

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No.3213-09 CON FECHA 16-X-1979
DE LA SECRETARIA DE EDUCACION PÚBLICA

TRÁFICO Y VENTA DE ÓRGANOS VITALES

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
FEDERICO CARDOSO ALVAREZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No.3213-09 CON FECHA 16-X-1979
DE LA SECRETARIA DE EDUCACION PÚBLICA

TRÁFICO Y VENTAS DE ÓRGANOS VITALES

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA
FEDERICO CARDOSO ÁLVAREZ

ASESOR DE TESIS
LIC. ISRAEL TRUJILLO MÁRQUEZ
CÉDULA PROFESIONAL No. 3369712

AGRADECIMIENTOS

DOY GRACIAS A DIOS POR PERMITIRME CONCLUIR UN LOGRO QUE HE DEJADO POR MUCHOS AÑOS.

AGRADEZCO INFINITAMENTE A MIS PADRES QUE CON SU ESFUERZOS Y SACRIFICIOS ME PUDIERON DAR UNA CARRERA.

DOY GRACIAS A DIOS POR QUE MI FAMILIA, ME APOYÓ INCONDICIONALMENTE.

ESTA TESIS ESTÁ DEDICADA PRINCIPALMENTE A MIS DOS HIJOS, LOS CUALES GRACIAS A SUS CRITICAS CONSTRUCTIVAS Y APOYOS INCONDICIONALES, PUDE TERMINAR ALGO QUE NO HICE EN MUCHOS AÑOS: A ELLOS, BRUNO Y VIRIDIANA QUE LOS AMO TANTO, QUE SON MI EJEMPLO A SEGUIR Y MI ORGULLO, GRACIAS INFINITAS POR TODO SU AMOR Y ESFUERZO POR APUNTALARME HA CREER EN MI.

UN RECONOCIMIENTO ESPECIAL A MI ESPOSA.

A UN GRAN SER, QUE DEDICÓ SU VIDA A CONSAGRARME COMO PERSONA, PADRE Y PROFESIONISTA, QUE CON SUS CONSEJOS Y APOYOS, CULMINE UNA META EN MI VIDA, QUE AUNQUE YA NO ESTÁ CONMIGO, TAMBIÉN TE LA DEDICO, A TI PADRE, QUE EN GLORIA ESTES.

A UN PROFESOR INIGUALABLE QUE AUNQUE NO ESTÉ PRESENTE, SIEMPRE ME APOYÓ INCONDICIONALMENTE, GRACIAS, A USTED LIC. PEDRO HERNÁNDEZ OROZCO.

RESUMEN

Se plantea la aportación a una reforma a la Ley General de Salud, toda vez que prevalece una gran laguna jurídica para la creación de leyes más especiales en favor de menores e incapacitados, con la estructura fundamental al darse una globalización a los derechos humanos y a los tratados internacionales, esta parte tan importante en la vida diaria de los seres humanos se ha olvidado y se han recrudecido en penas mayores a los delitos de mayor impacto social. No obstante, estos delitos de tráfico de órganos es una problemática que no da lugar a la atención que merece, es decir, diario vemos las alertas Amber en todo el país de las personas que desaparecen, en especial menores de edad, pensando que han sido robadas por otros tipos de delitos, faltando una policía y una dependencia gubernamental especializada en la búsqueda de estos menores y de redes de tráfico de órganos vitales.

Siendo que las autoridades consideran o no sacan a la luz pública estos eventos sociales que dañan a los seres más vulnerables e indefensos que son los menores de edad e incapacitados, abocándose a la tarea de la trata de menores, venta y explotación a los mismos, dejando muy lejos la importancia que hay sobre la sustracción de los órganos vitales, de aquí deriva la importancia de crear artículos especiales cuando se trate de menores e incapacitados, con una pena más alta, al grado de convertir en delito grave, dicha sustracción.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	ii
--------------	----

CAPÍTULO 1 TEORÍA GENERAL DEL DELITO

1.1	El sistema en la teoría del delito	2
1.2	Acción	5
1.3	Tipicidad	6
1.4	Omisión	12
1.5	Bien Jurídico Tutelado	19
1.6	Antijuricidad	39
1.7	Culpabilidad	47

CAPÍTULO 2 ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS

2.1	Antecedentes del tráfico de órganos vitales	53
2.2	El porqué de la prohibición de extracción de ciertos órganos vitales	54

2.3 Condiciones que debe reunir el órgano para su trasplante y el órgano receptor	58
---	----

CAPÍTULO 3 LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO

3.1 La naturaleza jurídica del médico en la extracción de órganos vitales	63
3.2 El consentimiento de las personas para su extracción de órganos ante el médico	71
3.3 La reforma en materia de donaciones	81
3.4 La responsabilidad penal del médico en que incurre	86

CAPÍTULO 4 DEFINICIÓN DEL DELITO Y SU CLASIFICACIÓN EN LA LEY GENERAL DE SALUD

4.1 Clasificación general del delito	91
4.2 Definición de delito según Raúl Eugenio Zaffaroni	91
4.3 Definición jurídica de tráfico y venta	94
4.4 Clasificación especial del delito de tráfico de órganos vitales en menores e incapacitados	104

4.5	La disposición de los órganos vitales dentro del sistema jurídico mexicano y sus organismos gubernamentales	105
4.6	La urgencia de tipificar de manera especial dentro de la ley general de salud a favor de los menores e incapacitados	107
	CONCLUSIONES	109
	BIBLIOGRAFÍA	112

INTRODUCCIÓN

Dentro del ámbito de la Ley General de Salud, anuncia que la actividad ilícita refiriéndonos al tráfico y venta de órganos vitales es tipificado como delito con una penalidad mínima para la gravedad del ilícito.

Es necesario la intervención de especialistas para la sustracción de un órgano lo que con lleva a que el sujeto activo del delito tiene que tener alguna especialización como el ser médico, enfermero, paramédico o alguien con conocimientos en cirugía médica o salud, y solo anuncia en forma general y ambigua la tipificación de dicho delito, pasando por alto los derechos humanos y los tratados internacionales para menores de edad e incapacitados, sin embargo, es importante una adición especial a dicha Ley con la finalidad de tipificar en forma específica a favor de los menores e incapacitados la actividad de extraer, traficar y vender con sus órganos vitales, toda vez que no está regularizado de forma específica en la Ley General de Salud.

Cabe señalar que la multicitada ley hace referencia a que existen actos ilícitos, más no así la especificación de la descripción típica de un delito para sustraer un órgano a menores e incapaces y sujetos a interdicción, las consecuencias que derivan por su extracción, venta y tráfico, para la vida un sujeto víctima de dicho ilícito, la incapacidad con la que tiene que vivir por la falta de un órgano robado.

Es importante señalar que la extracción de órganos implica una diversidad de conductas infiriendo principalmente la de los médicos, enfermeros,

paramédicos o cualquier sujeto con conocimientos en cirugía o salud, ya que son las personas con mayor capacidad profesional para trabajar en este ámbito y solo ellos tienen las condiciones exactas de salud de un órgano para poderlo trasplantar, y por lo regular los más vulnerables y fáciles de robar, secuestrar o lesionar son a los menores e incapacitados, que son las víctimas más factibles por sus condiciones en que se encuentran.

La importancia de la investigación radica en que en la actualidad no hay una tipificación especial para estos, el controlar de una manera más puntual la extracción de los órganos de las personas y que son víctimas de muchos engaños para sustraérselos, siendo objetos de abusos indiscriminados, principalmente los incapacitados, cadáveres y menores de edad.

Es importante que exista y legisle un incremento a la descripción del delito más específica y detallada en cuanto a la importancia de los delitos, no tan generalizada, ya que contraviene lo preceptuado en artículos anteriores de la misma ley de la materia en donde indica que los órganos que se sustraigan a los menores, a incapacitados y sujetos a interdicción están prohibidos, mismos que no se detallan de manera puntual en el capítulo de delitos que marca la Ley General de Salud, se plantea la necesidad de regular que el tráfico y venta de órganos vitales se tipifique de manera más especial a favor de los menores e incapacitados.

Toda vez que la Ley General de Salud, tiene un capítulo de delitos consistente de solo cinco artículos que hablan de la sustracción, venta y tráfico de órganos vitales de manera general. Sin que anuncie en forma especial a favor de menores e incapacitados.

CAPÍTULO 1
TEORIA GENERAL DEL DELITO.

En este capítulo iniciaremos por constituir lo que se debe de entender por Teoría General del Delito, con los conceptos con los cuales podemos estructurar el tipo penal, y así poder entender las acciones delictivas de los sujetos activos y pasivos del delito.

1.1 El sistema en la Teoría del Delito

La relevancia sistemática de la teoría del delito se destaca en;

1) Determinar el objeto, cuya elaboración científica corresponde al penalista. El objeto de la Ciencia Jurídica Penal en el Derecho Penal Positivo. (Ponce de León Armenta, 1998)

2) El derecho positivo no se reduce al conjunto de estructuras lógico-formales, esto es a los elementos sociológicos, políticos o éticos; sino a la realidad cultural a los hechos sociales regulados por las normas y a los fines que éstas persiguen.

El legislador selecciona las conductas que niegan los valores jurídicos.

Al Derecho penal corresponde proteger los bienes de mayor trascendencia. Uno de sus principios rectores, es el relativo al bien jurídico, mediante el cual se establecen los mínimos y máximos de las sanciones, la penalización o despenalización de alguna conducta, pero también sirve para sistematizar el Código Penal.

El injusto es el desvalor del hecho, en tanto que la culpabilidad es desvalor sobre el autor.

La norma contiene una descripción del comportamiento, así como la correspondiente consecuencia que en materia penal llamamos punibilidad, de ahí que la tipicidad sea consecuencia del principio de legalidad.

La evolución doctrinal de la teoría del delito, nos lleva a situar al sistema clásico como aquél que parte del positivismo naturalista, que prevé como el elementos del delito a la acción (con referencia a la causalidad) a la tipicidad, a la antijuricidad (como el aspecto objetivo), y a la culpabilidad (en su sentido subjetivo).

El sistema neoclásico, parte del neokantismo, conforme el cual el Derecho Penal está referida a fines y valores. Se descubren los elementos normativos en el tipo. La antijuricidad no solo será formal, sino material. La culpabilidad deja de ser sólo psicológicamente observable, para complementarse en el aspecto normativo (con los elementos imputabilidad, dolo/culpa-, y normalidad de las circunstancias bajo las que obra el autor).

Para la teoría de la acción final, la acción determina la estructura sistemática, mediante la anticipación mental. La correspondiente selección de los medios, el hombre controla el curso causal. En el tipo se describe la estructura final de la acción (dolo/culpa). La culpabilidad se integra por imputabilidad, conciencia del injusto y exigibilidad de otra conducta.

En cuanto al sistema racional-finalista, Jakobs (funcionalista-radical) parte de la base de conceptos como casualidad y acción que no tienen un contenido prejurídico para el derecho Penal, sino que se determinan por la necesidad de regulación jurídica. La culpabilidad cumple el fin de la pena, desde su perspectiva preventivo-general positiva, esto es, la fidelidad al derecho.

Mientras que para Roxin (funcionalista moderado) las bases se constituyen de la política-criminal, de la moderna teoría de los fines de la pena, en materia preventiva general y especial. Su sistemática está determinada por dos juicios de desvalor: en el injusto y en la responsabilidad (conformada por la culpabilidad y la necesidad de pena), (2000, citado en Gutiérrez y Gonzales, 2010, p. 50). Por tanto cada sociedad tiene sus propios delitos que responden a sus propias estructuras sociales y culturales, en la que se implica la costumbre en muchas de sus etnias.

Elementos Integrantes del Injusto Penal

El injusto no consiste solo en la relación entre la voluntad de la acción y la orden normativa, sino que radica igualmente tanto en la realización de la voluntad de la acción como en ese daño social que el lesionado y la comunidad sufren por el hecho, y, que debe ser evitado conforme a la valoración normativa, caso por demás ejemplificativo es el delito contra la salud, en la modalidad de introducción ilegal de cocaína al país, en el que se requiere estar probado que se trata de volúmenes regulares, partiendo de kilogramos que lleven explícitamente como fin su comercialización en otro país, en razón de que la aludida modalidad se tiene por consumada en el

momento en que el sujeto activo cruza voluntariamente los límites del territorio nacional trayendo consigo la droga sin haber cumplido previamente los requisitos que para tal acto establecen las leyes sanitarias del país, con independencia de que sea escasa o voluminosa la cantidad de droga que se introduzca, o bien que la requiera para su venta o consumo, pues como el delito contra la salud es de los llamados de peligro y no de resultado, sus consecuencias materiales y las finalidades anteriores de la gente, son independientes de su configuración típica, ya que tal actividad se encuentra prohibida por la ley, (artículo 194 fracción I del Código Penal Federal) y la sanción penal de esa conducta antijurídica obedece a que se ponen en peligro bienes jurídicos de indiscutible relevancia, como lo es la salud pública.

1.2 Acción

La acción, sin consideración a la voluntad, tan solo sirve para dejar fuera a los actos provenientes de los animales o de la naturaleza. Es la fracción I del artículo 15 del Código Penal federal la que prevé la causa legal de la ausencia de conducta, este primer elemento nace de observar que los delitos que contiene el Código Penal Federal, consisten en la descripción de comportamientos concretos de las personas, así por ejemplo, en el artículo 302 se dice: “al que prive la vida”, en el artículo 367 “al que se apodere de cosa ajena sin derecho y sin consentimiento...”

Según la opinión más extendida, acción en sentido puramente casual es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es denominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones, en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o animales, tampoco los

actos de una persona jurídica. Esto define a nuestro sistema como un derecho penal de acción.

Único compatible con la idea del estado de derecho, lo que no sucede con un derecho penal de autor.

En consecuencia. Todo delito implica una conducta, expresión que utilizamos en sentido amplio y comprende también las omisiones (como en el ejemplo del artículo 302 del Código Penal Federal). Por ello. Los tipos penales se integran con un verbo núcleo que constituye la acción o la omisión.

