño como expósito de madre y padre desconocido y procura encontrarle prospectos de padres adoptivos, preferentemente extranjeros porque se consideran con mejores perspectivas para beneficio del menor.

En los casos detectados, la directora de la institución le da sus propios apellidos y lo presenta como expósito al Registro Civil ocultando su verdadera identidad, la cual sí se conoce en la institución de beneficencia. Asimismo, la directora de la institución concede en adopción del menor a favor de extranjeros con una clara incapacidad para adoptar. Aparentemente estas organizaciones de beneficencia no se dan cuenta de la manipulación económica que sufren desde el

extranjero, aunque ésta resulte evidente para los demás. Se han analizado unos ciento cincuenta casos.⁶⁹

Citaremos otro caso en el que una institución se dedica a obtener menores mediante el empleo de trabajadoras sociales sin experiencia previa y con necesidad de trabajar, cuyo trabajo consiste en ir a pueblos, aldeas y rancherías y quienes pueden ponerse de acuerdo con las autoridades locales y con maestros y curas los cuales les procuran el acceso a las jóvenes y señoras embarazadas, que en una gran cantidad de casos tienen problemas respecto de la criatura por nacer.

Una vez detectadas las víctimas, las trabajadoras sociales inician labor de convencimiento y de incitación para que se desprendan del bebé próximo regalitos, promesas, presiones sociales y oficiales a las autoridades, maestros y curas, hacen el resto.

En el momento del parto empieza a operar otra parte del sistema. Un cierto sujeto, sea doctor, enfermera o trabajadora social reciben y retienen al recién nacido en la cuna del hospital, sanatorio o maternidad u otra instalación con el consentimiento o sufrimiento de la recién parturienta.

El siguiente paso es el registro del recién nacido en el Registro Civil como hijo de una supuesta madre. En una investigación se logró determinar que la misma

⁶⁹ ABARCA LANDERO, Ricardo El Tráfico de Menores, Derechos de la Niñez Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM Estudios Doctrinarios Serie G, México 1990 pág 194.

señora que hacía la limpieza de los pisos de una oficina, había firmado como madre de once menores ante el Registro Civil de una misma ciudad en el término de diez meses. El resultado de este acto es la pérdida de la individualidad y de la filiación del menor. A partir de este registro el menor carece de identidad y de protección civil, por lo que pasa a ser un simple objeto que es susceptible de ser comprado y vendido, puesto que en sí mismo es totalmente indefenso y carece de conciencia de su propio yo. Al perder su nombre y su filiación pierde también su propia identidad.⁷⁰

Ante las situaciones antes descritas cabe analizar cuál es el resultado que se obtiene en primer lugar, y es de concluirse que las formas de obtener un infante le privan de dos de los elementos fundamentales del ser humano: su identidad y su filiación, y por consecuencia le privan de su derecho jurídico, o sea de la calidad que todo ser humano debe tener en la sociedad que lo rodea. Un ser humano sin identidad ni filiación no ocupa lugar en la sociedad, aunque sea mayor de edad.⁷¹

⁷⁰ IDEM pág 195

⁷¹ IDEM pág 196.

CAPITULO III

"CONSIDERACIONES DEL TRAFICO
DE MENORES"

3.1. PAISES EN AMERICA

El Presidente del Grupo de Trabajo de la ONU, Asborn Eide, dedicado desde hace 10 años a la elaboración de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, reveló recientemente en Ginebra que cada año un millón de niños en todo el mundo sufre situaciones de esclavitud. Desde su punto de vista, existen seis formas de esclavitud que padecen los niños en todo el mundo: 1. La venta de infantes para su posterior adopción; 2. La prostitución de menores ligada con el comercio del sexo; 3. La pornografía con participación de niños; 4. La explotación de mano de obra infantil (que ocurre muchas veces dentro de sus propios países. En México, por ejemplo tan sólo en el D.F., hay 4,000 "cerillos" menores que trabajan como empacadores y que reciben propina de los clientes, explotados por las tiendas de autoservicio), 5. La coparticipación obligada de infantes en acciones criminales (conflictos armados, narcotráfico, entre otros.) y, 6. La utilización de bebés y menores de edad para el trasplante de órganos.⁷²

El tráfico de menores es un problema real, grave y cuyas dimensiones precisas todavía desconocemos, ya que ningún gobierno del Tercer Mundo se ha ocupado seriamente del asunto.

⁷² BARCENA Andrea, Tráfico de Menores: Adopciones, Esclavitud y Saqueo Textos de Derechos Humanos, México D.F. 1992 Pág. 27

El robo de niños es un delito grave, pero quienes lo cometen reciben una pena mayor si el objetivo del robo es procurar otros actos ilícitos como explotación laboral, prostitución, narcotráfico, adopciones ilegales y, por último, el siempre negado tráfico de órganos.

El 12 de enero de 1993, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) publicó su informe sobre la venta de niños, elaborado por el relator especial Vitit Muntarbhorn, quien hizo tres consideraciones fundamentales:

- 1.- Hay tráfico de niños.
- 2.- Hay comercio de órganos.
- 3.- No hay una protección adecuada para impedirlo.

Sobre los puntos anteriores, el relator de la ONU detalló: "La red de trata internacional de niños entre países en desarrollo y países desarrollados resulta cada vez más evidente". Las nuevas tecnologías que hacen posible los trasplantes de órganos, también pueden producir horribles resultados cuando los niños son objeto del comercio de órganos.

El informe apunta que la venta de niños ocurre en todos los países. A veces, el problema se relaciona con el secuestro y la desaparición de menores que son conducidos a otro país. "La venta de niños incluye desde pequeñas operaciones, hasta redes multinacionales de gran magnitud", declara Muntarbhorn, quien asegura que actualmente se ha registrado un incremento en la comercialización de las adopciones, que concuerdan con una disminución en el número de niños adoptados en los países desarrollados y con la búsqueda de niños en los países en desarrollo.⁷³

3.1.1. MEXICO

El tráfico de niños tiene casi medio siglo de existir en México. En 1946, José Vasconcelos, inició en el diario "Novedades", de la ciudad de México, una campaña contra la tenebrosa mafia de robachicos, pocos después publicó su melodrama Los Robachicos. En un artículo titulado "SOS trágico" denunciaba los secuestros de niños para pedir rescates o utilizarlos en el narcotráfico, la mendicidad y la prostitución. Vasconcelos exigía la pena de muerte para los secuestradores de niños. El escándalo ocupó mucho espacio en la prensa.⁷⁴

⁷³ SANCHEZ PEREZ, Leonardo "Si existe el Tráfico de niños ONU", Revista Mira, 2 de octubre de 1995, pág 35.

⁷⁴ MARTIN MEDEM, José Manuel "Niños de Repuesto, Tráfico de niños y órganos", Editorial Complutense 1a. edición mayo de 1994, Madrid España pág 45.

El Coronel Fernando Cuen, escribía, que la bestial ferocidad de los secuestradores ha llegado hasta el horrendo y crispante extremo de arrancarles los ojos a los niños con el deliberado y criminal propósito de lanzarlos a la más socorrida, pero la más vil, próspera y floreciente industria mexicana: la mendicidad.

El diario "El Universal" hablaba el 14 de Noviembre de 1945 sobre la posibilidad del tráfico de niños hacia Estados Unidos: "La versión de que los infantes robados son expedidos al vecino país. La Asociación contra Secuestro de Niños denunció a una banda que hace contrabando de menores y de opio en la frontera de Tamaulipas.

La Asociación Nacional de la Clase Media le pidió al general Manuel Avila Camacho, entonces Presidente de México, una ley declarando delito federal el robo y secuestro de infantes, con la aplicación de la pena de muerte a los convictos y confesos.

La campaña iniciada por Vasconcelos tuvo como resultado una Ley que imponía penas de entre veinte y treinta años de reclusión por el delito de secuestrar a menores de siete años.⁷⁵

⁷⁵ IBIDEM. pág 46.