1.3 Tipicidad

Esa acción ha de ser típica, esto es, ha de coincidir con una de las descripciones constitutivas de delito, de las que están reunidas en el segundo libro (parte Especial) del Código Penal Federal. Es por ello que las normas jurídicas penales se diferencian de otras en que no prohíben y mandan acciones en forma directa. Por ejemplo cuando el código penal prohíbe el homicidio, no señala “no debes matar”, el artículo 302 señala “comete el delito de homicidio el que prive de la vida al otro”.

Por consiguiente, esta norma compuesta de dos partes, la descripción de un determinado comportamiento (al que prive de la vida a otro), esto es, un presupuesto y una consecuencia jurídica (pena de prisión de doce a veinticuatro años, artículo 307), esto es, la punibilidad.

Según lo dicho no es posible derivar acciones penalmente relevantes punibles, de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles. En cambio a esa característica de adecuarse exactamente a la descripción prevista en la norma jurídica penal, se le denomina tipicidad. La tipicidad, por tanto es consecuencia del principio de legalidad en la adecuación de la conducta realizada a la hipótesis normativa (artículo 14, párrafo tercero, constitucional).

El delito, como hecho ilícito, se distingue de los restantes hechos antijurídicos, por una doble condición: La de atentar contra bienes e intereses fundamentales del individuo y de la sociedad, y de la de hacerlo mediante una forma de ataque grave que se considera socialmente intolerable, de ahí deriva el carácter fragmentario del derecho penal, y el principio de mínima intervención, conforme al cual la intervención del derecho penal debe tener lugar solo cuando para hacer cumplir la norma no convengan otros medios menos dolorosos que la pena, que debe ser concebida como ultima ratio.

En consecuencia esa acción debe ser típica esto es, ha de coincidir con una de las descripciones de los delitos que están reunidas en la parte especial del Código Penal Federal, ejemplo de ello sería, quien mediante una determinada acción “sustraer una cosa mueble ajena sin derecho y sin consentimiento”, realiza el tipo de robo (artículo 367 del Código Penal federal), en el que la conducta desplegada por el sujeto activo no queda en grado de tentativa, sino que llega a consumarse; en efecto se realiza la conducta típica de apoderamiento la cual implica en cuanto al sujeto pasivo, desapoderamiento, vulnerándose así el bien jurídico del patrimonio, al sustraer el responsable el objeto materia del ilícito y colocarlo bajo su poder

de hecho; sin que sea relevante la circunstancia de que el sujeto activo no logre sacar el bien material del robo del local del ofendido por señalar un ejemplo, dado que ello, en última instancia tendría significado en cuanto al agotamiento del delito, por el logro de la finalidad del acusado, pero es intrascendente en orden a la consumación, misma que ocurre desde el momento en que el sujeto activo toma el objeto, pues desde ese instante se ataca el bien jurídico tutelado, en razón de que el ofendido, en la hipótesis de querer disponer del bien, no puede hacerlo, por haber salido de su esfera de disposición.

La estricta vinculación a la tipicidad, es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*. Por consiguiente, no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles.

Según el estado actual de la teoría del delito, ha de estimarse que deben ser acogidos en el tipo aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto (sentido de la prohibición) de una clase de delito. Pero ese injusto solo es un injusto penal, cuando sea subsumible en un tipo penal, de acuerdo con los elementos que requiere para su acreditación por parte del Ministerio Público de la Federación y que llevará al conocimiento del Juez de Primera Instancia, para su debida valoración jurídica.

Por ello, el tipo cumple la función de selección de las conductas antijurídicas penalmente relevantes. De ello se deducen dos consecuencias la subsunción de la acción en un tipo penal permitirá afirmar la antijuridicidad, salvo que concurran especiales causas que excluyan en el caso concreto la

contrariedad a derecho de la conducta (función indiciaria del tipo penal), como lo expresa el artículo 15 del Código Penal Federal; inversamente, la exclusión de la tipicidad deja subsistente todavía la posible ilicitud del hecho desde un punto de vista de antijuridicidad general (no penal), de forma tal que, por ejemplo es posible que genere la obligación de reparación civil. Por ello puede hablarse de causa de exclusión del injusto es decir, de la antijuridicidad general (causas de Justificación), lo que equivale a decir que una conducta jurídica penalmente irrelevante puede ser jurídicamente relevante, y que toda conducta desaprobada por el Derecho conduce a una antijuridicidad penal.

La presencia de la tipicidad no implica necesariamente la antijuridicidad de la conducta. Excepcionalmente puede suceder que la concurrencia de una causa de justificación convierta a la conducta típica en permitida por el ordenamiento jurídico en este supuesto los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo dirían que no se dan las condiciones para la existencia del injusto penal ya que, si bien cumple con el tipo positivo, falta el tipo negativo dada la presencia de un causa de justificación. También, y pese a ser formalmente típica, la conducta puede no ser antijurídica por su escasa lesividad material. Por ejemplo, desde un punto de vista formal, realiza el tipo de cohecho el funcionario que admite pequeños regalos el día de su cumpleaños.

No obstante se dice que las mencionadas conductas, al ser solamente adecuadas, no deben considerarse antijurídicas, conviene, sin embargo, hacer las siguientes precisiones: La adecuación social nunca debe convertirse en una causa de exclusión del tipo puesto que conduciría a entrar

en contradicción con el principio de legalidad; sí en cambio, puede utilizarse como criterio de interpretación orientado a restringir el ámbito de aplicación de aquellos tipos formulados con excesiva amplitud.

Esto es, la teoría de la adecuación social sostiene que las acciones ejecutadas con el cuidado debido, y situadas por completo en el marco del orden de la vida en comunidad conformando históricamente, no pueden incluirse en algún tipo delictivo incluso cuando conlleven peligros para bienes jurídicos protegidos jurídicamente, por ejemplo la fabricación de armas y materiales explosivos el funcionamiento de un reactor nuclear, la práctica del fútbol, entre otros. Se circunscriben a esta tarea, por que el legislador no puede prohibir el comportamiento socialmente adecuado, y por eso tampoco lo quiso prohibir.

Las consecuencias de la composición y estructura del tipo tienen especial importancia en la práctica. Por regla general, se afirman en una norma correspondientes con las distintas modalidades de la infracción normativa, varios tipos, a fin de enfrentar, de manera individualizada y según la clase de información normativa, al respectivo contenido de ilícito del hecho ejecutado por el sujeto activo para establecer su responsabilidad penal, sin que ello viole al artículo 16 Constitucional, para el libramiento de la correspondiente orden de aprehensión.

Además por lo que respecta a estructura interna del tipo pueden distinguirse dos partes distintas: una parte objetiva y una subjetiva.

El tipo objetivo contiene la descripción de un acontecer exterior perceptible por los sentidos. Aun cuando describa exteriormente una conducta, por sí mismo es insuficiente para calificarla de típica y ha de ser completado con los elementos que integran el tipo subjetivo. Sin embargo en el tipo objetivo se han de contener elementos que indiquen la existencia del tipo subjetivo y éste, ha de abarcar todos los elementos de aquel.

De lo dicho se desprende que en la composición de los tipos penales entran una serie de elementos de distinta procedencia y distinta significación. Es imposible delimitar a priori todas las peculiaridades que presentan los distintos tipos delictivos, sin embargo le corresponde a la parte especial del Código Penal Federal, el estudio de cada uno de los distintos tipos delictivos. Los intentos de elaborar un aparte general, de la parte especial en la que se incluyan todas las características generales comunes a los distintos tipos delictivos son inútiles, pero para cumplir con la función protectora que eleva a la categoría de delitos se indica, por medio de su tipificación legal, en aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro un bien, algunas cuestiones generales que plantean aquellos elementos que, de un modo constante, están siempre presentes en la composición de todos los tipos.

El delito como obra humana siempre tiene un autor, aquel que precisamente realiza una acción prohibida. Normalmente la ley se abstiene de delimitar el círculo de eventuales sujetos activos del delito, es por ello que en el tipo se alude a dicho sujeto con expresiones impersonales como “al que” o “quien” u otras análogas. En estos casos, el sujeto activo del delito puede ser cualquiera (delitos comunes), al margen de que después pueda o

no ser penalmente responsable del delito en cuestión, siendo un requisito exigido por la Ley para acreditar el cuerpo del delito y su probable responsabilidad.

Si bien es cierto que cuerpo del delito y la probable responsabilidad resultan ser conceptos diferentes, en virtud de que el primero se refiere a cuestiones impersonales relativas a la verificación de un hecho tipificado por la ley como delito, independientemente de la autoría de la conducta y la segunda radica en la atribución de la causación del resultado a una persona; también lo es que, puede suceder que un médico de convicción sirva para acreditar ambos extremos, ya que en ese caso, por un lado puede revelar la existencia de un hecho determinado como delito y por el otro atribuir la comisión del suceso a un sujeto específico; por tanto, tener por justificadas ambas premisas con los mismos datos probatorios no trae como consecuencia una violación de garantías (Zaffaroni, 2003).

1.4 Omisión

Del artículo 7° del Código Penal Federal se desprende que no sólo la acción, sino también la omisión originará la presencia de un delito si se encuentra sancionada por la ley, efectivamente, el derecho penal junto a las prohibiciones, norma de determinación exige abstenerse de realizar una determinada acción o provocar un determinado resultado, existen los mandatos que obligan o exigen la realización de una acción determinada. Al respecto (Gibertnart Ordeig,1990), explica que en derecho penal nos podemos encontrar con comportamientos de una persona en los que su única relación con el resultado (no evitado) ha consistido en una inactividad sin

mezcla alguna de comportamiento activo, (citado en Gutiérrez y González, 2010, p. 137).

Ciertamente también en la omisión, la capacidad de realizar intenciones por medio de la actitud pasiva condiciona la posibilidad del significado.

Es por ello que el planteamiento propuesto, ampliamente compartido por la doctrina actual, ha de llevar a una consecuencia que a menudo se desconoce: si en derecho penal la presencia de una omisión no depende del carácter físico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino de la estructura del tipo y de su significado como base de la infracción de una norma penal preceptiva, no podrá decirse la existencia de una omisión.

Placencia Villanueva cita que la omisión es dejar de hacer algo previsto por la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero sí la voluntad de no realizar el acto que de haberse efectuado no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico.

El comportamiento prohibido en el delito de omisión, es por consiguiente, en principio, la no realización de la acción mandada, lo que se ordena hacer; en los delitos impropios de omisión, es la acción cuya omisión “corresponde a la realización del supuesto de hecho legal por un hecho positivo”.

Estructura ontológica de la omisión

La omisión es sin duda al lado de la acción positiva, una forma de conducta humana que en ocasiones, puede revestir exactamente el mismo significado

social que ésta, pero es una forma de conducta ontológicamente distinta a la acción positiva, por lo que resulta en vano buscar en la omisión exactamente los mismos elementos y las mismas cualidades. No se trata de un concepto negativo sino limitativo: la no realización de una acción comprendida en la capacidad de acción del sujeto, comprendida por la finalidad potencial del mismo.

Ahora bien, la diferencia entre acción en sentido estricto, como comportamiento activo subsumible en un tipo penal y omisión, no puede realizarse en el plano normativo, sino en el plano ontológico, puesto que los conceptos jurídicos de acción y omisión deben desnormativarse para que en ellos puedan subsumirse comportamientos vitales reales en este plano ontológico, la omisión no tiene una categoría ontológica independiente

Las causales de la omisión

Existen supuestos en la realidad en los que la distinción entre acción y omisión no es tan sencilla, sino que por el contrario, puede resultar francamente complicada. Es por ello que la doctrina dominante delimita comisión y omisión en base al criterio de la causal. Para algunos, ello significa que es parte de consideraciones de base real efectiva y no valorativa. Sin embargo, también aquí es preciso apuntar que no se trata de cualquier causal, sino concretamente, del proceso de causación del resultado típico.

Esto es, al Derecho no le importa las relaciones causales en el sentido de la mecánica, sino únicamente, si la acción que le era posible al omitente

hubiera impedido el resultado. Por ello la acción omitida se encuentra respecto del resultado producido en la conexión legal que constituye la causalidad en el hacer positivo, siempre que el hacer imaginado hubiera impedido el resultado. De ahí que la fórmula usual de comprobación de la teoría de la condición, empleada para el verdadero hacer se modifique para la omisión, de modo que se afirma la causalidad cuando no cabe imaginar la acción esperada sin que desaparezca a un sujeto por comisión será que su comportamiento haya causado el resultado expresado en el correspondiente tipo.

Así, la trascendencia práctica del problema estriba en que para sancionar la omisión que produce un resultado típico, es preciso que concorra un elemento adicional que limita el ámbito de las conductas típicas: la posición de garante.

Finalmente, conviene recordar que dado que la omisión es una subespecie de comportamiento humano englobable en el concepto jurídico penal de acción, las causas que excluyen la acción son penalmente aplicables a los supuestos de omisión.

Además de la existencia de una relación equiparable a la acción y el resultado, se hace precisa la existencia de una relación de causalidad entre ambas.

Para ese efecto, debe vencerse un importantísimo obstáculo, consistente en que nada puede producirse de la nada, se plantea la posibilidad de que la actuación hubiera evitado el resultado, afirmándose la relación de causalidad

hipotética cuando así sea. Existirá la relación cuando del actuar conforme al mandato legal de evitar la producción del resultado, éste se hubiese evitado.

Las dificultades en la apreciación de la causalidad han conducido a interpretar su existencia en la verificación de la capacidad del sujeto activo a la situación que se materializa en el resultado; esto es en la determinación de la posibilidad de la evitación del resultado por su parte. El sujeto que se encuentra en posición de evitar el resultado, se dice que tiene una posición de garante.

Para que un sujeto asuma la posición de garante se hace preciso no sólo la posibilidad fáctica de actuar, sino que esta posibilidad debe estar enmarcada por una exigibilidad de evitar el resultado, derivada de una determinada relación jurídica.

Por ello, el ordenamiento jurídico en su conjunto sirve como criterio para valorar jurídicamente la posición de evitar un resultado, como consecuencia, el salvavidas de una piscina que presta más atención así mismo que a su labor y no impide un ahogamiento, tiene una situación distinta de mero visitante de la misma que en su caso responderá de un delito de omisión pura del deber de socorro, pero no de homicidio, doloso o imprudente, según los casos.

Esta posición de garante puede surgir por alguna de las fuentes siguientes, el que omite impedirlo, tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, un contrato o de su propio actuar precedente.

Clases de omisión penalmente relevante.

El problema central de la dogmática de los delitos de omisión es el de determinar cuando el que se abstiene puede ser responsable del resultado, igual que si lo hubiera causado mediante una conducta activa o de participación delictiva igual que si hubiera contribuido positivamente al hecho principal (delito de omisión o de comisión por omisión).

Los delitos de omisión simple, propia o pura.

En estos delitos, el contenido típico está constituido por la simple infracción de un deber de actuar, es decir, son tipos de simple conducta o simple inactividad. Las peculiaridades del tipo de omisión propia se centran, fundamentalmente, en el tipo objetivo común a las formas dolosas y culposas, en el cual han de concurrir los elementos de situación típica, es aquella descrita en el tipo de la que cabe deducir en el caso concreto el contenido del deber de actuar. Ausencia de la acción esperada, la situación típica viene constituida por una situación de desamparo que sufre una persona que se encuentra en peligro manifiesto y grave y la ausencia de peligro para quien socorre. La acción esperada por el ordenamiento jurídico consiste en “socorrer”. Capacidad para realizar esa acción, el sujeto que percibe la situación típica y que tiene el deber de socorrer, debe estar capacitado para poder cumplir con la acción exigida (capacidad personal de realizar la acción esperada).

Por lo que la omisión tiene determinada estructura ontológica, consistente en la no realización de una acción que el sujeto podía llevar a cabo en una

concreta situación, es decir, en la omisión no podemos hablar de una actividad finalista real, sino tan sólo potencial, pero ello no impide que posea una determinada estructura ontológica independiente de la acción. Con otras palabras la omisión existe con independencia de todo juicio de valor por parte de los usos sociales, normas de la ética social o del derecho.

Los delitos de omisión compleja o de comisión por omisión

Los llamados delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, constituyen uno de los institutos nucleares de la moderna dogmática del Derecho Penal, al mismo tiempo son una de las fuentes más importantes de expansión de la manifestación punitiva de difícil control, lo que puede poner entredicho el principio de una mínima intervención del derecho penal. En una primera aproximación a estos delitos, se pueden definir como la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico (de lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico).

El primer elemento de toda omisión es que tenga lugar la situación base del deber de actuar, en la comisión por omisión no expresamente tipificada ha de integrar dicha situación al llamada posición de garante por parte del autor.

En la introducción en el artículo 7º, segundo párrafo del Código Penal Federal da una regularización expresa de los delitos impropios de omisión, los jueces y tribunales se ven obligados a examinar todos los delitos de

resultado incluidos en la parte especial y su posible realización en comisión por omisión, pudiéndose llegar a la sanción de conductas que hasta ahora no habían sido consideradas como merecedoras de pena.

1.5 Bien jurídico tutelado

El objeto de tutela sobre los bienes necesitados de protección, motivó desde la creación legislativa el surgimiento de normas de toda índole, con el fin último de garantizar todo tipo de derechos, valores y bienes a partir del reconocimiento esencial de su pertenencia, buen uso y disfrute de cada persona.

Así, desde la norma constitucional se reconocen como valores y bienes supremos, entre otros el derecho a la vida, la libertad, el trabajo, la educación, la salud, el desarrollo de la personalidad, los derechos de asociación y expresión de ideas, así como todos los derechos sociales, económicos, políticos e individuales entre otros.

La tarea legislativa es de gran importancia, toda vez que a través de la creatividad del legislador nacen y se actualizan normas que sirven como punto de referencia para garantizar los bienes jurídicos existentes en todas las ramas del derecho.

El conocimiento de las normas por parte del ciudadano forma parte de la interpretación de las mismas, sin embargo; ¿su cumplimiento siempre será exigible? ¿La formación personal, el conocimiento individual, el grado de educación o de cultura, tan diferentes en cada sistema de gobierno son

elementos suficientes para garantizar al hombre una correcta interpretación de las normas? La respuesta es no. El altísimo grado de desconocimiento de las normas básicas de convivencia entre otros elementos produce en el comportamiento del hombre en sociedad encuentros y desencuentros con el Derecho, de aquí por un lado la necesidad de que existan normas claras para su cumplimiento y por otro, que las mismas sean difundidas a tiempo para que se conozcan y se respeten.

El legislador tiende a utilizar los códigos de comunicación más incomprensibles y extravagantes de aquí que la tendencia que se ha impuesto es la complejidad de interpretación de las normas no sólo para el hombre, sino para el propio creador de la misma, el juez, el magistrado, el que hace doctrina, es decir, ante la complejidad de interpretación de la norma, el Derecho debe ser nítido y sencillo para que se convierta en una herramienta que proteja con más claridad e intensidad los bienes del individuo y de la sociedad que estén necesitados de protección, en este sentido cobra actualidad la crítica que desde el siglo XVII lanza Schopenhauer.

Justificación

Los bienes jurídicos que tutela el derecho penal son los más necesitados de protección por el valor que representa el objeto de tutela como son la vida, la libertad, el patrimonio, la seguridad, la salud entre otros.

El motor que produce la necesidad de crear y actualizar el derecho es la justicia. Siempre se ha reconocido que el fin del derecho es la justicia a partir de esta afirmación es que el tema cobra relevancia.

Origen del concepto bien jurídico

La teoría del bien jurídico aparece en el siglo XIX, con una clara inspiración liberal y con el declarado intento de limitar la obra del legislador penal, describe el elenco de hechos merecedores de pena únicamente a los socialmente dañosos. El concepto de bien jurídico fue acuñado por Birnbaum en 1834, Se le ha identificado como derecho subjetivo. No obstante, para Mezger existen numerosos delitos en los que no es posible demostrar la lesión de un derecho subjetivo.

Denominación

El bien jurídico se denomina de formas diversas, tales como: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico, núcleo del tipo, objeto de protección. No puede surgir el delito cuando por inexistencia del objeto de tutela o por falta de idoneidad de la acción es imposible la lesión de un bien jurídico, el cual se presenta en las formas más diversas debido a su pretensión de garantizar los derechos de toda persona, como pueden ser entre otros: reales, jurídicos, psicológicos, físicos, etcétera.

En mi opinión, el bien jurídico como objeto de protección del derecho penal es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro. Así entonces, el tipo penal se debe entender

como un valor ideal del orden social jurídicamente protegido, por tanto, constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos.

El estado de derecho lo entendemos en la medida en que el Estado ofrece una protección a la sociedad, y para este fin ha de sujetarse rigurosamente al imperio de la Ley, con lo cual, aquellos intereses sociales que ameriten ser protegidos por el Estado se denominan “bienes jurídicos”. En el ámbito del Derecho Penal deberán ser protegidos únicamente bienes jurídicos reconocidos, pero eso no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente protegidos deba necesariamente determinar la intervención del Derecho Penal, así por ejemplo en el caso que medie el consentimiento del disponente en algunos delitos.

El objeto del bien jurídico encuentra su origen en el interés de la vida, previo al Derecho, que surge de las reacciones sociales, aunque dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho, es éste el que decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos a través del proceso legislativo que lo crea.

Sin embargo, una importante dirección acude hoy al concepto, de bien jurídico como bandera de una política criminal liberal, que fija un límite al Derecho Penal, es decir una frontera de lo que puede ser objeto de protección penal.

Es menester, por lo tanto observar cómo se entiende a la democracia y cuál es la justificación de demandar su protección jurídico penal, pues de otro

modo, se llegaría al extremo de la sentencia de *Montesquieu*: en el sentido de que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica.

Función del bien jurídico

Al bien jurídico se le atribuyen tres funciones:

- 1) función exegética
- 2) función sistemática
- 3) función dogmática

Según Álvarez García (2006), el bien jurídico tiene como funciones la de ser clasificadora, dogmática y crítica.

Se ha dicho que la misión del derecho penal es la protección de los valores ético sociales elementales. Todo derecho pretende introducir orden y armonía en el desenvolvimiento de la vida social. Como reguladora de conducta, la Ley Penal persigue el cometido de garantizar al hombre el poder proveerse de lo que exteriormente necesita para realizarse como persona.

El bien jurídico lo conceptuamos como el derecho intrínseco que la norma protege. No es otra cosa que la pretensión del legislador de darle protección a ciertos valores del ser humano, y que se conviertan en intereses no sólo personales sino sociales y del Estado.

Se puede afirmar que el bien jurídico es la tutela que la norma penal brinda a los valores tangibles e intangibles del hombre, desde los más significativos (vida, libertad, patrimonio, entre otros), hasta los más irrelevantes (honor, fidelidad, entre otros).

El bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo que en razón de su significación social es amparado jurídicamente. De tal manera que la Ley Penal prohíbe o manda una serie de acciones, cuya realización u omisión ponen en peligro o lesionan un interés generalmente apreciado (vida, libertad, honor) recibiendo protección mediante la Ley Punitiva que amenaza a los hipotéticos agresores mediante la utilización del bien jurídico en el tipo. En consecuencia, la protección a través del derecho penal significa que, en los delitos de acción se prohíbe mediante normas jurídicas con amenaza de pena las acciones idóneas para menoscabar de modo particularmente peligroso, los intereses vitales de la comunidad y en los delitos de omisión se reprocha la no realización de la acción mandada cuando existe poder de hecho para realizar la acción omitida.

El bien jurídico cumple una función esencial del derecho penal al establecer, a través de la protección de los bienes el mínimo ético social necesario para la convivencia en opinión de la mayoría, de tal manera, que es necesario un equilibrio entre la protección de la sociedad y la de los individuos.

Todo tipo penal tiene un bien jurídico, o varios por ejemplo en el delito de homicidio el bien que se tutela es la vida de los seres humanos, en tanto que en el delito de aborto los bienes son el derecho a nacer, derecho a la

maternidad, el derecho a la paternidad, el derecho a la descendencia e incluso el derecho a la perpetuidad del género humano, que se protegen mediante la determinación de un proceso de valoración de la conducta descrita. Esta protección es realizada normativamente mediante la prohibición de acciones cuyos contenidos son la materia descrita por la Ley Penal.

Existen bienes individuales y bienes colectivos, para identificar los primeros no surge dificultad, de éstos pueden distinguirse los llamados bienes materiales y los bienes inmateriales, así como los reales *res nullius* (aire, agua, mar, luz, entre otros), personales (honor, libertad, salud, vida, entre otros), patrimoniales. En tanto que los segundos son aquellos que corresponden a la familia, la sociedad, la comunidad local, nacional o internacional. A este tipo de bienes, Pisapia les ha denominado intereses de todos.

De acuerdo con opiniones jurisprudenciales, se ha definido en las distintas épocas que componen la interpretación de los tribunales federales el bien jurídico y en algunos casos se ha precisado con toda propiedad cuál es el bien tutelado por cada figura típica.

Es oportuno precisar que el concepto de bien jurídico asume una pluralidad de funciones como ya hemos señalado, y que según la doctrina italiana también cumple una función exegético explicativa, sistemática clasificadora, sistemática descriptiva y político criminal, afirma que todo delito por el solo hecho de estar previsto identifica un bien jurídico, una situación

positiva que el legislador intenta asegurar o tutelar, de lo contrario la norma no tendría sentido ni razón de existir.

El bien jurídico como fin de la norma.

Se puede explicar como una conexión singularmente intensa entre el fin de la norma y el sistema del derecho penal, destaca el sentido teleológico y el relieve metódico que, como funciones esenciales, corresponde desempeñar al concepto y objeto de tutela con particular referencia a la teoría del injusto penal, y la lesión como momento constitutivo del contenido material del injusto.

El derecho penal, a través de una selección fragmentaria de intereses, confiere su protección por medio de normas positivas contra las acciones susceptibles de perjudicar de una forma singularmente grave los intereses vitales del individuo o de la colectividad. El tipo parte, por tanto, de la norma y la norma a su vez del objeto de tutela.

El objeto de protección está constituido por el bien jurídico o el núcleo que en cada delito se lesiona. En atención a su significación social, es amparado jurídicamente por el derecho positivo vigente, prohíbe o impone acciones de determinada índole. El derecho penal actual experimenta constantemente una movilidad de acuerdo con nuestra dinámica social, por lo que no debemos perder de vista esos bienes a tutelar y el rango de cada uno, por ser una de las finalidades de la doctrina; proponer soluciones a las diversas cuestiones que surgen de la norma positiva.

La redacción actual de nuestras normas penales tiene influencia tanto de la sistemática causalista como finalista, debido a la orientación filosófica de quienes han opinado en la incorporación de figuras delictivas las cuales, en ocasiones resultan híbridas y pueden confundir el bien jurídico que se pretende tutelar por medio de los tipos.

Estas confusiones pueden acontecer en la práctica, sobre todo tratándose de tipos que corresponden a una misma entidad (los que tutelan la libertad o seguridad sexuales; el patrimonio, los derechos de familia, etcétera), o cuando una acción u omisión lesiona varios bienes (concurso ideal, medial o de leyes), o bien, cuando un objeto de protección puede ser afectado de distintas maneras. De tal forma, que una sola conducta es capaz de afectar un solo bien o diversos bienes jurídicos, o dañar a un titular o conjunto de ellos. Por tanto, en cada caso, será labor del intérprete de la ley dejar en claro cuál es el bien o los bienes que resultan dañados.

Al presentarse en la pragmática los diversos supuestos de hecho, si formulamos una abstracción de la conducta ante la lista de los delitos con referencia al bien jurídico tutelado, evitaremos confusiones para determinar si ésta es efectivamente típica, y si la tipicidad se adapta a una u otra figura penal.