En el México actual, existen mafias de abogados que se dedican al tráfico de menores y operan en todo el territorio. En nuestro país el tráfico de niños está comprobado, existe una red de delincuentes que se dedica al robo de niños, no sólo para adopciones ilegales, pornografía y prostitución, también para traficar con sus órganos. En el informe de la ONU del 12 de enero de 1993, menciona que " Desde hace tiempo se habla de trata transnacional de niños entre México y Estados Unidos."⁷⁶

Paralelamente a la denuncia de la ONU en ese mismo año, funcionarios mexicanos hicieron también lo mismo al tratar el tema, una de las denuncias expuestas fue la siguiente: El 9 de marzo de 1990, Rosa María Armendáriz Muñoz, Secretaria de Acción Educativa de la Confederación Nacional Campesina (CNC), afirmaba que "es impresionante y alarmante el robo de infantes que son sacados del país para trasladarlos y venderlos en otros países, principalmente en Estados Unidos, Canadá y en algunos de Europa, para dedicarlos a la prostitución o para extraerles sus órganos con el propósito de realizar trasplantes y que este problema en Chiapas es alarmante", por lo que pidió a la Secretaría de Gobernación y a la PGR investigar este caso.⁷⁷

⁷⁶ SANCHEZ PEREZ, Leonardo, OP. CIT. PÁG. 35

⁷⁷ ESPINDOLA HERNANDEZ, José, "Verdad Oculta" Impacto 27 de agosto de 1995 pág. 40.

Oaxaca y Chiapas son dos de los estados con mayor proporción de población indígena en México. En abril de 1993, la policía detuvo en Oaxaca al estadounidense Kate Dalwin, acusado de robar niños en México para enviarlos a su país, formando parte de una red internacional de tráfico de menores. Dalwin residía habitualmente en Brasil y alardeó de estar protegido por una red de intocables que anualmente roba en México entre 2,000 y 20,000 niños.⁷⁸

La sustracción de menores para venderlos en Estados Unidos fue asegurado por la policía, entre mayo y octubre de 1990 se dieron los dos siguientes casos: La policía detuvo a la enfermera Noemí Castellanos Benítez cuando sacaba a un bebé de la maternidad del hospital civil de Guadalajara.

El abogado José Luis Martínez Escanamé fue condenado a cinco años y seis meses de prisión, acusado de ser el responsable de preparar adopciones ilegales de niños mexicanos que eran enviados a Europa y Estados Unidos. Tres años después continuaba el negocio.

De nuevo en Michoacán, dos mujeres fueron detenidas por la policía, el 12 de diciembre de 1993, con cinco niños robados de entre 5 y 14 años, que iban a ser vendidos en Chicago.⁷⁹

⁷⁸ MARTIN MEDEM OP.CIT. pág. 44

⁷⁹ IDEM

En Veracruz, dos guatemaltecos fueron capturados por las fuerzas de seguridad con tres niños robados, confesaron que iban a venderlos en Estados Unidos por 8,000 dólares.

El 26 de mayo de 1994 , Martha Espíndola Trujillo reconoció al ser detenida que trabajaba para una organización dedicada a apoderarse de menores en la Ciudad de México y en Puebla, recibiendo 3.300 dólares por cada operación, confesó que había vendido a sus propios hijos.

La distintas instituciones que han realizado investigaciones, coinciden en que los niños mexicanos robados se venden en Estados Unidos para ponerlos a trabajar, utilizarlos en la prostitución y la pornografía. También en el narcotráfico y sobre todo para las adopciones ilegales. Wilfredo Guzmán, portavoz del CEMEDIN (Centro Mexicano para los Derechos de la Infancia), es muy preciso: Los niños robados en México, menores de seis años, se destinan en su mayoría a adopciones ilegales en Estados Unidos y Europa, además Guzmán abre la puerta del horror: En Estados Unidos hay unos 10,000 niños esperando órganos para sobrevivir por eso, decenas de comadronas, enfermeras, médicos, abogados, jueces y hasta religiosos mexicanos participan como cómplices en el robo de niños a los que extraen órganos en clínicas clandestinas de la frontera con Estados Unidos, y allí mismo se los trasplantan a niños ricos.⁸⁰

⁸⁰ IBIDEM pag. 55

"En México hacen los trasplantes" apunta un artículo del Diario de Noticias de Paraguay, en el mencionado artículo un doctor paraguayo platicó la experiencia que tuvo en los hospitales mexicanos y señala la existencia de una organización de médicos, paramédicos, helicópteros, etc., que se dedican a esta actividad. Además advirtió que teme que los niños paraguayos sean llevados al exterior para ser sometidos a trasplantes de órganos ya que existen bancos de órganos especialmente montados para ello.⁸¹

3.1.2. GUATEMALA

El tráfico de niños en Guatemala empezó a consolidarse según las investigaciones de abogados, periodistas y organizaciones de defensa de los derechos humanos a partir de 1982 con el golpe de Estado del General Ríos Montt y se abastecía de los llamados huérfanos del altiplano, una gran cantidad de niños que se quedaban sin padres como consecuencia de las matanzas del ejército que eliminaba a los campesinos acusados de colaborar con la guerrilla.⁸²

Estos huérfanos se comercializaban mediante falsas adopciones. Posteriormente la mafia se fue organizando mejor y además de comprar o robar niños, llegó incluso a embarazos por encargo.

⁸¹ PÍCHI CARLOS, "En México hacen los trasplantes". Diario Noticias Asunción Paraguay, 24 de agosto de 1988, pág.25

⁸² MARTÍN MEDEM, OP. CIT pág.68

Fuentes periodísticas guatemaltecas que sólo autorizaron ser citadas sin dar los nombres para garantizar su seguridad ante la creciente militarización del país aseguran que "se procedió a la instalación de clínicas dotadas de equipo básico y se fue integrando un equipo de profesionales que permitieran una cobertura suficiente desde el momento del parto hasta la obtención del pasaporte. Localizaban a futuras madres solteras, de escasos recursos económicos y realizaban partos clandestinos. Después ciertos abogados se hacían cargo del asentamiento en las partidas de nacimiento y de los trámites legales para que los niños pudieran ser adoptados por extranjeros, actividades para los que contaban con el apoyo de algunos jueces y funcionarios de migración."⁸³

Según la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centro América(CODEHUCA) denunció en 1988 el tráfico de niños hacia Estados Unidos para ser utilizados en el trasplante ilegal en beneficio de hijos de familias de gran poder económico con enfermedades de nacimiento o víctimas de graves accidentes. Guatemala, con cuatro millones de niños sumergidos en la violencia y la miseria era entonces el país más afectado por las denuncias en relación con el supuesto negocio sobre el que ahora se acumulan las evidencias en toda América Latina.⁸⁴

CODEHUCA difundió una nota en la que bajo el título de cruel tráfico de niños para vender sus órganos, denunciaba que los niños serían enviados a Estados Unidos e Israel con el objeto de vender sus órganos por 75.000 dólares a familias interesadas en trasplantes para sus hijos con deficiencias.

⁸³ IDEM

⁸⁴ IBIDEM Pág. 65

Dos semanas antes de la denuncia de CODEHOCA, un diario de Guatemala el "Gráfico", empleaba una ajustada, expresión del castellano para dar la noticia: Exportan bebés para desacate.⁶⁵

Según un importante columnista de la prensa guatemalteca, el negocio de la compraventa de niños ha florecido en Guatemala simple y llanamente porque las autoridades, en especial las judiciales, han dado, con su abulia e incapacidad, toda clase de facilidades a los traficantes. y porque éstos tienen en las manos un negocio de una rentabilidad así incalculable.