La inexistencia del bien jurídico, la falta de lesión al bien jurídico o el consentimiento del pasivo (en algunos supuestos) pueden producir ausencia de tipicidad en la conducta, lo cual sucede cuando el titular del bien a proteger otorga su asentimiento antes del ataque respecto de aquellos bienes disponibles por él, que en nuestros códigos pueden ser entre otros, los

llamados delitos perseguibles previa querrela o delitos privados, (como lo son, golpes simples, fraude) y aquellos que admiten el consentimiento como causa de exclusión del delito, de acuerdo a lo establecido en algunas legislaciones en cuyo caso se requiere la existencia de los siguientes supuestos:

- 1) Que el bien jurídico sea disponible

- 2) Que el titular del bien tenga capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y

- 3) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste lo hubiese otorgado.

Esta forma de excluir, ya sea el tipo o lo antijurídico de la conducta, dependiendo del consentimiento y el bien respecto del cual se concede la permisión para ser lesionado, genera una serie de cuestionamientos que tienen relación con las condiciones en que se debe dar dicho consentimiento.

¿Quién debe proporcionarlo?

¿Cuándo tendrá validez y cuándo no?

¿Qué bienes son susceptibles de ser disponibles?

¿Cómo se resuelve el problema del consentimiento cuando existen varios titulares del mismo bien?

¿Cuándo se tiene la capacidad jurídica o se carece de ella?

¿En qué casos extremos se podría presumir el otorgamiento de consentimiento sin que lo haya expresado el titular (consentimiento presunto)?

¿Es válido el consentimiento en conductas eutanásicas?

¿Es válido para la interrupción del embarazo?

¿Convalida la inducción o ayuda al suicidio?

La respuesta no es sencilla, por lo que, antes de dar una opinión debemos considerar, previamente de entre los bienes protegidos por el derecho penal, qué bienes son disponibles y cuáles no.

En estos supuestos nos encontramos ante los llamados delitos de encuentro en los cuales el tipo penal exige como uno de sus elementos el asentimiento expreso o presunto de la víctima ya que las distintas conductas descritas afectan un bien cuyo titular jamás se ha desinteresado de su tutela, razón por lo cual, se consideran como conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles.

El bien jurídico frente al consentimiento

Hemos señalado que la inexistencia del bien jurídico, la falta de lesión al bien jurídico, o el consentimiento del pasivo (en algunos supuestos), produce atipicidad cuando el titular del bien a proteger otorga su asentimiento respecto de aquellos bienes disponibles por él. Para que el consentimiento opere en los términos ya planteados, deberá darse antes de la realización del hecho dando lugar a la exclusión, ya sea del tipo o de la antijuridicidad de la conducta.

Para que se origine la ausencia de tipicidad por falta del bien jurídico protegido, el titular del derecho deberá estar de acuerdo con la conducta al acaecer ésta, dado que su conformidad elimina la amenaza de daño de dichos bienes. Para que sea eficaz el consentimiento, depende de la forma y el momento de otorgarlo, así como el tipo de bien que por su naturaleza permite deducir si es disponible o no por su titular o titulares.

Consentimiento de una manera expresa, seria e inequívoca. Sobre el problema del consentimiento se han desarrollado diversas teorías, de las que se desprende su eficacia únicamente para la disposición de ciertos bienes jurídicos, entre otros el patrimonio, el honor y la libertad; negando toda eficacia al consentimiento dado frente al bien jurídico vida, el consentimiento del ofendido en este supuesto no es causa de exclusión del injusto penal con arreglo al principio de la ausencia de interés.

Para que el consentimiento tenga eficacia debe otorgarse, objetivamente, por el sujeto pasivo titular del interés jurídicamente protegido en la norma

que, indudablemente, debe ser la persona sobre quien se vierte la conducta, además deberá ser otorgado al momento en que la persona sea capaz de discernir sobre el conocimiento, circunstancias, y consecuencias de ese asentimiento, para que se considere otorgado con plena libertad y en base al conocimiento real. Al respecto, cabe recordar, las palabras de Platón cuando señaló que, “el hombre podrá captar la verdad, solamente, a través del ejercicio de la racionalidad y que nuestros sentidos, por tanto, nos engañan”.

En este orden de cosas, consideramos que, si la experiencia del mundo inteligible y del mundo sensible hace que el hombre tome tantas decisiones como son necesarias cada día, en condiciones de normalidad socialmente válidas, incurriendo en no pocas equivocaciones, la toma de decisiones sobre la vida y la muerte, en un momento que es precedido de impresiones graves realmente se ajusta a un consentimiento.

¿Será libre y, en consecuencia, válido el consentimiento?

¿Si una persona postrada por una grave enfermedad otorga su asentimiento para que se le prive de la vida? (Eutanasia)

¿Realmente lo estará haciendo dentro del marco de libertad a que se refiere la norma? (eutanasia)

Sabemos que, en el mundo de las ideas, el hombre puede ser influido y que existen momentos propicios para ello. Giusto Giusti, en este sentido ha señalado que, en el caso de los ancianos enfermos incurables, la sugestión

puede ser fácilmente ejercitada por los familiares o por el médico. (2000, p. 97).

Puede suceder que el consentimiento se otorgue mediante una situación engañosa por quien dispone de éste (delitos de encuentro), que el autor recurra a falacias que distorsionan la realidad frente a la visión de la víctima sobre todo en algunos delitos patrimoniales donde una de las características o elementos del tipo es precisamente el aprovechamiento del error o el engaño en que se hace caer al titular de los bienes jurídicos como es el caso de los delitos de estafa en algunas legislaciones o el fraude en otras, en cuyos supuestos el asentimiento no tendrá eficacia para validar el consentimiento.

Esto es, tratándose de delitos en donde el autor del hecho va hacia su víctima a través de una estrategia para hacerle creer una situación distinta a la realidad con el fin de generar el comportamiento deseado que le producirá el resultado con daño y por ser precisamente un elemento que vicia la voluntad del disponente tal comportamiento se sigue considerando un daño a los bienes jurídicos tutelados por la norma.

Ámbito de eficacia del consentimiento.

El ámbito de eficacia del consentimiento depende, en gran parte, del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo. Generalmente, se reconoce validez al consentimiento otorgado sobre la posesión, la propiedad, el

patrimonio y la libertad personal, (incluso la libertad sexual) y en el delito de lesiones, cuya comisión dolosa es fuertemente discutida.

Los bienes disponibles o indisponibles tienen relación con la eficacia o validez del consentimiento, en los primeros se puede considerar aquellos bienes que señala al respecto: “hay delitos que sólo pueden cometerse con el consentimiento de la otra parte, como la usura, no representan una utilidad social inmediata, así por ejemplo se consideran como bienes disponibles del catálogo de delitos contemplados en la mayoría de los códigos penales el de abuso de confianza, fraude, entre otros, es importante destacar que dentro del grupo de bienes disponibles por su titular se encuentran lo que para algunos el rango o el valor del mismo es tan disminuido que una vez cometido el delito, la víctima puede autorizar mediante el perdón la extinción de la acción penal de tal manera que los llamados delitos perseguibles sólo por querrela de parte, también son disponibles por sus titulares, en tanto que en los segundos se distinguen por su mayor utilidad social (vida, libertad y otros) o cuando se trata de varios titulares del mismo bien.

El legislador no resuelve a través de la ley cuáles bienes son disponibles y cuáles indisponibles, por lo que es necesario que la jurisprudencia y la doctrina aporten el complemento a este vacío que se desprende de la ley para definir los criterios necesarios que permitan una interpretación correcta, y es precisamente en este contexto en que se desenvuelve la teoría del bien jurídico y los criterios sobre la disponibilidad o indisponibilidad de bienes por su titular.

Con relación a los bienes susceptibles de ser disponibles por su titular, según opinión de Antón Oneca, el consentimiento es eficaz en la mayor parte de los delitos contra la propiedad (excluyendo la usura), siendo incompatible en delitos contra el honor, la libertad (detención ilegal, allanamiento de morada, coacciones) y con algunos contrarios a la honestidad individual (violación, abusos deshonestos, etc.).

El ámbito de eficacia del consentimiento depende, en gran parte, del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo, reconociendo validez al consentimiento otorgado sobre la posesión, la propiedad, el patrimonio, y, en general, la libertad personal (incluyendo la libertad sexual) y la integridad corporal (en el sentido del delito de lesiones) cuya comisión dolosa es fuertemente discutida.

Requisitos de validez del consentimiento.

La norma penal mexicana además de exigir para que sea válido el consentimiento, aunque no lo establece se entiende que éste deberá ser igual y por tanto aplicable con relación a bienes disponibles, en cuyo caso se requiere, además, que el otorgante tenga capacidad jurídica para disponer libremente de dicho bien o bienes, por lo que, podemos acudir a distintas vías para apreciar la capacidad del otorgante, una de ellas puede ser la capacidad civil que, generalmente, se define en disposiciones de ese orden, al considerar incapaz a “toda persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma”.

En el ámbito del Derecho Penal, las personas que han sido declaradas en estado de interdicción no tienen capacidad legal, lo cual puede suceder por dos causas: en primer lugar, la toxicomanía o ebriedad consuetudinaria, y, en segundo término, por padecer enfermedades mentales transitorias o pasajeras que impidan advertir la trascendencia de los actos realizados por el sujeto, de tal suerte que, solamente, aquellos que estén exentos de las restricciones mencionadas podrán otorgar consentimiento para la disposición de bienes jurídicamente disponibles.

Con relación al consentimiento presunto, se plantean otro tipo de dificultades, sobre todo, tratándose de ciertos bienes jurídicos, ya que pueden presentarse supuestos como el caso Morgan que produjo suficientes disquisiciones en materia del error en el consentimiento, o del consentimiento presunto.

Por otro lado, se debe estimar que puede ser válido el consentimiento prestado por el representante legal respecto de ciertos bienes disponibles en administración por parte del titular originario del mismo, siempre y cuando del capítulo de facultades (deducido del documento correspondiente) se le conceda este tipo de autorizaciones.

Sobre la renuncia de intereses en beneficio del autor o en beneficio de un tercero, citado por Jescheck, se trata de aquellos supuestos en que el titular del bien tiene un escaso interés respecto a la conservación del mismo o resulta impune la conducta por razones especiales de quien dispone (por ejemplo, los niños que recogen la fruta caída de los árboles en una huerta

con exceso de producción en esa temporada, o la disposición en favor de un indigente de un traje roído por parte de la servidumbre).

Ineficacia del consentimiento.

Se debe negar eficacia a los delitos de encuentro, y en aquellos cuya pertenencia del bien jurídico corresponde a la sociedad, fue un caso que también conmovió a la opinión pública inglesa; en especial, provocó una reacción de repudio por grupos feministas que entendieron que con la doctrina sentada en el fallo aumentaba la probabilidad de que los autores de violaciones quedaran impunes y que se indujera a someter a las mujeres víctimas a un humillante interrogatorio acerca de las circunstancias del hecho.

El caso fue que, Morgan, oficial de la fuerza aérea se reunió con tres subordinados jóvenes a beber; al manifestar estos su deseo de buscar mujeres para pasar la noche, Morgan les propuso que tuvieran relaciones sexuales con su propia esposa, diciéndoles que ella accedería complacida; según los soldados, cosa que fue negada por Morgan, este les había dicho además que no hicieran caso si la mujer aparentaba oponer resistencia ya que ello sería solamente una actitud fingida para obtener mayor excitación sexual; el propio Morgan los condujo a su casa donde todos, incluido el marido, tuvieron relaciones sexuales con la señora de Morgan (ésta se llevaba mal con su marido y dormían en habitaciones separadas). El problema surgió cuando se consideró que los jóvenes consideraron que existía consentimiento, o por lo menos el consentimiento presunto, ya que

alegaron en su favor que la mujer había colaborado, en tanto ella dijo que había opuesto toda la resistencia posible.

Señala que los delitos de encuentro sólo pueden cometerse con el consentimiento de la otra parte, (usura, abuso de confianza), se caracteriza porque todos los sujetos colaboran activamente con el autor (el pasivo de la conducta participa voluntariamente, sin que lo mismo debe suceder cuando se trate de bienes jurídicos, cuyos titulares sean varios y falte el consentimiento de uno de ellos.

Perdón del ofendido y bien jurídico frente al consentimiento.

El consentimiento no debe confundirse con el perdón del ofendido, que se otorga posterior a la conducta que ha lesionado el bien tutelado, en cuyo supuesto el daño se causa sin que la víctima haya dado su asentimiento, por razones de política criminal las normas penales y procesales validan, ya sea, en el tipo o en disposiciones procesales el perdón, sobre todo frente a la lesión de bienes cuya jerarquía es de poca entidad, dando lugar a la extinción de la responsabilidad penal por haber mediado el perdón del ofendido, lo cual sucede *ex post*. En tanto que el consentimiento se otorga *ex ante*.

Otra diferencia es que el consentimiento pertenece al derecho sustantivo, y el perdón del ofendido corresponde al derecho adjetivo. Finalmente, debemos señalar que cuando no existe el bien jurídico la lesión que se intenta por el actor de la conducta resulta frustrada por circunstancias ajenas, en algunos casos al autor y en otros al objeto o sujeto de ataque, como sucede en todos los casos que se incardinan bajo la denominación del “delito

imposible”; así por ejemplo en la corrupción de menor el bien jurídico no se dañaría si el autor de la conducta induce a un menor al uso de enervantes, cuando éste lleva años haciendo uso de todo tipo de sustancias dañinas para la salud, o cuando A pretende privar de la vida a B y al agotar los actos el autor se percata que B tenía horas de haber perdido la vida.

Objeto material

El objeto material del delito comúnmente lo identificamos con el elemento objetivizado por el autor, para realizar a través de él el daño que se pretende al bien jurídico. El objeto material se identifica con el objeto corporal o material hacia donde se realiza la acción.

Diferencia entre objeto material y bien jurídico.

No debemos confundir objeto material con bien jurídico, u objeto jurídico, cuando se habla del objeto material del delito, se designa el objeto corporal externo, sobre el cual se realiza la acción, y cuando nos referimos al bien jurídico es la tutela al Derecho que tenemos.

Identificamos como el objeto de protección. La conducta como fenómeno que modifica el mundo exterior recae por regla general, en objetos sensibles, en personas o cosas. Pero no siempre ocurre así, pues esa modificación del mundo exterior puede recaer en objetos que están fuera del ámbito naturalísimo de la realidad y afectar, de un modo exclusivo, complejos de valores.

A nuestro juicio, en los delitos de resultado se recoge con claridad el objeto material que puede ser personal o real, el objeto material es cualquier persona o cosa, como sucede en el delito de robo, donde el objeto material se identifica con el bien mueble materia del apoderamiento, en tanto que el bien jurídico será el patrimonio de la víctima, o en el delito de despojo cuyo objeto material será el bien inmueble materia de este delito, mientras que el bien jurídico será la posesión, así, en el delito de homicidio la muerte de la persona constituye el objeto material y el bien jurídico afectado es la vida.

1.6 Antijuricidad.

La antijuricidad es un concepto común a todo el ordenamiento jurídico (con base en el principio de unidad), según el cual, lo que está permitido por una rama del ordenamiento jurídico, no puede cumplir con una conducta para que pueda ser considerada como delito, es que sea contraria a derecho, es decir, antijurídica.

La acción es antijurídica cuando es contraria al derecho y produce un resultado material o formal luego, existe antijuricidad, cuando no está permitida por ninguna forma jurídica pues una sola disposición que autorice la conducta típica es suficiente para poder afirmar que no existe contrariedad con el orden jurídico.

Pero para que al sujeto que cometa la acción típica antijurídica se le puede exigir responsabilidad por su conducta, es preciso que tenga, como mínimo, capacidad cognoscitiva y valorativa (conocer y querer), respecto de

su acción o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, para ser motivado por la norma.

Superando la discusión lingüística en torno al concepto "antijuridicidad", se le ha hecho una importante crítica de fondo. Se ha indicado que el delito en realidad no es un hecho antijurídico, sino todo lo opuesto, al ser precisamente un hecho jurídico.

En respuesta a lo anterior, se ha señalado que el delito es un *hecho* antijurídico en cuanto es contrario a las normas del ordenamiento y, a la vez, es un *hecho* jurídico, en cuanto produce efectos jurídicos. Es decir, el término tendría dos acepciones: la primera en referencia a la calificación del hecho y la segunda a sus efectos o consecuencias jurídicas.

En doctrina, dicha posición es relativamente aislada y se le considera errónea, pues la ilicitud es una sola, en todas las áreas del ordenamiento jurídico, o sea, no existe una "ilicitud penal". Además, la antijuridicidad no es la nota característica del delito, ya que existe un enorme número de conductas que, estando prohibidas (es decir, son antijurídicas), no constituyen delitos.

La antijuridicidad supone un desvalor. Ello por cuanto el legislador, al dictar la ley, realiza una selección de los bienes o intereses que desea proteger o resguardar, efectuando una valoración que plasma en la norma legal, al declarar jurídicamente valioso un bien o interés y, a su vez, desvalorando las conductas que atenten contra éste.

Debido a que la valoración legislativa, antes mencionada, es general y abstracta, pues el mandato de respeto al bien jurídico y la prohibición de atentados contra él está dirigida a toda persona, el juicio para determinar la antijuridicidad de una conducta es meramente objetivo; sin perjuicio que el objeto del juicio se compone de elementos físicos y síquicos (objetivos y subjetivos).

Ahora bien, hay quienes cuestionan la antijuridicidad como elemento dentro de la estructura del delito dado el juicio de valor que comporta su contenido, promoviendo su abandono y el traslado de las causas de justificación a la culpabilidad (para considerarlas ahora como causa de inculpabilidad), pues se afirma que ellas no logran desvanecer la tipicidad del hecho imputado. Por tanto, hay quienes bajo tal óptica plantean redefinir el delito como la acción típica, culpable y punible. Sencillamente porque la pena es la consecuencia jurídica o conclusión final, luego de culminados los juicios de valor que comportan cada uno de los elementos que componen la estructura del delito.

Tradicionalmente dentro de la antijuridicidad se ha distinguido dos clases: la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material. Esta distinción proviene de la discusión filosófica en torno a si el legislador puede valorar arbitrariamente las conductas (ordenando o prohibiéndolas sin limitaciones) o está sometido a restricciones derivadas de la naturaleza o estado de las cosas.

Los partidarios de la primera posición sólo reconocen la existencia de una antijuridicidad formal, concebida como simple infracción de la ley positiva;

mientras los segundos reconocen, junto a ésta, una antijuridicidad material, declarando antijurídica sólo a las conductas que contrarían la ley positiva, ajustándose a parámetros trascendentales del ordenamiento, especialmente, de daño social. Esta polémica se expresa de manera particularmente interesante entre iusnaturalistas y iuspositivistas.

Antijuridicidad formal: se afirma que una conducta es formalmente antijurídica, cuando es meramente contraria al ordenamiento jurídico. Por tanto, la antijuridicidad formal no es más que la oposición entre un hecho y la norma jurídica positiva.

Antijuridicidad material: se dice que una conducta es materialmente antijurídica cuando, habiendo transgredido el ordenamiento jurídico tiene, además, un componente de daño social, es decir, ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido.

En efecto, si bien es cierto en su concepción tanto la antijuridicidad formal como la antijuridicidad material difieren una de la otra; sin embargo, ambas tienen en común la valoración de la acción u omisión típica. En el primer caso al desvalorarla por su contrariedad al derecho y la segunda, por lesionar o poner en peligro de lesión a un determinado bien jurídico protegido, claro está, siempre y cuando no encuentre el amparo de alguna causa de justificación penal, situación en la que se está frente a un injusto penal.

Queda en evidencia, por tanto, que la antijuridicidad formal comporta un juicio de valor caracterizado por el encaje legal de aquella acción u omisión dentro de la descripción típica del tipo penal. Mientras que la antijuridicidad

material por su parte, comporta un juicio de valor con miras a determinar si en la ejecución de aquellas conductas incide alguna causa de justificación penal.

En fin, como podrá observarse, la antijuridicidad como elemento esencial dentro de la estructura del delito, por sí misma carece de un juicio de valor propio u original. Sencillamente, porque el que ocupa a la antijuridicidad formal es más afín al de la tipicidad y el que compete a la antijuridicidad material, es similar al de la culpabilidad; motivo por el cual las corrientes que propugnan su abandono como elemento y parte del análisis dogmático del delito, cada día cobran más reconocimiento en la doctrina penal moderna.

Lo cierto es que el abandono de la antijuridicidad como parte de uno de los elementos esenciales dentro de la estructura del delito, así como también el traslado de cada uno de los juicios de valor que comporta; sólo es posible bajo aquel esquema clásico del delito ya obsoleto y por cierto, superado por otros como el finalismo y el funcionalismo.

Visto con ligereza semejante cuestionamiento, pareciera no admitir contrariedad sencillamente; pues, si recordamos parte de los postulados del sistema causalista, viene a la memoria su gran división del delito, clasificando todos los elementos objetivos del delito como complementos de la acción y la tipicidad, y como integradores de la culpabilidad todos los de carácter subjetivos.

Pues bien, la propuesta de abandonar la antijuridicidad y trasladar sus juicios de valor, también es posible en el finalismo de Welzel en el que si bien es cierto, la culpabilidad es vaciada al trasladarse el dolo y la culpa al tipo,

afirmándose que al tiempo que existe un tipo objetivo hay otro subjetivo; sin embargo, ella es nutrida por un juicio de reproche basado en la no exigibilidad de otra conducta o por el conocimiento del Derecho por parte del sujeto, (citado en Zafarroni, 2012, p. 345)

Vale recordar como Mezger en su rescate del causalismo comenzaba a aceptar la existencia de ciertos elementos subjetivos dentro del tipo, así como también que gracias al finalismo la acción se entiende orientada y animada por la consecución de fin; (citado en Zafarroni, 2012, p. 231)

El juicio de culpabilidad propuesto por los finalistas se explica en ambos supuestos bajo la figura del error de prohibición. El primero basado en la inexigibilidad de otra conducta, cuando se invoque alguna causa de justificación penal y se habla entonces de un error de prohibición indirecto. El segundo basado en su contrariedad con el Derecho, si el actuar del sujeto obedece a una percepción o interpretación equivocada del Derecho, situación en la que se alude a un error de prohibición directo.

Es precisamente por aquel conocimiento que del derecho demanda el esquema finalista, que algunos advertimos imperfecciones en algunos de sus postulados; sencillamente porque dentro del juicio culpabilísimo presupone un sujeto activo del delito “inteligente” al esperar que conozca el Derecho, a pesar que en lo criminal se espera un sujeto ordinario y de escaso nivel académico, salvo ciertas figuras delictivas en que es de esperarse por su propia complejidad y supuestos de punibilidad.

La antijuridicidad es un atributo de un determinado comportamiento humano y que indica que esa conducta es contraria a las exigencias del ordenamiento jurídico. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, se requiere que ésta encuadre en el tipo penal y, además, sea antijurídica.

La tipicidad, según la doctrina mayoritaria, es un indicio que el comportamiento puede ser antijurídico (*ratio cognoscendi*). Para ésta, el tipo y la antijuridicidad son dos categorías distintas de la teoría del delito. El tipo desempeña una función indiciaria de la antijuridicidad, pero no se identifica con ella. En cambio, de acuerdo a la teoría de los elementos negativos del tipo, existiría una cierta identificación entre tipo y antijuridicidad, es decir, la afirmación de la existencia de tipicidad supone la de la antijuridicidad (*ratio essendi*), pues las causales de justificación se entienden incorporadas al tipo, siendo elementos negativos del mismo.

Se ha criticado la última posición, pues no distingue valorativamente entre conductas que no se encuadran en la descripción del tipo penal y aquellas que, ajustándose a éste, se encuentran justificadas, ya que para ella ambas son igualmente atípicas. Por ello, se afirma que para esta teoría es lo mismo matar a un insecto (conducta no típica), que matar en legítima defensa (conducta típica, pero justificada).

Ausencia de antijuridicidad

Las causales de justificación son situaciones reconocidas por el Derecho en las que la ejecución de un hecho típico se encuentra permitido, es decir,

suponen normas permisivas que autorizan, bajo ciertos requisitos, la realización de actos generalmente prohibidos.

Son situaciones específicas que excluyen la antijuridicidad de un determinado comportamiento típico que, a priori, podría considerarse antijurídico. Por ello, se afirma comúnmente que la teoría de la antijuridicidad se resuelve en una teoría de las causales de justificación.

Entre las causales de justificación más habituales, reconocidas por los diversos ordenamientos, se encuentran las siguientes:

Consentimiento del titular o interesado: conducta realizada con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se cumplan ciertos requisitos (bien jurídico disponible, capacidad jurídica del titular y consentimiento expreso, tácito o presunto).

Legítima defensa: ejecución de una conducta típica para repeler o impedir una agresión real, actual o inminente, e ilegítima, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, existiendo necesidad racional de la defensa y de los medios empleados.

Estado de necesidad justificante: daño o puesta en peligro un bien jurídico determinado con el objetivo de salvar otro bien jurídico de igual o mayor entidad o valoración jurídica, como lo es la vida misma ante un peligro eminente, como lo es un atropellamiento y un choque entre vehículos automotores.

Ejercicio de un derecho.

La fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal, declara exento de responsabilidad al que “obra en cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho”. En numerosas leyes se conceden autorizaciones para la actuación oficial permitiéndose expresamente la intervención con determinados fines o bien, se prescribe un fin de la actuación que no se puede alcanzar sin intervención. (Aguilar López, 2008, p.336)

Cumplimiento de un deber.

La naturaleza de esta eximente es discutida. Por un lado, es auténtica causa de licitud; por otro lado, sólo una causa de inculpabilidad. A favor de la primera está que no se puede exponer al que actúa “en cumplimiento de un deber” a una reacción de defensa legítima del particular. A favor de la segunda, que la orden a obedecer, puede ser antijurídica y que no pierde este carácter por el hecho de que se realice bajo el cumplimiento de un deber. Ambas afirmaciones son ciertas, pero parciales, por cuanto no contemplan globalmente el fenómeno del “cumplimiento de un deber” (Aguilar López, 2008, p.332).

1.7 Culpabilidad

Puede formularse una regla general, según la cual no es reprochable el comportamiento de aquellos sujetos a quien sea, en el momento del hecho, no se podía exigir una conducta diversa.

La diferencia entre la falta de antijuricidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta lícita es reconocida como legal por el legislador por tanto, está permitida y ha de ser soportada por todos mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello no es permitida sino prohibida.

Esta dinámica operativa resulta no solo convincente, sino obligada por el propio concepto de delito como acción típicamente antijurídica y culpable.

La estructuración del concepto de delito en un sistema categórico por niveles que obliga a que deba seguirse el orden lógico preestablecido en la constatación de las diversas categorías. Cada una de las categorías presupone la anterior y la ausencia de cada una de ellas comporta consecuencias jurídicas penales diversas.

El seguirlo redunda además en una positiva economía de esfuerzos por ejemplo si no concurre la categoría de la tipicidad ya no hace falta que estudiemos las siguientes:

-Acción

-Típica

-Antijurídica

-Culpabilidad

Como hemos indicado no produce los mismos efectos jurídicos penales el que falte la antijuricidad o la culpabilidad, si bien es cierto es exigible que concurren todas ellas que el suceso se considere un delito punible también lo es que la ausencia de cada una de ellas produce efectos jurídicos penales diversos que el jurista que enjuicia un caso práctico debe conocer, por ejemplo, respecto a la responsabilidad, medidas de seguridad, participación, estado de necesidad, etcétera.

De lo contrario también le puede suceder a este jurista que aun no se haya introducido suficientemente en la teoría del delito que incurra en confusión y con ello conculque las garantías de legalidad seguridad jurídica, debido proceso y adecuada defensa.

Principio liberal del bien jurídico (*nullum crimen, nulla poena sine injuria*): La vigencia de los principios expuestos no garantiza contra posibles excesos del poder punitivo del estado, ya que puede ocurrir que, incluso un parlamento no autoritario, a través de una ley formal escrita, cierta, estricta y previa, prohíba o mande bajo amenaza de pena criminal, cualquier cosa. Por esa causa debe complementarse la legalidad con el principio del bien jurídico. Según el mismo, es función esencial del derecho penal la protección de bienes jurídicos, ya que no hay delito sin ofensa, como lesión o como puesta en peligro, del bien jurídicamente protegido. Para que una conducta sea delictiva, además de ser un comportamiento externo descrito en una ley formal previa, debe dañar u ofender el bien específicamente protegido por la norma.