El diputado guatemalteco Mario Taracena calculaba que los traficantes conseguían un beneficio de unos 20,000 dólares por cada niño exportado. Taracena, que era el Coordinador de la Subcomisión de Adopciones de la Comisión de Protección al Menor del Congreso de Guatemala, dijo que el tráfico de niños es una industria creciente en el país. Según sus datos, en 1986 la cantidad se duplicó y en 1987 hubo más de 600 casos. Suelen ser niños entre tres meses y seis años.

CODEHUCA pidió a la Asociación Internacional de Juristas Demócratas y a la Asociación Internacional contra la Tortura que enviaran delegaciones a Guatemala para investigar el tráfico de niños.

⁶⁵ IBIDEM Pág.66

Dos miembros de la Comisión Internacional de los Derechos del Hombre, con sede en París, se encuentran en Guatemala para investigar ese negocio de seres humanos.

A solicitud de un diputado guatemalteco, el Congreso de la República recibió de la Dirección General de Migración un informe detallado de los notarios públicos que han intervenido en las adopciones en masa de niños, enviados después a Estados Unidos, Canadá y otros países.

Lo que muchas personas se preguntan es para qué y por qué un matrimonio norteamericano o canadiense adopta a un desconocido niño guatemalteco sin tomarse la molestia de venir a conocer las condiciones en que nació, el estado de salud, los antecedentes familiares, la situación legal u otros hechos indispensables para la satisfacción de los adoptantes.

Sabido es que los latinoamericanos, como los negros y los asiáticos son objeto de discriminación racial en algunos países ¡como explicar entonces, esa fiebre por adoptar niños guatemaltecos!⁸⁶

⁸⁶ IBIDEM Pág. 67

3.1.3. HONDURAS

En San Pedro Sula una ciudad de Honduras, la policía descubrió a finales de 1986 varias guarderías clandestinas, llamadas horriblemente casas de engorde. Los niños eran enviados ilegalmente al extranjero para su adopción. En enero de 1987, tras algunas semanas de investigación, el secretario de la Junta Nacional de Bienestar Social, Leonardo Villeda Bermúdez, denunció que los niños eran utilizados como donantes de órganos, añadió que instituciones benéficas que acogen a disminuidos físicos y mentales fueron engañadas por los traficantes, quienes se habían presentado como generosos bienhechores. En entrevista con el diario "La Tribuna" y "Radio América", Villeda reveló los pormenores de la investigación.⁸⁷

Tenemos pruebas de que los niños, robados o comprados a familias pobres, eran vendidos a redes de Estados Unidos por 10,000 dólares como mínimo, para servir de donantes de órganos, después de hacer estas declaraciones fue destituido de su cargo.

El Coronel Jorge Andino, Director de la Policía Secreta de Honduras, asistió en silencio a la rueda de prensa de Rosario Godoy, la diputada del Partido Liberal que denunció el tráfico de niños mediante adopciones ilegales o secuestros para comercializar sus órganos en Estados Unidos:

⁸⁷ IBIDEM, PAG. 91

Un hospital clandestino, dedicado a la extracción de órganos de menores, puede estar funcionando en la costa atlántica. Se han encontrado dos cadáveres de niños, uno en un basurero y otro en un contenedor frigorífico, con evidencias de haber sufrido una intervención quirúrgica para extraerles un riñón. La información me la ha facilitado el Teniente de la Policía Secreta, Gustavo Domínguez, con quien desde hace dos años investigó los robos de niños.⁸⁸

En la segunda quincena del mes de abril de 1993, Rosario Godoy, intentaba acabar con la impunidad de los robachicos para el destace. Estaba amenazada de muerte. Su denuncia coincidió con la publicación de "Los niños de colores", la novela del mexicano Eugenio Aguirre escrita en 1988 y rechazada durante cinco años por las editoriales.

Los niños de colores tiene como argumento la supuesta existencia de una organización clandestina estadounidense que contrata mercenarios para comprar o robar niños en Guatemala y Honduras, aprovechándose de la miseria de los campesinos, concentran la mercancía en una granja de Belice y desde allí trasladan a los niños en barcos hasta Florida donde los instalan en una clínica secreta. Es el centro de abastecimiento para hospitales de Estados Unidos en los que los padres desesperados por la amenaza de muerte para sus hijos no quieren saber cuál es la precedencia de los órganos de repuesto. La organización sacrifica a los niños en función de la demanda del mercado.⁸⁹

⁸⁸ IDEM

⁸⁹ IDEM,

Es conveniente señalar que el tráfico de menores existe tanto en Estados Unidos como México y que los trasplantes de órganos se realizan también en ambos países.

El abogado Hondureño Milton Jiménez denunció en la tribuna internacional de los Derechos del Niño que en su país el proceso esencialmente humano de la adopción se ha convertido en una empresa inmoral que pone un precio de entre 5,000 y 36,000 dólares a los niños hondureños en el mercado internacional. En Honduras aseguraba "el tráfico de niños se realiza a través de grupos criminales organizados y precisó que los abogados que dirigen las bandas de traficantes actúan como representantes legales, tanto para la madre como para los futuros padres, y además controlan a los menores. El control se realiza mediante las casas de engorde, depósito para los niños en venta, que constituyen una reserva para atender la demanda del mercado de adopciones.

El tráfico de menores se facilita con la complicidad de ciertos funcionarios de la Junta Nacional para el Bienestar Social (JNBS), según la denuncia de Milton Jiménez. El abogado considera que la JNBS, ha fallado al no comprobar la documentación de las adopciones y también al no verificar que la familia receptora atienda adecuadamente las necesidades del niño adoptivo porque incluso es posible que los menores hondureños hayan sido adoptados para prestar servicios sexuales o como fuente de órganos para trasplante.⁹⁰

⁹⁰IBIDEM, PAG 99

3.1.4. ARGENTINA

Zelmira Ragazoli, Directora General de Derechos Humanos en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina, confirmó el 19 de noviembre de 1993 el tráfico de niños para el comercio de órganos.

La periodista argentina Norma Morandi declaró el 14 de noviembre de 1991, para el diario "16", de Buenos Aires, que los traficantes de órganos aterrorizaban a los vecinos de los barrios marginales de Buenos Aires en busca de riñones para venderlos por 45,000 dólares a futuros receptores que los necesitan desesperadamente, tanto en Argentina como en Estados Unidos y Brasil.⁹¹

El 19 de junio de 1992, el Ministro de Salud, Julio Cesar Araoz, confirmó que en el Instituto Siquiátrico Montes de Oca, cerca de Buenos Aires, se realizaban extracciones de globos oculares a pacientes fallecidos y denunció además que se habían comprobado operaciones similares en hospitales de Córdoba, Tucumán y Santa Fe. Araoz aseguró que los funcionarios de su ministerio han descubierto maniobras ilegales de tráfico de órganos en distintos lugares del país.

⁹¹ IBIDEM. Pág. 167

El ministerio acusó a un grupo de médicos, en un hospital de Córdoba, de diagnosticar prematuramente la muerte cerebral de donantes para extraerles los órganos. Dos enfermeras, que eran amigas del ministro, denunciaron que a los moribundos les aplicaban depresiones del sistema nervioso cerebral, y así facilitan las ablaciones tempranas.⁹²

En marzo, el Fiscal Federal Juan Romero Victoria, que investigaba la desaparición de 2,000 pacientes en Montes de Oca y su posible utilización para el tráfico de córneas, declaró que algunos internos han sido muy precisos en detallar los horrores.

Entre los horrores que estamos investigando reveló el Fiscal, figuraba el caso de un paciente que casi no podía moverse y apareció sin córneas ahogado en un pozo.

El juez que investigó esa denuncia y admitió que entre 1985 y 1992 se extrajeron ilegalmente en Montes de Oca más de 300 córneas que eran trasladadas en cajas especiales a dos hospitales de Buenos Aires.