Principio de culpabilidad (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*), todas las etapas anteriores se refieren al acto, a la conducta humana objetivada, pero ninguna es suficiente para fundamentar la pena. Para esto último, es imprescindible que sea la obra reprochable del agente. La culpabilidad es de este modo, último y decisivo fundamento de la pena, ya que contiene la participación subjetiva en su plenitud valorativa (acto interior reprochable), convirtiendo el puro hecho (ejemplo, la muerte de un hombre) en un hecho humano susceptible de valoración ético social. La culpabilidad en este proceso es su esencia misma de la concreta responsabilidad penal.

Los elementos o factores son:

Imputabilidad: entendida como la capacidad psicológica para delinquir, comprender la criminalidad del acto y dirigir acciones.

La conducta es la base del delito, abarca dos momentos acción y omisión, es el elemento general. No hay delito si no hay conducta humana y esa conducta debe tener tres características específicas: ser típica, antijurídica y culpable. Estas estratificaciones deben probarse en este orden, cada uno presupone la validez del elemento anterior, si alguno no se da no es posible seguir adelante.

Solo si compruebo si hay conducta puedo ver si es típica, la tipicidad permite establecer que la conducta realizada es la conducta prohibida por las normas y por lo tanto sancionada.

Estos tres conforman el llamado injusto penal, sinónimo de acto ilícito penal, conducta típica, antijurídica. Estos en conjunto permiten afirmar la existencia de un delito con miras a la aplicación de la ley.

La conducta típica es antijurídica cuando no resulta amparada por una causa de justificación (ausencia de justificación).

Por último el actor de la acción u omisión debe ser responsable, básicamente es responsable el que pudo obrar de otra manera es decir el que pudo no cometer el delito porque sabía o podía saber el significado de su comportamiento y tenía además la posibilidad de comportarse de acuerdo con las normas del ordenamiento jurídico (excepto si obró para evitar otro mal mayor inminente), La culpabilidad es el reproche al autor de hecho punible.

Es decir, delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal (tipo) que revela su prohibición (típica), que por no estar permitida por ningún precepto jurídico (causa de justificación) es contraria al orden jurídico (antijuridicidad) y que por serle exigible al autor que actuare de otra manera en esa circunstancia le es reprochable (culpable).

Por lo que se puede concluir que es indispensable que la Ley norme jurídicamente la conducta del ser humano en sociedad a fin de evitar que se comenten actos que se consideren que estén dentro de lo permitido, y realmente son circunstancias que son un delito, es decir si no existiera un Código Penal, no estaría plasmado lo que no se debe hacer para no incurrir en una falta tan grave que trae como consecuencia la privación de la libertad.

CAPÍTULO 2
ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LOS
TRASPLANTES DE ÓRGANOS

Los implantes de órganos han venido a suscitar el planteamiento, discusión y posible resolución de los gravísimos problemas éticos y jurídicos que estas cuestiones implican, son aspectos de interés general.

2.1 Antecedente del tráfico de órganos vitales

Cabe mencionar que se utiliza el vocablo “implante” y no el de “trasplante” en atención a lo que señala el Diccionario de la Real Academia Española, indica que para “el primer término es introducir una cosa en otra, mientras que para el segundo es mudar un vegetal del sitio donde está plantado a otro”:

Es decir, en este último caso la etimología (trans) implica mover de un lado a otro y en el implante de órganos se observa que precisamente se introduce un órgano o tejido no directamente de un ser vivo a otro, en otras palabras no se cambian de donde está plantado para ponerlo dentro de otro órgano.

Es necesario que estemos prevenidos para hacer frente a las delicadísimas cuestiones que se plantean. Por lo que el derecho positivo debe contemplarlas.

Efectivamente, como es bien conocido por todos y más aún, de aquellos que sufren en carne propia o en la de sus seres queridos alguna enfermedad, la cirugía ha alcanzado progresos extraordinarios. En tal virtud, se ha

logrado que en ciertos campos de la terapia, el uso de una parte de un cuerpo humano en otro. Tal es el caso de los implantes de córneas y retinas, así como tendones y trozos de piel, riñones. Recientemente la prensa mundial se ha ocupado con lujo de detalles, al igual que todos los demás medios de comunicación, de los implantes de corazón, es decir, de traslado de la víscera cardíaca de una persona recientemente fallecida, a otra viva.

Los implantes de órganos han venido a suscitar el planteamiento, discusión y posible resolución de los gravísimos problemas éticos y jurídicos que estas cuestiones implican y que son aspectos de interés general.

2.2 El por qué de la prohibición de extracción de ciertos órganos vitales.

El proceso más común de un implante es el de sangre, que está compuesto de un fluido ligero de color pajizo llamado plasma y el resto está constituido por células: glóbulos rojos o eritrocitos. Este tejido lo almacenan comúnmente los hospitales después de analizarlo y clasificarlo para posteriormente poder implantarlo en el ser humano que lo requiera.

Es conveniente señalar desde luego, que en la actividad y en la práctica diaria la piel, la sangre, y demás tejidos son utilizados de manera corriente.

Las glándulas de secreción interna que se utilizan para hacer injertos parciales que no ponen en peligro al donador lo mismo puede decirse de los órganos pares como el riñón.

La sociedad internacional quedó impactada el 3 de diciembre de 1967, cuando el doctor Christian Barnard realizó en la Ciudad del Cabo el primer implante de corazón.

“El 13 de marzo de 1968, se informó que un trasplante de corazón se iba a llevar a cabo en el Instituto Mexicano del Seguro Social, tuvo que ser suspendido porque las autoridades consideraron pertinente estudiar de manera más profunda los aspectos legales de la cuestión”.

En realidad la importación de tejidos y órganos tiene poco tiempo relativamente de efectuarse, sobre todo los últimos, que se han dado apenas en el presente siglo y si bien es cierto la técnica médica ha logrado un avance sorprendente, pero en el terreno jurídico no ha sido así. El implante de órganos duales como riñones o pulmones o del tejido sanguíneo, implica el conocimiento de un ser vivo al que se lo extirpen para ser implantado generalmente en un familiar o amistad.

Los avances científicos y tecnológicos son los que producen hechos nuevos de la sociedad, y que el Derecho debe de regular, así cuando el doctor Guillermo Harvey en el siglo XVII descubrió la circulación sanguínea hubo notables avances dentro de la ciencia y de ahí parte el primer implante.

La primera transfusión sanguínea se atribuye a Denis en 1667, utilizando sangre de cordero, dicen que con éxito. La repetición del procedimiento, por la frecuente aparición de accidentes graves, pronto obligó al tribunal de Chatelet a dictar penas severas para quienes lo practicaran. Blondel en 1825 aconsejó el uso de sangre humana en todos los casos de transfusión, con lo

cual disminuyeron los accidentes, sin desaparecer. No fue sino hasta 1900 cuando Landesteiner, al descubrir los tipos sanguíneos sentó las bases científicas que hicieron de la transfusión un arma segura:

El doctor Alexis Carreal, fue el promotor de implantes de órganos a través de una serie de trabajos que desarrolló en los años de 1902 y 1911.

“Los tejidos y órganos que se han implantado en el presente siglo son los siguientes: sangre, piel, tendones, músculos, y aponeurosis, nervios, tejido, huesos, y cartílago, dientes, córnea, vasos sanguíneos, glándula de secreción interna, ovario, testículo, paratiroides, riñón, hígado, intestino delgado, páncreas, corazón” (Carreal, 1987, p. 123).

Las implantaciones de tejidos y órganos en seres humanos tienen poco tiempo de realizarse en el mundo y sobre todo de órganos, que comenzaron en los principios de este siglo, así también los estudios jurídicos empezaron a principios de este siglo.

Es lógico suponer el antagonismo de algunas personas poco doctas en la materia por atribuirle un espacio importante dentro del campo del Derecho, así, observamos en este trabajo que en el siglo XVII la Escuela del Derecho Natural los identificamos (a los derechos de la persona) como aquellos derechos naturales del hombre, es decir, que nacen con él y que corresponden a su naturaleza, van unidos al ser mismo y son preexistentes a su reconocimiento por el Estado, ya que antes de ser reconocidos por éste, son derechos que corresponden a la naturaleza.

Por desgracia la intención de esta Escuela fue desviada de su principal finalidad, al ser utilizada por personas “revolucionarias” (época de revolución francesa), para darles un sentido de reivindicatorias políticas y que fue bandera de la Asamblea de Agosto de 1789 en la que se efectuó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Si bien es cierto, el implante de tejidos y órganos es un tema que corresponde a la técnica médica y de que implica riesgos muchas de las veces graves, no es menos cierto que al derecho no le importen esos riesgos pues podríamos señalar por ejemplo: algún punto que sucede cuando una persona sana trasmite algún órgano vital en vida a otra persona. ¿De alguna manera no atenta contra su vida o por lo menos su integridad corporal, qué tipo de acto jurídico realiza al disponer de sus órganos?

Estas interrogantes quedarían sin resolver si no existiese la teoría de los derechos de la persona muy poco analizada en nuestro sistema jurídico y que en un momento dado al poderse legislar ampliamente por la Ley General de Salud o en cualquier otro tipo de ordenamiento jurídico permitiría llegar a resolver conforme a Derecho el fundamento de una intervención quirúrgica normal, pasando por la serie de operaciones como la vasectomía, que consiste en la esterilización del hombre, hasta el implante de tejidos y órganos humanos.

Por lo tanto, vemos la importancia que tiene el estudio del Tráfico y Venta de Órganos, para así poder llegar a resolver jurídicamente las repercusiones jurídicas que supone el implante de tejido y órganos humanos.

El implante de órganos únicos o vitales (a pesar de ser duales: ojos) implican la muerte de un humano, para que se dispongan de sus órganos vitales. Lo anterior obliga a hacer la siguiente pregunta: ¿tiene el ser humano derecho a disponer libremente de tejidos y órganos? ya sea vivo o por disposición testamentaria; los familiares heredan los derechos para disponer de los tejidos y órganos del cadáver del de cujus.

Es hasta 1909 cuando el jurista francés H. H. Perreau publica un artículo sobre los derechos de la persona, contemplados desde un punto de vista del Derecho Positivo y crea una revolución jurídica al respecto que tratarían varios autores en Europa sobre todo tratadistas del Derecho Civil.

En nuestro país el primer tratadista que abordó el tema de los derechos de la persona, fue José Castan Tobeñas, el cual considera que: “Los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales del hombre individualizados por ordenamiento jurídico” (Castan Tobeñas 2004 pág. 100).

2.3 Condiciones que debe reunir el órgano para su trasplante y el órgano receptor.

Innumerables factores y circunstancias influyen en el éxito o el fracaso de este tipo de intervenciones, siendo que se debe de considerar el estado biológico del órgano a substituir o sea el del propio donante.

Cada vez que en el organismo penetra cosas extrañas desde una proteína, bacteria, tejido de trasplante, enzima, virus o cualquier otra cosa

parecida, compuesta del mismo material que la carne del receptor, entran en acción unas células especializadas los linfocitos que continuamente circulan y que en alguna forma son capaces de identificar los materiales que encuentran a su paso y saber si pertenecen al cuerpo o se trata de ajeno, descubriendo que se trata de intrusos, empiezan a multiplicarse para destruirlo, por lo que el procedimiento al cabo del tiempo es importante, ya que los linfocitos que hicieron la exploración inicial desatan un ofensiva generalizada, siguiendo instrucciones impresas en su material genético, empiezan a producir al ritmo de unos doscientos por segundo, anticuerpos especialmente adaptados para combatir los cuerpos extraños, finalmente se mezclan con el invasor lo inhiben o neutralizan para que no pueda mantener sus actividades biológicas, como la reproducción celular y le causan la muerte, es así como el órgano trasplantado degenera y muere.

La clave del éxito de un trasplante, consiste en debilitar o suprimir las defensas orgánicas durante un tiempo razonable para dar tiempo a que el cuerpo acepte el injerto.

Pero el remedio puede ser peor que la enfermedad. Las defensas orgánicas no actúan sólo contra tejidos trasplantados, sino también y sobre todo contra los invasores de microbios. Al suprimir o debilitar esas defensas, se deja al organismo totalmente indefenso contra esos terribles enemigos, infecciones que en condiciones normales serían rápida y fácilmente liquidadas por los anticuerpos, se propagan inconteniblemente y pueden resultar mortales.

Para impedir esto, se han encontrado soluciones experimentales, que han dado excelentes resultados el método de inyectar previamente al paciente, durante meses, pequeñísimas cantidades de material orgánico tomado del futuro donante, como la cantidad de material inyectada es muy pequeña, la reacción defensiva es moderada y llega un momento en que los linfocitos se habitúan a la presencia del intruso; finalmente cuando se implanta un órgano completo de ese donante, los linfocitos lo aceptan sin mayor problemas.

Si a alguien se le injerta un órgano tomado de otra persona cuyo tejido le sean afines, los linfocitos, desconcertados por la semejanza entre el organismo y el intruso, no actúan tan decididamente para rechazar al invasor y aumentan las probabilidades de que el injerto sea aceptado.

Cuando los anticuerpos no vencen al órgano invasor en cierto tiempo, puede llegar a establecerse una especie de modus vivendi entre aquellos y el órgano injertado. En trasplantes de riñón, por ejemplo, se ha observado que al cabo de una semana las paredes interiores de los vasos sanguíneos del órgano trasplantado queda cubierto por una capa de células del propio organismo receptor, de este modo el riñón queda aislado de los anticuerpos que circulan por la sangre y que podrían atacarlo.

Para poder concluir este capítulo es importante agradecer a la ciencia médica, que gracias a sus investigaciones científicas han podido concretar y salvaguardar la vida del ser humano, al grado que se ha podido trasplantar órganos vitales para que otro ser viva, gracias a que un humano ha muerto.

Trataré de establecer en este capítulo, en primer lugar, el principio o postulado rector que se desprende de la naturaleza jurídica misma de la actividad profesional del médico.