⁹² IBIDEM Pág. 177

Dos reportajes para la televisión, "the body parts of business" y "traficantes de órganos", emitidos respectivamente por la "BBC" en Gran Bretaña y "Canal +" en España, el 21 y 24 de noviembre de 1993, incluían el testimonio de un superviviente de Montes de Oca de quien aseguraban le extirparon las córneas y le abandonaron en una cloaca.

El canciller Guido di Tella, manifestó oficialmente la irritación de su gobierno por el reportaje de la BBC y aseguró que Argentina no estaba relacionada con el tráfico de órganos.

Sin embargo, la encargada de la Dirección General de Derechos Humanos en ese ministerio de Relaciones Exteriores, Zelmira Regazolli, dijo todo lo contrario.⁹³

3.1.5. BRASIL

El tráfico de niños mueve anualmente en Brasil 50 millones de dólares, según la investigación de Ricardo Soca en Río de Janeiro, para el país. Simultáneamente, la revista carioca "Manchete" aseguraba que para los traficantes cada recién nacido deja una ganancia de 9,000 dólares como promedio.⁹⁴

⁹³ IBIDEM, PAG. 178

⁹⁴ IBIDEM Pág. 140

Ricardo Soca, publicó en el diario "el país" el 27 de abril de 1992 qué: "Una gigantesca red clandestina exporta cada año entre 3,000 y 5,000 bebés brasileños. Un informe elaborado por la policía federal revela que agencias de viajes de varios países ofrecen, en sus paquetes turísticos, la posibilidad de comprar bebés brasileños. Los principales países importadores son Estados Unidos, Italia, Francia y Alemania. Para abastecer este floreciente mercado, los traficantes recurren al secuestro de niños de corta edad, a presiones sobre las madres pobres, de escasa cultura y cada vez más frecuentemente a la compra y robo de bebés. En las maternidades de algunos hospitales se han verificado casos de médicos al servicio de los traficantes de niños. Se valen de sus influencia profesional sobre madres jóvenes y sin recursos para inducir las a entregar los recién nacidos como pago de la cuenta del parto."⁹⁵

La venta de niños ocurre en todos los países. La creciente transnacionalización del problema de la venta de niños adquiere un matiz inquietante. La red de trata transnacional de niños entre países en desarrollo y países desarrollados resulta cada vez más evidente . A veces el problema se relaciona con el secuestro y la desaparición de niños que son conducidos a otro país. La venta de niños incluye desde pequeñas operaciones hasta redes multinacionales de gran magnitud.⁹⁶

⁹⁵ IEDEM

⁹⁶ IBIDEM pág 187

La nueva tecnología que ha hecho posible el trasplante de órganos puede producir horrendos resultados cuando los niños y otras personas son objeto del comercio de órganos: El problema de la venta de niños para extraerles órganos con fines de trasplante. Si bien hasta el momento no existe ningún instrumento internacional sobre la cuestión del trasplante de órganos humanos, la Convención Mundial sobre los Derechos del Niño, que vela por el derecho de los niños a la vida y a estar protegidos contra los malos tratos y la explotación, da a entender que la venta de niños para trasplantes de órganos es totalmente ilegal.

La preocupación con respecto al trasplante de órganos se debe a que la demanda es superior a la oferta. La escasez de órganos disponibles para trasplantes genera abusos y se presta a la comercialización. Gran parte de la demanda procede de los países desarrollados y se ejerce sobre los posibles abastecedores de: países en desarrollo, mediante el atractivo de una remuneración. El problema puede estar también relacionado con los secuestros y las desapariciones de menores.⁹⁷

Según el informe de 1992 de la Organización Mundial de la Salud (OMS), hay bastante fundamento para decir que la escasez de donadores ha hecho que aumente el tráfico comercial de órganos.

⁹⁷ IBIDEM pág 189

Las circunstancias revelan la necesidad de una mayor supervisión federal de las adopciones, mejores leyes estatales para impedir la comercialización y acuerdo entre los países que se ajusten a la Convención de la Haya sobre el secuestro de Niños.

Las recomendaciones emitidas por la Haya fueron:

- a) Más vigilancia sobre la venta de niños para trasplantes de órganos;
- b) Leyes específicas contra la venta de niños;
- c) Leyes nacionales que prohíban la venta de órganos y que estas leyes se apliquen de forma efectiva;
- d) Practicar estrictamente un código de deberes y derechos médicos;
- e) Mejorar las relaciones de la Interpol con las policías nacionales, para detectar las organizaciones internacionales dedicadas a la explotación y abuso de los niños;
- f) La policía de cada país debe disponer de una sección y una unidad especial encargada del problema;
- g) En todos los países debería establecerse un registro central de niños desaparecidos y deberían promoverse intercambios fronterizos de información para averiguar el paradero de estos niños.⁹⁸

La declaración de los Derechos del Niño, en su artículo 35, precisa: "El gobierno está obligado a impedir el secuestro, la venta o la trata de niños, para cualquier fin o en cualquier forma".

⁹⁸ IBIDEM pág 190

3.2. CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES.

Entre los objetivos fundamentales de la convención antes citada encontramos los siguientes:

El 19 de marzo de 1994 se firmó en la ciudad de México, en el seno de la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V), la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

Los considerandos de esta convención son: asegurar una protección efectiva del menor por medio de la instrumentación de mecanismos adecuados que permitan garantizar el respeto de sus derechos; que el tráfico internacional de menores constituye ya una inquietud universal; que se tuvo en cuenta la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, especialmente en los artículos 13 y 35; que es urgente regular tanto los aspectos civiles como los penales del mencionado ilícito, por lo que se reafirma la importancia de la cooperación internacional a fin de lograr una eficaz protección del interés superior del menor, según reza el preámbulo del instrumento interamericano.⁹⁹

Los propósitos de la convención son, según su articulado 1.

- La prevención y sanción del tráfico internacional de menores y
- La regulación de los aspectos civiles y penales del momento.

⁹⁹ GARCIA MORENO, Victor, Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México pág 121

Para logro de los mismos los Estados parte se obligan a:

- a) Asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior;
- b) Instalar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados parte que consagre la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese fin, y
- c) Asegurar la pronta restitución del menor, víctima del tráfico internacional, al Estado de su residencia habitual, teniendo en cuenta el interés superior del mismo.

Como se colige de lo anterior, el instrumento interamericano además de prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, pretende regular por primera vez aspectos penales y los civiles que rodean a la acción, ya que los tratados firmados hasta ahora únicamente habían regulado las cuestiones civiles, no así los aspectos penales.

El eje de la Convención lo constituye la residencia habitual del menor, víctima del tráfico internacional, a fin de proceder a su pronta restitución.

Se entiende por tráfico internacional de menores (artículo 2-b).

- a) La sustracción,
- b) El traslado,
- c) La tentativa de sustracción, traslado o retención de un menor con propósitos o medios ilícitos.

Para efectos de la convención los propósitos ilícitos incluyen, entre otros (artículo 2-c)

- a) La prostitución;
- b) La explotación sexual;
- c) La servidumbre, o cualquier otro propósito ilícito, como pudiera ser pornografía, trasplante de órganos y tejidos, mendicidad, etc. ya sea en el Estado de residencia habitual o en el Estado parte en que se localice el menor.

Son medios ilícitos, entre otros (artículo 2-d)

El secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se encuentre el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado parte en que el menor se encuentre.

Determina la Convención que los aspectos civiles de la sustracción, traslado, y retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional serán regidos por las mismas, siempre y cuando su regulación no se encuentre prevista por otras convenciones.¹⁰⁰

¹⁰⁰ IBIDEM, pág 122.