Se puede decir que incurren en responsabilidad profesional de índole penal, aquellos profesionistas quienes como los médicos, en el ejercicio propio de su actividad, realizan comportamientos, acciones y omisiones, que reúnen los elementos de los hechos delictuosos, esto es, merecedores de pena, previstos y tipificados en las normas jurídico-penales fundamentalmente en el código penal.

La responsabilidad profesional de los médicos implica una responsabilidad de carácter especial dentro del derecho penal, en atención a la calidad, especial también, que deben tener los sujetos infractores y a los médicos empleados, concretamente a su especialización como cirujanos, ya que son los únicos profesionistas con conocimientos en la materia.

En efecto, los autores de los hechos ilícitos, deben ser médicos autorizados legalmente para ejercer su actividad. Sobre el particular la ley determina cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo, según establece el Art. 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CAPÍTULO 3
LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO.

3.1 La naturaleza jurídica del médico en la extracción de órganos vitales.

Otro problema que nos debe de interesar, es el relativo a la denominación que deba darse al acto por medio del cual una persona dispone de partes de su cuerpo o de éste en la medida que lleguen a determinar las leyes.

Pero no hay que dejar de distinguir si dicho acto se verifica en forma unilateral para después de la muerte del titular del Derecho, o si lo realiza de común acuerdo con otra persona.

Si se trata de un acto unilateral de disposición, para después de la muerte, no se presenta en realidad problema especial alguno en la denominación, pues se hará la disposición de ese derecho por medio del testamento, que consiste en un acto unilateral.

Cuando se trata de un acto en que interviene otra persona más frente al titular del derecho, es decir, si se celebra un convenio, cabe entonces la posibilidad de precisar si se le puede y debe atribuir un nombre específico, o se le seguirá considerando como un contrato especial.

La calificación jurídica de una serie de compromisos que se vienen verificando en torno a la aplicación del cuerpo humano se hace ineludible. La simple resolución de considerarlos como una manifestación más correspondiente al grupo de los contratos innominados, constituirá una nueva evasiva, en contraste con un mínimo rigor científico. Argüir, por otra parte, que nos encontramos frente a un convenio de naturaleza especial o con

carácter sui generis representaría zanjar al expediente con excesiva comodidad, sin haber definido nada (Noriega, 1979, p. 70).

Se considera que la postura de este jurista es adecuada, y se piensa que más aún cuando hace ver que no se puede partir de la idea de identificar estas convenciones con las ya clásicas y conocidas de “compra-venta” si es a título oneroso el acto, o donación si fuere gratuito, pues como dice, tales actos están fundados desde su inicio en la historia del Derecho.

“[...] un relativo o proporcionado equilibrio entre las prestaciones recíprocas, sencillamente debido a que el cuerpo humano es susceptible de ponderación alguna. El recurso a la analogía deviene insuficiente” (Castan Tobeñas, 2004 p.18).

Hace ver también cómo el objeto de este tipo de actos convencionales no consiste ya en las prestaciones tradicionales de dar, hacer o no hacer alguna cosa, sino que se traduce en una variada gama de transmisiones o utilizaciones corporales.

Hasta el año de 1973, México estaba carente de cualquier legislación sistemática sobre esta materia pero a partir de ese año, concretamente a partir del 13 de marzo de 1973, cuenta ya con flamante “Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos”.

Antes de este Código de 1973, se carecía totalmente de una legislación sobre estas cuestiones tan importantes y delicadas y sólo existían por

excepción algunas normas contenidas en reglamentos administrativos, que trataban de llevar algún orden a la materia.

“Así se tenía el reglamento de bancos de sangre, servicios de transfusión y derivados de sangre que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, del miércoles 8 de noviembre de 1961. Pero como antecedente más relevante del Código Sanitario también de 1954, publicado el 1º, de marzo de 1955 no decía nada sobre esta materia, se tienen dos proyectos, formulados en 1960 y 1970”.

Las extracciones de órganos en un recién fallecido a efectos de implantes interesan al penalista, fundamentalmente en dos aspectos: El respeto a su derecho a la vida, mientras esté vivo, y el respeto a su memoria, una vez que haya muerto. Ya se indicará posteriormente cómo el Código Penal protege ambas facetas.

Estos dos puntos se concretan, por consiguiente en sendos problemas que ha de resolver la Ley sobre implantes, determinar el momento de la muerte y por tanto, de la extracción del órgano y precisar la voluntad del difunto en relación con la misma. Su importancia exige un estudio en detalle por separado.

El problema de la muerte tenemos como la solución a este punto que viene a ser el concepto legal de muerte: la primera cuestión a dilucidar es ver si una disposición legal debe de formular o no un concepto de muerte. Tiene una gran importancia, pues con ello se decide cuándo una persona está ya muerta aún con la posibilidad de que se conserven algunas funciones

biológicas. Si bien en último término es el médico quien ha de decidir en el caso concreto cuando se ha producido la defunción, es la ley la que debe indicarle los criterios que ha de tener en cuenta para determinarla, con el fin de garantizar así la protección del moribundo. La Ley ha de observar en primer lugar esa protección a la vida de la persona, a la vez que ha de facilitar la extracción aprovechable de órgano. En cualquier caso, el concepto legal de muerte deberá de partir de los conocimientos actuales de la medicina sobre la materia.

Este concepto tendrá que ser válido como carácter general de forma que pueda indicar al médico, no sólo cuando está autorizado para realizar la extracción del órgano sino también para tomar otro tipo de decisiones (desconectar al enfermo determinados aparatos de existencia), es decir, el concepto legal de muerte tiene que coincidir en todo momento con el concepto clínico de muerte (Academia Mexicana de Cirugía, 2008, p. 77).

Desde un punto de vista biológico, ya es sabido que el paso de la vida a la muerte no se produce en un momento preciso de forma instantánea, y va alcanzando progresivamente a los diversos tejidos y órganos según sea su mayor o menor resistencia a la destrucción. El transcurso de todo este proceso no puede servir para determinar el momento del fallecimiento, ya que antes del fin del mismo puede decirse que una persona está muerta; además tampoco permitiría la toma útil de órganos dentro de este proceso es preciso seleccionar un momento bien concreto que permita un diagnóstico precoz de la muerte.

Caracterizándose la muerte por ser un proceso irreversible al momento de la misma habrá de determinarse en función de esa peculiaridad, cuando se produzca la lesión irreversible e irrecuperable de alguna función vital del cuerpo humano.

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

En el presente se estima unánimemente que un deterioro sustancial del cerebro es totalmente irrecuperable, es decir, que cuando se produce la muerte cerebral puede entenderse clínicamente muerta a una persona, puesto que queda fuera del alcance de la medicina la recuperación de las funciones del cerebro, que son rectoras de otras del organismo, sin las cuales éste no puede seguir funcionando automáticamente (Quiroz Cuarón, 1989).

Además, de que supone la pérdida de la conciencia y de otras funciones superiores, sin las cuales el individuo no puede realizar su condición de persona. No obstante, esta cuestión de la muerte presenta graves problemas de difícil solución, sobre todo morales, y no se presta a dogmatismos ni

simplificaciones, además con la denominada eutanasia o procedimientos dirigidos a prolongar la vida o más propiamente en muchos casos a retardar la muerte; cuando hay certeza de la no recuperación y su distinción clara de la eutanasia, la cual es ilícita en nuestro ordenamiento jurídico.

“Teniendo presente estas limitaciones, la legislación sobre implantes ha de partir del concepto de muerte cerebral. Pero la Ley, en sentido formal se contentará, conforme la necesidad de que el donante esté clínicamente muerto, siendo tarea de una disposición de rango inferior desarrollar el concepto legal de muerte y sus formas de diagnóstico” (Gutiérrez y González, 1992, p.405).

De esta forma la muerte legal y clínica quedan identificadas, si algún día la ciencia médica consigue recuperar la descerebración, el concepto clínico de muerte habrá cambiado por tanto, ya no será válido el legal, que podrá ser fácilmente adecuado, también por vía reglamentaria, a la nueva realidad.

El diagnóstico de muerte cerebral ofrece garantía de claridad, y probablemente, de permanencia pues no parece que vaya a sufrir modificaciones en un futuro inmediato, no puede decirse lo mismo de la seguridad y certeza en el diagnóstico de la misma en la actualidad. En estos momentos constituye una cuestión clave el precisar con exactitud la existencia de la muerte cerebral y distinguirla de otros procesos próximos, pero distintos, por esta razón, es de esperar que la investigación médica se oriente a la consecución de unos métodos tanatodiagnósticos seguros y que eviten los errores, aunque mínimos en que pudiera incurrirse en la actualidad.

Conviene distinguir entre “descerebración”, o total falta de conexión y de estímulos cerebrales al resto del organismo, y “decorticación” cuando esta desconexión es únicamente con la corteza cerebral. En este caso como en el primero, se produce una pérdida de la conciencia, pero sigue produciendo determinados movimientos reflejos y reacciones ante ciertos estímulos. Aunque se puede decir que no ofrece prácticamente posibilidades de recuperación, no se puede equiparar a la descerebración que no ofrece ninguna en absoluto actualmente.

Los métodos de determinación de muerte han de garantizar la máxima certeza en el diagnóstico y la precocidad del mismo para poder efectuar la extracción, al menos éstas son las exigencias mínimas que tiene que defender un jurista.

Sobre qué método en concreto sea más adecuado y qué procedimiento hayan de ser seguidos en la obtención del diagnóstico, no corresponde decirlo al jurista, sino a los médicos conforme a las técnicas más avanzadas y generalmente aceptadas.

Uno de los criterios más recientes es el adoptado en 1976 por Inglaterra en la Conference of Royal Colleges and Faculties y que ha sido aceptado por algún equipo de implantes español. Se estima que el diagnóstico de muerte cerebral podrá ser objeto de estudio: enfermo en estado de coma profundo, enfermo con respiración mantenido por respirador, enfermo en que no haya duda de que su situación es debida de una lesión estructural del cerebro irremediable, en estas situaciones clínicas se establecen una serie de salvedades para aquellos casos en que la falta de actividad cerebral o los

cuadros clínicos mencionados hayan sido producidos por ciertos factores muy concretos que no presupongan necesariamente la lesión cerebral; que la causa del coma sea la ingestión de drogas depresoras del sistema nervioso central, una hipotermia primaria un trastorno metabólico o endócrino.

A continuación se establecen unas pruebas diagnósticas, que son confirmatorias de la muerte cerebral, siendo preciso que se ponga de manifiesto por las mismas ningún tipo de función encefálica.

Estas pruebas clínicas, que indican la ausencia de todo reflejo cerebral, son: a) pupilas de diámetro fijo, sin que exista respuesta a cambios bruscos en la intensidad de la luz incidente; b) no hay reflejo corneal; c) no hay respuesta reflejada vestíbulo-ocular; d) falta de respuesta refleja motora de los músculos inervados por los pares craneales ante cualquier tipo de estimulación somática; e) no hay respuesta refleja a la estimulación bronquial mediante un catéter de succión pasado a través de la tráquea; f) no se producen movimientos respiratorios cuando el paciente es desconectado del respirador mecánico durante el tiempo necesario para asegurar que la tensión arterial del dióxido de carbono sobrepase el nivel de estimulación de la respiración.

Estas pruebas constituyen criterios necesarios suficientes de muerte cerebral, aunque en ciertos casos se recomienda la repetición en intervalos variables de 1 a 24 horas de las pruebas clínicas. También se acepta la posibilidad de otras pruebas para clínicas, como son la constatación de silencio eléctrico cerebral mediante electroencefalograma.

3.2 El consentimiento de las personas para su extracción de órganos ante el médico.

En el caso del trasplante del corazón podríamos partir de la base de que el donante que otorgara su libre consentimiento, fuera una persona capaz, lo hiciera con anterioridad al hecho y con pleno conocimiento de éste. Esto, sin embargo, nos enfrenta en forma inmediata, al problema de que en nuestra legislación penal el consentimiento no tiene eficacia excusadora.

Aún cuando el sujeto pasivo dé su consentimiento es un delito, en algunas situaciones, atenúa la pena.

1.- Si el consentimiento es elemento normativo del tipo, al acreditarse que los hechos se ejecutaron con el consentimiento del derechohabiente, no estamos ante un hecho delictuoso pues los actos no son típicos.

2.- Si el consentimiento se considera como circunstancia atenuante, resulta indiferente, respecto del problema relacionado con la excusación de los actos consentidos.

En los demás casos la doctrina señala que el consentimiento tiene relevancia en el derecho penal cuando se trata de derechos disponibles, mientras que carece de toda eficacia si los derechos de quien consiente no son disponibles.

Se habla de derechos innatos-intangibles o inalterables, y derechos adquiridos-tangibles y renunciables.

Los derechos innatos son, el derecho a la vida física, que comprende el derecho a la integridad personal, y a la legítima defensa.

Los derechos adquiridos son los patrimoniales.

Para unos, los derechos adquiridos son los más típicamente renunciables, para otros el concepto de disponibilidad debe tomarse del derecho civil, solo que tal doctrina, sería una cualidad del derecho, independientemente de cualquier relación que pudiera mediar entre éste y su titular, resultando en consecuencia, que esta cualidad solo puede entenderse desde el punto de vista subjetivo.

Guarneri afirma que el consentimiento es un negocio jurídico que sirve para dar una regulación concreta a intereses penalmente protegidos, de lo cual debería deducirse que a través del consentimiento del derechohabiente sólo pueden regularse intereses de índole privada, es decir, derechos subjetivos privados. Serían por tanto derechos disponibles los patrimoniales y los derechos personales sobre bienes. Morales (libertad sexual, honor, etc.) en tanto que deben reputarse indispensables los derechos de familia y los personales sobre bienes físicos, como la vida, la integridad personal, etc.

Para Litz (2009) se debe distinguir, el objeto del delito, del objeto de la acción, por lo que, en relación con el consentimiento debe precisarse si el titular de la acción es también titular del objeto de la tutela jurídica.