CAPITULO IV

"DISPOSICION DE ORGANOS"

4.1. DISPOSICIÓN DE ORGANOS

Rafael de Pina define: disponer como deliberar, mandar lo que ha de hacerse. Enajenar o gravar las cosas que nos pertenecen.¹⁰¹

La Ley General de Salud, en su Título referente al Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de seres humanos, determina la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos como el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino de productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los preembriones, embriones y fetos, con finalidad terapéutica de docencia o investigación.¹⁰²

Según el artículo 319 de la Ley General de Salud, los establecimientos en los cuales se realicen actos de disposición de órganos, tejidos y sus componentes y cadáveres de seres humanos, así como los profesionales responsables de dichos actos deberán contar con la autorización de la Secretaría de Salud, en los términos de la Ley y demás disposiciones aplicables¹⁰³

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en su artículo 16, fracción V, señala que tratándose de trasplantes entre vivos, el disponente originario del que se tomen órganos o tejidos deberá: haber expresado su voluntad

¹⁰¹ Diccionario de Derecho, OP.CIT. pág.153.

¹⁰² Ley General de Salud, Secretaría de Salud.

¹⁰³ Diario Oficial de la Federación 14 de Junio de 1994.

por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos o ante un Notario Público.¹⁰⁴

Conforme al artículo 325 de la Ley General de Salud cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la utilización de órganos, tejidos y los componentes de su cadáver, se requerirá del consentimiento o autorización de los disponentes secundarios; excepto cuando la autoridad competente, de conformidad con la Ley, ordene la necropsia, en cuyo caso la toma de órganos, tejidos y sus componentes no requerirá de autorización o consentimiento alguno.¹⁰⁵

Ahora bien el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, indica que el disponente originario podrá en cualquier tiempo revocar el consentimiento que haya otorgado para fines de disposición de sus órganos, tejidos, productos o de su propio cadáver, sin que exista responsabilidad de su parte.¹⁰⁶

Por otro lado la Norma Oficial Mexicana de Emergencia NOM-EM 003-SSA-1994 para la Disposición de Organos y Tejidos de Seres Humanos con fines terapéuticos, excepto sangre y sus componentes.¹⁰⁷ Los órganos y tejidos de seres humanos en ningún caso serán objeto de actos de comercio, y por tal motivo serán a título gratuito.

¹⁰⁴ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

¹⁰⁵ Ley General de Salud.

¹⁰⁶ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

¹⁰⁷ Diario Oficial de la Federación 30 de septiembre de 1994.

De acuerdo al Artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario, la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, marca que se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito.¹⁰⁸

El Derecho a la vida, comprende también el derecho a conservar el cuerpo en la totalidad de sus órganos y miembros, incluidos los no vitales, la privación de cualquier órgano o miembro es un impedimento para lograr determinados fines, a este derecho se acompaña el de no realizar lesiones ni mutilaciones, que son, en general, todos los atentados contra la integridad corporal, que no conducen en algunos casos a la supresión de la vida.

En consecuencia, la disposición sólo ha de ser posible respecto de partes no esenciales y que sean también regenerables.

La disposición no debe ser estimada como vinculatoria con respecto al destinatario de ella, pues ha de ser absolutamente libre y siempre revocable, ya que de otra forma se atentaría a la irrestricta libertad.

Organo, es la parte diferenciada del cuerpo de un ser vivo encargada de realizar una función propia y específica.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

¹⁰⁹ Diccionario Enciclopédico Hispano Mexicano Editores Plaza Janes, S.A. España 1981. pág. 30.

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, en su artículo 6 fracción XVII cita como órgano la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico.¹¹⁰

La Ley General de Salud en su artículo 333 apunta, que los órganos y tejidos de seres humanos incluyendo la sangre y hemoderivados, no podrán internarse o salir del territorio nacional sin permiso previo de la Secretaría de Salud.¹¹¹

Asimismo el artículo 334 indica que cualquier órgano o tejido que haya sido desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final será la incineración, salvo que se requiera para fines terapéuticos, de docencia o de investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán disponer de ellos o remitirlos a Instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salud.¹¹²

La decisión de un paciente para la disposición de órganos y tejidos, ya sea como donador o receptor, así como para cualquiera otra intervención médica debe basarse en la información que ha recibido, para lo cual no existe un modelo general aprobado. En los Estados Unidos y algunos países de Europa y principalmente en Austria, se ha fomentado el uso de cintas de vídeo para brindar en forma amplia y descriptiva la información requerida por el paciente para auxiliarlo en la toma de

¹¹⁰ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos

¹¹¹ Ley General de Salud.

¹¹² Diario Oficial de la Federación 14 de junio de 1991.

decisiones en torno a los procesos terapéuticos. Se ha considerado que este medio provee estandarización y capacita al paciente para un claro entendimiento del procedimiento quirúrgico o de investigación al cual va a ser sometido.¹¹³

4.2. DESTINO FINAL

Considera como destino final el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, la conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la Ley y Reglamento de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos.¹¹⁴

El artículo 7 del Reglamento citado anteriormente además de los citados considera como destino final de órganos, tejidos, productos y cadáveres de seres humanos:

- I.- La Inhumación;
- II.- La Incineración;
- III.- La inclusión en acrílico y otras sustancias plásticas;
- IV.- La conservación permanente mediante tratamiento a base de parafina;
- V.- La conservación permanente con fines análogos a los de la fracción anterior;
- VI.- Embalsamiento permanente con fines análogos a los de la fracción anterior;

¹¹³ MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo "Aspectos Éticos-Legales de los Trasplantes en México". Derechos Humanos y Transplantes de Organos, Comisión Nacional de Derechos Humanos 1era. Edición 1992 México Pág.18.

¹¹⁴ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

- VII.- La conservación permanente con fines análogos a los de la fracción anterior;
- VIII.- Las demás que tengan como fin la conservación permanente o desintegración en condiciones sanitarias, que autorice la Secretaría.¹¹⁵

4.3. DISPONENTE ORIGINARIO Y SECUNDARIO

Según el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, se considera disponente aquél que autorice, de acuerdo con la Ley y el ordenamiento antes citado, la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres;

Los disponentes pueden ser originarios y secundarios, es disponente originario la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo, y que además podrá en cualquier tiempo revocar el consentimiento que haya otorgado para fines de disposición de sus órganos, tejidos, productos o de su propio cadáver, sin que exista responsabilidad de su parte.

Además tratándose de trasplantes entre vivos, el disponente originario del que se tomen órganos o tejidos deberá:

- I.- Tener más de dieciocho años de edad y menos de sesenta;
- II.- Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico;

¹¹⁵ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

- III.- Tener compatibilidad con el receptor, de conformidad con las pruebas médicas practicadas;
- IV.- Haber recibido información completa sobre los riesgos de la operación del órgano, en su caso, así como las probabilidades de éxito para el receptor, y
- V.- Haber expresado su voluntad por escrito, libre de coacción física o moral, otorgada ante dos testigos o ante notario.¹¹⁶

Cuando el consentimiento provenga de una mujer embarazada, sólo será admisible para la toma de tejidos con fines terapéuticos si el receptor correspondiente estuviera en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

Por otra parte las personas privadas de su libertad podrán otorgar su consentimiento para la utilización de sus órganos y tejidos con fines terapéuticos, solamente cuando el receptor sea cónyuge, concubinario, concubina o familiar del disponente originario de que se trate.¹¹⁷

El enfoque que nuestra legislación da a la voluntad del disponente originario para la toma de órganos y tejidos después de su muerte es en el sentido de la existencia de su consentimiento expreso dado en vida, a través de testamento, documento otorgado ante notario público o ante dos testigos, También debemos incluir la autorización por medio de la tarjeta de donante que se ha venido utilizando

¹¹⁶ Artículo 6 fracción X, 10, 11, 12 y 16 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

¹¹⁷ Artículo 326, 327 y 328 de la Ley General de Salud.

en Argentina, Canadá y Cuba y que es impulsada en México por el Registro Nacional de Trasplantes de la Secretaría de Salud, a través de campañas permanentes.¹¹⁸

Se consideran como disponentes secundarios, las personas capaces de autorizar conforme a la Ley y demás, disposiciones de órganos y tejidos de un cadáver.

Según el artículo 13 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos de serán disponentes secundarios de acuerdo al siguiente orden de preferencia, los siguientes:

- I.- El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;
- 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 menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;
- VI.- Las Instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza el plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado, y

¹¹⁸ MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo OP. CIT. pág 18

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

Los disponentes secundarios señalados anteriormente, podrán otorgar su consentimiento para la disposición de cadáver, de órganos y tejidos, así como de productos del disponente originario.

En los casos en que la autoridad competente ordene la necropsia no se requerirá de autorización o consentimiento alguno para la disposición de órganos y tejidos, debiéndose de sujetar a las normas técnicas que se expidan.

El Ministerio Público podrá autorizar la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de personas desconocidas o que no hayan sido reclamados y que se encuentren a su disposición, de conformidad con las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría y siempre que no exista disposición en contrario, a título testamentario, del disponente originario y que cuente con anuencia de el cónyuge, el concubinario, concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario, también deberá contar con la aprobación de los representantes legales de menores de edad e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres.¹¹⁹

El Instructivo Número 1/002/89 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal para los agentes del Ministerio Público sobre la solicitud de disposición de

¹¹⁹ Artículos 13, 14 y 19 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos señala que la tramitación de solicitud deberá hacerla por escrito, la cual deberá ser presentada en comparecencia directa ante el Ministerio Público, por persona debidamente autorizada por la Secretaría de Salud para realizar actos de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, tal solicitud deberá reunir los siguientes requisitos:

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

A la solicitud mencionada , se anexará el certificado médico de defunción del paciente, suscrito por el médico encargado del servicio y por un especialista de neurología, acompañado también del resumen clínico del tratamiento médico aplicado y la constancia de las pruebas respectivas.

El Ministerio Público recibirá la solicitud, requisitada y la anexará a la averiguación previa correspondiente.¹²⁰

4.4. RECEPTOR

Segun el artículo 6 de la Ley General de Salud en su fracción XX, Receptor es la persona a quien se transplantará o se le haya transplantado un órgano o tejido o transfundido sangre o sus componentes mediante procedimientos terapéuticos.¹²¹

El artículo 17 dice que la selección del donante originario y del receptor de órganos o tejidos para trasplantes o transfusión, se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en caso de trasplante no será admisible la selección hecha por un sólo médico.

El artículo 25 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, dice que el receptor de un órgano o tejido deberá reunir los siguientes requisitos:

- I.- Tener un padecimiento que pueda tratarse de manera eficaz por medio del trasplante;
- II.- No presentar otras enfermedades que predeciblemente interfieran en el éxito del trasplante;

¹²⁰ Diario Oficial de la Federación 10 de agosto de 1989.

¹²¹ Ley General de Salud.

- III.- Tener un estado de salud física y mental capaz de tolerar el trasplante y su evolución;
- IV.- Haber expresado su voluntad por escrito, una vez enterado del objeto de la intervención, de sus riesgos y de las probabilidades de éxito, y
- V.- Ser compatible con el disponente originario del que vaya a tomar el órgano o tejido.

En el artículo 26 dice que además el escrito donde el receptor exprese su voluntad deberá contener:

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

XII.- Nombre, firma y domicilio de los testigos si se trata de documento privado.¹²²

El receptor es el beneficiario directo de la práctica de los trasplantes, muchas de las consideraciones morales, éticas y jurídicas deben estar orientadas a favorecer, no sólo la realización correcta del procedimiento, sino también a garantizar condiciones de equidad y justicia para los receptores en lista de espera de órganos de cadáveres.

Sin embargo, a pesar de todo lo anteriormente señalado, por la escala de disponibilidad de órganos y tejidos, en la práctica no todos los pacientes pueden ser transplantados con la oportunidad que lo requieren, de ahí que surja como compromiso ético y moral el impulsar los programas de donación, que dan a los cadáveres una función social, al mismo tiempo es necesario señalar con claridad y difundir ampliamente los criterios legales y éticos que se aplican en la larga lista de receptores de cadáveres.¹²³

4.5. TRASPLANTE

Bajo el genérico nombre de trasplante de órganos se entiende un conjunto de técnicas que consisten en tomar, separándola, una parte de un cuerpo vivo e implantarla en otro, del que pasa a formar parte; en otros casos, la técnica consiste en separar un tejido de su sitio e implantarlo en otro lugar del mismo cuerpo. Según

¹²² Reglamento de Salud en Materia de Control Sanitario la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

¹²³ CASTELLANOS COUTIÑO, Javier. "El Avance Científico y el Humanismo". Derechos Humanos y Trasplantes de Organos, Comisión Nacional de Derechos Humanos Tera. Edición 1992 México.

esta genérica e imprecisa noción, dentro de los trasplantes de órganos se incluyen cosas tan distintas como una transfusión o trasplante de corazón.

Ahora bien trasplante propiamente consiste en separar un órgano, tejido o miembro vivo de un cuerpo y su consiguiente implantación en otro cuerpo vivo.¹²⁴

La Ley General de Salud estipula que los trasplantes de órganos y tejidos y sus componentes, en seres humanos vivos podrá llevarse a cabo con fines terapéuticos, solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del disponente originario y del receptor, y siempre que existan justificantes de orden terapéutico.¹²⁵

El artículo 23 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control Sanitario de Organos, menciona que el trasplante de órgano único no regenerable, esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de un cadáver, para efectos de este Reglamento, los ojos serán considerados como órgano único.¹²⁶

El artículo 36 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, indica que la

¹²⁴ HERVADA, Javier. "Los Trasplantes de Organos y el Derecho a Disponer del Propio Cuerpo", México 1980, pág. 197.

¹²⁵ Artículo 321 Ley General de Salud.

¹²⁶ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Organos Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Secretaría tendrá a su cargo los Registros Nacionales de trasplantes y de transfusiones.¹²⁷

Según la norma el Registro Nacional de Trasplantes tendrá las siguientes funciones:

- I.- Coordinar la distribución de órganos y tejidos en todo el territorio nacional;
- II.- Establecer y supervisar la aplicación de los procedimientos y técnicas para la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos;
- III.- Coordinar el Registro de disponetes de órganos y tejidos a nivel nacional;
- IV.- Expedir tarjetas de identificación a los disponetes que otorguen sus órganos y tejidos con fines terapéuticos a título testamentario;
- V.- Llevar un registro de pacientes que han recibido trasplantes y su evolución;
- VI.- Promover la obtención de órganos y tejidos;
- VII.- Realizar y promover actividades de actualización, investigación, comunicación social y culturales en relación a la disposición de órganos y tejidos humanos;
- VIII.- Coordinar el Programa Nacional de Trasplantes;
- IX.- Las demás que determine la Secretaría de Salud.¹²⁸

Las Instituciones que realicen trasplantes deberán contar con un Comité Interno de Trasplantes, y entre sus atribuciones tendrán: La de verificar que los trasplantes realicen de conformidad con los requisitos que establecen las leyes, reglamento y normas técnicas; que se realicen con la máxima seguridad y de acuerdo a los principios de ética médica; hacer la selección de disponetes originarios y receptores de trasplantes; brindar la información necesaria a los

¹²⁷ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos
¹²⁸ Diario Oficial de la Federación 10 de agosto de 1989.

receptores, disponentes y familiares en relación a estos procedimientos terapéuticos, y promover la actualización del personal que participe en la realización de trasplantes.

Estos comités se integrarán con personal médico especializado en materia de trasplantes y en forma interdisciplinaria, bajo la responsabilidad de la Institución, y su integración deberá ser aprobada por la Secretaría de Salud.¹²⁹

El Registro Nacional de Trasplantes coordina la distribución de órganos y tejidos en todo el país, lleva un registro de los donadores originarios y de los pacientes en espera de órganos.

Los Trasplantes de órganos sólo deben practicarse en hospitales de reconocido prestigio, que cuenten con todos los elementos humanos y materiales específicamente requeridos para actividades científicas de tal categoría. Entre estos elementos figuran: grupos de médicos especializados en el trasplante; especialistas en diversas ramas de la medicina; instalaciones, equipos e instrumental adecuados; y departamento de medicina experimental.

En cuanto a la revocación de autorizaciones que otorga la Secretaría de Salud a Instituciones para que realicen trasplantes se deberá que cuando por causas supervenientes, se compruebe que las actividades, productos o servicios, constituyan riesgos o daños para la salud; cuando el ejercicio de la actividad exceda

¹²⁹ Artículo 34 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

los límites fijados en la autorización; por que se dé un uso distinto a la autorización; por incumplimiento grave a las disposiciones de la Ley, reglamento o demás disposiciones aplicables; por reiterada renuencia a acatar las órdenes que dicte la Secretaría; cuando resulten falsos los datos o documentos proporcionados por el interesado.

4.6. DISPOSICION ILICITA DE ORGANOS

Según el artículo 320 de la Ley General de Salud dice que se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, aquella que se realice en contra de la Ley y el orden público.¹³⁰

Es decir que todo lo que contravenga a la Ley y que esté en contra del orden público, será ilícito en cuanto a la disposición se refiere, un ejemplo de ello sería que se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito.

El Código Civil en su artículo 748, dice que las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley. En tanto el artículo 749 señala que están fuera del comercio por su naturaleza las que no puedan ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la Ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular. Cabría aquí la duda si los órganos son considerados como bienes de las personas.

¹³⁰ Ley General de Salud 1993.

La licitud ética de los trasplantes de órganos requiere ante todo distinguir si el donante es una persona viva o muerta. En el primer supuesto es totalmente ilícito todo trasplante de órganos que ponga en peligro serio la vida del donante, aún en el caso de que éste preste su consentimiento para realizarlo, puede ser ilícito, y en algunos casos muy meritorio, si tal peligro no existe y el donante se presta a ello voluntariamente y libremente es decir, sin ningún tipo de coacción y mucho menos de contraprestación económica.¹³¹

Para que el Trasplante de órganos entre vivos sea lícito es necesario, como ya hemos visto que no haya simple traslado de daño; no es lícito restablecer la integridad corporal de una persona, a base de que quede mutilada otra; así, por ejemplo no sería lícito trasplantar un riñón de una persona a otra, para que ésta última pudiese gozar de dos riñones.

La Ley General de Salud en su Título Decimoclavo, Capítulo VI referente a los Delitos señala en su artículo 362 que se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

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

¹³¹ HERVADA, Javier OP. CIT. pág 241.

En lo que se refiere a la primera fracción del ordenamiento antes señalado, este no considera un sanción al individuo que obtenga ilícitamente órganos o tejidos de seres vivos y que comercie con dichos órganos.

A pesar de que los rumores acerca de la venta y robo de órganos se intensifica y causa alarma entre la población, especialistas, cirujanos, médicos y autoridades en general niegan rotundamente que haya tráfico clandestino de órganos, y argumentan que en nuestro país la Ley General de Salud es muy clara y establece que los órganos y tejidos humanos no son bienes comerciales, aunque en la práctica, en el clandestinaje se intensifica la venta de córneas, riñones, hígados, páncreas y otros órganos renales debido al creciente número de personas que mediante el trasplante buscan una nueva alternativa de vida.

El problema con el tráfico de órganos es que todo el mundo sabe que existe y nadie hace nada por evitarlo. Los gobiernos dicen estar dispuestos a luchar, pero no tienen pruebas. Hasta el momento, en los últimos reportes, tanto de la Procuraduría General de la República como la de Justicia del Distrito Federal sobre esta situación, no existen evidencias de tráfico, no obstante de que durante los dos últimos años a la fecha se han difundido alarmantemente, y sin pruebas, que muchos de los niños desaparecidos han sido robados para extraerles sus órganos, mientras que por otra parte también se incrementó el rumor acerca de la venta clandestina de los mismos, ante la elevada cantidad de pacientes que están en espera de un trasplante. De acuerdo al Registro Nacional de Trasplantes, en la actualidad son más de 4 mil 800 personas, que están en espera de un trasplante y anualmente asciende a 200 el número de solicitudes hechas ante la instancia. En este contexto tan violento entre la oferta y la demanda es la puerta abierta a todos los abusos y más en época de

crisis, en donde han habido casos en los que innumerables personas han donado algunos de sus órganos a cambio de una remuneración económica, en virtud de que en la actualidad es una realidad clínica diaria reemplazar un órgano a enfermos con insuficiencia renal crónica.¹³²

En 1990 el Gobierno Mexicano reconoció, ante un grupo de trabajo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de la ONU, que redes ilícitas de adopción sacaban niños del país para vender sus órganos en el extranjero.

En el marco de un análisis global de las formas contemporáneas de esclavitud en 1990, el Secretario General de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU pidió a todos los gobiernos informes sobre este tema y México envió el suyo. Según lo publicado en la edición mencionada, en la página, ocho párrafo 38, del informe preparado por el Secretario General de dicho organismo internacional, publicado el 26 de junio de 1990, se lee lo siguiente:

"En su respuesta México afirmaba que se habían registrado en ese país casos de adopción de niños con fines comerciales. Se añadía que había pruebas de que solía recurrirse a la adopción como pretexto legal para adoptar menores en el extranjero. Además, se consideraba que, por desgracia, no todas las adopciones se hacían con arreglo a la Ley y que un número elevadísimo de padres potenciales de otros países acudían a organismos no autorizados, que se comprometían a facilitar niños a cambio de dinero. Se declaraba que entre los fines ilícitos que inducían a la adopción de menores mexicanos se encontraba la explotación de su trabajo, la venta

¹³² ESPINDOLA HERNANDEZ, Javier, Trafico de Organos Humanos un Tema que Solo se Trata en Voz Baja, Revista Impacto 27 de agosto de 1995, pág 40 México.

de niños con ánimo de lucro e, incluso, la venta de órganos. Todo lo cual constituía un tráfico ilegal de menores".¹³³

4.7. FALTA DE TIPIFICACION

Cabe señalar que existen profundas divergencias entre los autores que están o no conformes con la penalización de conductas en ordenamientos legales fuera del Código Penal a las que se denominan "delitos especiales" pero que realmente no están fuera de dicho Código, toda vez que éste en su artículo 6 prevee la posibilidad y legalidad de su existencia, y además la supletoriedad de las disposiciones generales del Código Penal, respecto a lo que sea omisa la legislación especial que conforme lo prevee a la letra el citado artículo 6:

"Artículo 6.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si una Ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán en éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente código y, en su caso, las conducentes del libro segundo.

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

Es por ello que la Ley general de Salud, prevee la penalización de la disposición de órganos de cadáveres si no se realiza conforme a lo en ella

¹³³ IDEM

estipulado, pero es omisa en lo que se refiere al tráfico de órganos y el tráfico de personas vivas.

Además atendiendo a la reiterada comisión de este tipo de conductas antisociales, a la vulneración de bienes jurídicamente protegidos en el sistema penal y a un clamor de juristas, sociólogos y en particular, de los padres de las víctimas proponemos que sea reformada la Ley General de Salud, haciendo subarallar que la disposición de fluidos como la sangre o de los órganos sea de seres vivos en particular a lo tocante a sus disponentes sea originario o secundario, así como los requisitos para la celebración del acto de disposición que siempre deberá ser voluntario y gratuito.

Pero en la realidad factica además de que no esta debidamente regulada dicha disposición carece de la eficacia necesaria y de su falta de tipificación ha dado lugar a verdaderas asociaciones delictivas que se proveen de sujetos vivos para hacer trasplantes de órganos "frescos", requisito sine qua non (indispensable) para la eficacia del trasplante, en particular se da el caso de enfermos menores de edad, en sus padres no dudan en pagar sumas allísimas de dinero con objeto de lograr la salud o salvar la vida de sus hijos, lo que ha dado origen a un lucrativo negocio que lesiona la libertad y más aún la integridad de los menores que son objeto de este comercio, sea por via de supuestas adopciones, plagios, suposiciones de infantes o bien de la entrega del menor por sus propios padres a cambio de pequeñas o grandes retribuciones según caso.

Por lo que es procedente proponer la adición a la Ley General de Salud de un artículo 362 bis que señale:

"Artículo 362 bis. La obtención de órganos y tejidos de seres humanos vivos para trasplante, sólo podrá realizarse, cuando no sea posible, por cualquier circunstancia, utilizar órganos obtenidos de cadáveres.

Al que simule un acto jurídico que le atribuya la patria potestad, prive de la libertad a un menor, o de cualquier forma lo entregue, lo utilice de intermediario con el propósito de disponer de sus órganos a cambio de un beneficio económico, o sin él, será sancionado con una pena de 20 a 40 años de prisión sin perjuicio de la comisión de alguno de los tipos previstos en el Código Penal, caso en el cual se aplicarán las reglas de concurso.

La misma pena se aplicará al representante de instituciones que no acrediten el origen de los órganos, que reciban con objeto de trasplante, independientemente de que se les revoque la autorización que les haya otorgado la Secretaría de Salud en los términos de la Ley de la materia.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El tráfico de menores como medio para la disposición de sus órganos reúne todos los elementos del delito a excepción de la tipificación.

SEGUNDA. Como medios utilizados para el tráfico de menores, existe la relación con algunos delitos como son: Adopción en fraude a la ley, privación de la libertad, delitos contra el estado civil, entre otros.

TERCERA. Ciertamente es que ninguno de los delitos utilizados como medio para el tráfico de menores se ajusta completamente para sancionar esta conducta utilizada también para disponer de los órganos de los menores.

CUARTA. El tipo en el delito de privación ilegal de la libertad, está muy abierto sobre todo cuando se refiere a quien ocasione daño o perjuicio, no se señala si el daño es físico o moral.

QUINTA. Efectivamente el fenómeno de los niños de la calle facilita la actividad ilegal de los delincuentes organizados del crimen para traficar con los órganos, México por su cercanía con Estados Unidos es donde existe la más alta demanda de órganos, ha provocado que este país sea una de las fuentes de este mercado negro.

SEXTA. Existe una convención celebrada actualmente por países de América, que promueve la tipificación de este delito en los ordenamientos relativos, y es claro que México formó parte de dicha convención y que no la ha ratificado.

SEPTIMA. Es el momento que México se decida a ratificar la convención Internacional Sobre Tráfico de Menores, se comprometería a hacer una serie de adecuaciones a las leyes que se relacionan con este delito como fin para cuya realización intervienen una pluralidad de medios.

OCTAVA. La disposición de órganos debe ser libre de coacción alguna, ya sea en vida o después de su muerte, y que lo motive no una cuestión económica de comerciabilidad de su cuerpo, sino una causa moral.

NOVENA. La disparidad entre la demanda y la oferta de órganos ha puesto en juicio la valoración de la vida humana.

DECIMA. Los trasplantes de órganos son una realidad por que la medicina mediante procedimientos cada vez más seguros y de mejores resultados han brindado a los pacientes una nueva expectativa de vida. Sin embargo, las bondades del trasplante enfrentan un grave problema: el tráfico de menores y sus órganos que implica el desarrollo de actividades absolutamente ilícitas.

DECIMA PRIMERA. Muchas de las consideraciones morales, éticas y jurídicas deben estar orientadas a favorecer, no sólo la realización correcta del procedimiento, sino también a analizar condiciones de equidad y justicia para el receptor en una lista de espera de órganos, pero a pesar de ello la escasa disposición de órganos y tejidos, hace surgir para evitar el comercio o mercado negro de órganos, tejidos y componentes humanos, el compromiso ético y moral de impulsar programas de donación, que den a los cadáveres una función social y al mismo tiempo si es necesario señalar, con claridad y difundir ampliamente los criterios legales a aplicar, en la larga lista de receptores.

DECIMA SEGUNDA. La legislación en la materia debe exigir al Estado el compromiso de proveer los recursos para que instituciones técnicas y científicas así como los profesionales de ellas sean poseedores no sólo de capacidad médica sino vocación humana.

DECIMA TERCERA. Resulta evidente que la Ley General de Salud, necesita contemplar sanciones más severas para quien efectúe o concienta el trasplante de órgano esencial y no regenerable de un vivo a otro, y a quien lo efectúe sin consentimiento expreso y por escrito del disponente.

BIBLIOGRAFIA

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Y CARRANCA RIVAS Raúl, Código Penal comentado Editorial Porrúa , México 1989.

CASTELLANOS FERNANDO, Lineamientos de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1969.

DE PINA, Rafael "Diccionario de Derecho", 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1981.

FLORES GOMEZ Y CARVAJAL MORENO Nociones del Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, México 1985.

GARCIA MAYNES, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México 1969.

GARCIA RAMIREZ, Sergio, Derecho Penal, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México 1991.

JIMENEZ HUERTA, Mariano Derecho Penal Mexicano Tomo V Editorial Porrúa México 1980.

MANCILLA OVANDO Jorge A, Teoría Legalista del delito, Editorial Porrúa, México 1994.

MARTIN MEDEM, José Manuel "Niños de Repuesto y Organos" 1era. edición editores Complutense Madrid España mayo 1994.

DICCIONARIO JURIDICO ESPASA, Fundación, Tomás Moro, Madrid España 1991.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Editorial porrúa 5A. Edición, México 1992.

LEGISLACION

Ley General de Salud, Secretaría de Salud.

Diario Oficial de la Federación 14 de Junio de 1994. (Reformas a la Ley General de Saud).

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

Diario Oficial de la Federación 30 de septiembre de 1994. (Norma para el Reglamento de la Ley General de Salud).

Diario Oficial de la Federación 10 de agosto de 1989. (Norma para el Reglamento de la Ley General de Salud).

Código Civil para el D.F. Editorial Porrúa 1era edición 1995.

Código Penal

HEMEROGRAFIA

MOCTEZUMA BARRAGAN, Gonzalo, "Aspectos Eticos Legales de los Trasplantes en México" Derechos Humanos y Trasplantes de Organos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1era. edición, México 1992.

CASTELLANOS CAUTIÑO, Javier "El Avance Cientifico y el Humanismo Drechos Humanos y Trasplantes de Organos" Comisión Nacional de Derechos Humanos 1era. edición Mexico 1992.

HERVADA Jorge "Los Trasplantes de Organos y el Derecho a Disponer del Propio Cuerpo, México, 1980.

ESPINDOLA HERNANDEZ, Javier, "Tráfico de Organos Humanos un Tema que sólo se trata en voz baja, Revista Impacto, 27 de agosto de 1995, México.

ABARCA LANDERO, Ricardo "La Migración Internacional del Tráfico de Menores su Adopción y su Tráfico ilegal", Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 1994.

ABARCA LANDERO, Ricardo "El Tráfico de Menores Derechos de la Niñez" Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Estudios Doctrinarios serie G México 1990.

BARCENA, Andrea "Tráfico de Menores Adopciones Esclavitud y Saqueo" Textos de Derechos Humanos, MEXICO D.F. 1992.

SANCHEZ PEREZ, Leonardo "Si Existe el Tráfico de Niños ONU", Revista Mira 2 de octubre de 1995.

PICHI, Carlos, "En México hacen los trasplantes". Diario Noticias Asunción Paraguay, 24 de agosto de 1988.

GARCIA MORENO, Victor, "Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1991.