Según las tesis descritas, y en el caso que nos ocupa, el médico vendría a ser titular de la acción al producir la muerte del donante, por lo que no habría

la coincidencia de que habla Ligt, surgiendo así al antijuricidad de la acción no obstante el consentimiento.

El consentimiento en mi opinión, no destruye ni elimina el delito, pues la voluntad del individuo no puede transformar lo ilícito en lícito penal, sino que impide que surja el delito, bien por falta de tipicidad o de antijuricidad, aún cuando nuestra legislación apunta la relación del consentimiento con la intencionalidad, o sea el dolo, y no con la antijuricidad.

A través de este trabajo, he tratado de establecer, que él o los médicos que intervienen en un trasplante quirúrgico de corazón, realizan un comportamiento humano voluntario, encaminado a un propósito positivo por una parte en tanto tratan de salvar una vida, pero negativa por otra, en cuanto para mantener aquélla siegan otra vida. Se encuentra configurado aquí el primer elemento del delito: la conducta.

Carnelutti (2012) dice, no sería lícito matar para no morir pues todos ven que la sociedad no ganaría nada con el cambio, ni se podría hablar de diferencia en torno al valor social de la persona, ya que todos los hombres somos iguales tanto frente al Estado como ante Dios.

Agrega que la tutela penal radica en la protección del interés social de la vida de los individuos que componen la población.

Sin embargo, en el caso concreto que trato en este trabajo, hay un rompimiento del límite entre el ejercicio de la profesión médica en cuanto a arte, ciencia y técnica de curar, y el homicidio.

Pese a la especial atención que se ha prestado a la figura delictiva conocida como homicidio los juristas no se han puesto de acuerdo en cuanto a su definición.

Algunos autores sostienen que una definición de homicidio no sería correcta si dentro de ella no se hiciera particular referencia al aspecto subjetivo de la infracción, en tanto que otros afirman que no siendo este aspecto privativo del homicidio, no tiene por qué hacerse referencia a él, por lo cual en la definición sólo debe tenerse en cuenta su contenido material u objetivo.

En el derecho extranjero el Juez está obligado a fijar en su sentencia los elementos en que se funda para considerar culpable que el homicidio es intencional, en tanto que en nuestro sistema la intención se presume y es al reo al que compete demostrar que su conducta no fue ilícita o que el hecho delictivo se realizó sin intención.

Deben señalarse, por una parte los presupuestos lógicos y la particular estructura del delito de homicidio. Dichos presupuestos, son: sujeto activo, sujeto pasivo, objeto material y objeto jurídico.

En el caso que tratamos en este trabajo, el sujeto activo del delito de homicidio es el personal médico que decide cerrar el respirador mecánico para ocasionar la muerte del donante mediante el paro cardíaco por anoxia (falta total de oxígeno), que es el momento culminante del comportamiento corporal voluntario del sujeto activo.

Creo yo, que también sujeto pasivo en el homicidio lo es la sociedad que tiene un interés directo en la conservación de la vida de su pueblo, como medio para su desarrollo, pero lo es indirectamente en cuanto protege un orden establecido y trata de asegurar la pacífica convivencia entre sus componentes.

El objeto material del delito de homicidio es la vida, en el más amplio sentido de la palabra. Desde que el individuo nace, hasta que muere, su vida está protegida por el Derecho.

El bien jurídico ofendido en el delito de homicidio es la vida humana.

¿Pueden o no los familiares autorizar la disponibilidad de un cadáver para extraerle el corazón y donarlo?

¿Cuándo se extrae un órgano de una persona recientemente fallecida se comete algún delito?

¿Es lícito o no que los médicos dispongan de un cadáver o de sus partes?

¿La sociedad puede disponer de los muertos?

¿Pueden o no los familiares autorizar la disponibilidad de un cadáver para extraerle el corazón y donarlo?

Según el dictamen que presenta la Academia Nacional de Medicina, al C. Secretario de Salubridad y Asistencia de acuerdo con la opinión solicitada al respecto.

Sí pueden los familiares autorizar la disponibilidad del cadáver para extraerle el corazón.

Por estar en relación con los aspectos morales, de este problema conviene indicar que siempre deberá haberse obtenido el consentimiento expreso y por escrito del familiar inmediato, antes de proceder a la extracción de un órgano de un cadáver.

Es moralmente lícito extraer un órgano de cadáver con la finalidad de salvar la vida de un paciente y previo consentimiento de los familiares, a condición de cumplir los requisitos indicados para la certificación de la muerte real.

Según el maestro (Gutiérrez y González 2005, p 100):

“Son propietarios de un muerto, sus parientes, pero cabe pensar que puede ser la sociedad”.

No sólo en nuestro país; sino en todo el Mundo, un muerto se considera que debe ser respetado; sobre el particular las normas de nuestro Código Penal son terminantes.

El Instituto Mexicano del Seguro Social, consideró al abordar este aspecto del problema de los trasplantes, que desde el momento que el cadáver es entregado a sus deudos; éstos están en aptitud de ceder para otra persona alguno de los órganos de los muertos.

Todos los trasplantes realizados en el extranjero hasta ahora han contado con el consentimiento de los parientes del donante.

3.3 La antijuricidad en que se conduce por su actuar el médico en la extracción de los órganos en menores e incapacitados.

Las reflexiones apuntadas hasta ahora inciden en su conjunto a una misma conclusión que los implantes constituyen una realidad y que es preciso allanar todos los obstáculos que se interponen a su consecución.

Una de las causas de la situación en nuestro país, a todas luces deficitaria, se encuentra en nuestra legislación vigente en materia de implantes, obstáculo importante pero, según se ha visto, no el único. Hay que tener presente que las características especiales que reúnen la obtención de riñones de cadáveres que es la fuente de órganos más aconsejable, exige la toma de riñón inmediatamente después del fallecimiento para que pueda ser aprovechable. Esto supone lo parecido a los trámites legales necesarios para la extracción del órgano.

El concepto de muerte y el diagnóstico de la misma, es evidente que para proceder a la extracción del riñón, u otro órgano de un cadáver, los médicos han de hallarse ante un ser efectivamente muerto. Pero el fallecimiento no se

produce de forma instantánea, sino que constituye un proceso de destrucción de las funciones biológicas del organismo, se trata pues a efectos de implante escoger dentro de este proceso un momento preciso, garantizando que se haya producido la función, permita la extracción útil del órgano en cuestión, es decisivo obtener un diagnóstico precoz de la muerte.

Es cierto que no corresponde a los juristas determinar ese momento, sino a los médicos, conforme al estado de la ciencia médica en ese punto.

Según ellos, el fallecimiento de una persona está determinado por la lesión grave, irreversible e irrecuperable de funciones vitales más importantes del cuerpo humano.

Nuestra legislación en este aspecto ha quedado totalmente fuera de fase, puesto que las pruebas que describe para la comprobación de la muerte, no reúnen los requisitos de irreversibilidad e irrecuperabilidad, puesto que se encuentran en la ausencia de respiración y circulación sanguínea, funciones que actualmente pueden ser mantenidas artificialmente en seres que por padecer lesiones muy importantes (lesiones cerebrales) puede decirse que ya no están vivos, éste es el gran obstáculo con que se encuentran los médicos forenses cuando se les llama para diagnosticar una defunción.

La autorización judicial y otras inversiones administrativas, si la cuestión anterior constituye por sí misma una barrera insalvable para la realización de implantes de riñón este otro punto agrava las dificultades a extremos inusitados.

En efecto, la intervención del Juez es obligatoria y previa a la extracción del riñón en ciertos casos, concretamente en los supuestos que denomina la Ley como “muerte violenta”, los casos de accidentes laborales y de tráfico, éstos son los candidatos a donantes más idóneos, al ser muerte cerebral y teniendo el resto de su organismo joven y en buenas condiciones.

Al ser precisa la autorización judicial, para la cual es además necesario el diagnóstico del médico forense, se producen unos retrasos de tiempo fundamentales, éstos se agravan si se observa estrictamente la legalidad, ya que además exige un nuevo diagnóstico en el instituto forense.

Es indudablemente loable toda medida que tienda a dar garantías de protección a la persona mientras existan posibilidades de recuperación, pero cuando sea ésta imposible y se haya comprobado certeramente, es preciso aligerar el procedimiento para que pueda renacer la esperanza de las muchas personas que pueden beneficiarse de los progresos de la ciencia y de la solidaridad humana.

El consentimiento de los familiares sólo es preciso según la Ley si no consta de donación del difunto en vida. Realmente éste es un obstáculo de menor entidad, que puede ser salvado favoreciendo las donaciones de riñones por un lado, y confiando por otro que la generosidad, la conciencia social se impongan al dolor de los familiares por la pérdida del ser querido, o en otros casos a la incomprensión o al egoísmo, no sin antes poner de manifiesto la religión.

Principios éticos de respeto a la voluntad del difunto sobre sus restos con base a sus creencias hacen que no deba de ser tomado ningún órgano contra la voluntad manifestada por su titular. Sin embargo, esta afirmación no es incompatible con la adecuación de nuestra legislación a las corrientes europeas más adelante, pero que también son merecedores de actualización.

Recientemente se han iniciado ya posturas críticas más consistentes frente a la insuficiencia de la legislación vigente sobre extracciones de órganos de cadáveres, precisamente ha sido de relieve la necesidad de la revisión de la Legislación.

Para comprender con todo su significado la cuestión de los implantes se ha puesto de manifiesto la necesidad de acudir a la legislación específica que los regula, una visión panorámica muestra el carácter parcial que tienen en nuestro país desde hace ya tiempo, falta toda consideración al receptor y al donante vivo, lo que no ha impedido constatar lo importante que es en vista a proporcionar a ambos las necesarias garantías de seguridad y protección contra todo exceso, pues los principios generales extraídos del Código Penal aplicados ambos (donante – receptor) no son suficientes, dada la realidad de los mismos en lo concerniente al receptor, la falta de criterios claros para el donante, ante poniendo el miedo y la ignorancia de tener una adecuada asesoría para que pueda donar, que esto se llama cultura general.

Se puede hacer una nueva distinción entre implante o injertos realizados de una persona viva a otra, y la toma de piezas anatómicas de cadáveres, para que un ser vivo pueda prolongar su existencia de vida.

3.3 Las reformas en materia de donaciones

Ya se ha indicado la inexistencia en nuestro país de una Legislación que regule el implante entre vivos, salvo la concerniente a las transfusiones de sangre. Esto no ha impedido que se realicen con frecuencia cierto tipo de injertos menores (piel, huesos, cartílagos) e incluso de órganos de mayor entidad (particularmente riñones). A pesar de esta ausencia o laguna legal, de la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico se puede deducir su no oposición a la realización de este tipo de implantes en ciertos casos, si bien el Código Penal no reconoce el derecho a la disposición del propio cuerpo, ni siquiera en estos casos, cuando el acto no sea contrario a las leyes, la moral o el orden público, o no comporte el ejercicio antisocial de un derecho. “Los civilistas reconocen eficacia a estos actos, a pesar de la condición inicial del cuerpo de res extra commercium, cuando no suponga su grave daño a la integridad corporal” (Código Penal Federal, 2014).

Son decisivas para esta clase de donaciones, a falta de ley que las regule, consideraciones de tipo ético, que no se enfrenten a los principios éticos dominantes en nuestra sociedad. Habrá de informar a las mismas, su carácter altruista voluntario y que no suponga un grave e irreversible menoscabo para la salud o integridad del donante. A pesar de estas afirmaciones, la situación jurídica es muy inestable ante el silencio de la ley, y no deja de haber escollos que debería resolver una moderna y completa normativa.

“La paradoja que presenta esta legislación, como se va a comprobar a continuación, derivada de su antigüedad y desfase con la realidad, es que

ofrece muchas menos dificultades en la actualidad en nuestro país la realización de un transplante de vivo a vivo, siendo que entraña mayores menoscabos que la utilización de órganos de cadáveres con esa finalidad” (Francisco Pavón, 2008, p.171).

En la actualidad es prácticamente imposible la realización de implantes con órganos provenientes de cadáveres, especialmente los implantes de riñón cuyas probabilidades de éxito son cada vez más elevadas, se encuentran con esa desesperante barrera, no hace falta decir que los pocos que se realizan en la actualidad parten de una interpretación muy liberal de la normativa vigente.

Se puede desglosar la regulación vigente en atención, de nuevo, a los protagonistas el proceso de implantes: el médico, el receptor y el donante, aunque propiamente la ley va dirigida únicamente en función de este último.

El Médico: este tipo de intervenciones, dada la complejidad que presentan, no ya en el acto de la operación en sí, sino principalmente en las fases pre y posoperatoria, precisan la participación de un amplio equipo de facultativos, altamente especializados (cirujanos, hematólogos, inmunólogos, forenses, etc.) y la utilización de material muy complejo, por cuya razón sólo pueden realizarse en determinados centros hospitalarios que cuenten con personal e instalaciones adecuadas y costosas garantizando así unas condiciones suficientes de seguridad.

“Las piezas anatómicas que se pueden extraer, y por consiguiente, qué tipo de trasplantes de órganos provenientes de cadáver se pueden realizar,

vienen expresadas por la Ley de forma no muy precisa, pero lo suficientemente muy amplia como para abarcar todo tipo de extracciones: tejidos y órganos, como huesos, cartílagos, piel y ojos” (Hervada, 1995, p.303).

La constatación de la muerte es uno de los puntos más delicados y difíciles en materia de implantes, pues en esos momentos hay que conjugar varias exigencias. En primer lugar el médico ha de seguir mirando por salvar la vida del moribundo.

Además, ha de tener plena seguridad en que la muerte se ha producido, utilizando para ello todos los métodos que sean necesarios. Y ha de realizarlo con la suficiente rapidez como para poder extraer después con utilidad las partes anatómicas preciadas.

En verdad que esta cuestión de la comprobación de la muerte deja poco a los juristas en sus aspectos técnicos, cuyos criterios adecuados corresponden pronunciar a los especialistas particularmente a los médicos forenses, en cualquier caso, el concepto de muerte legal ha de coincidir con el concepto de muerte clínica, en la actualidad se puede afirmar que ambos conceptos son distintos.

“Mientras que la relación legal hace hincapié en el sistema circulatorio, particularmente en la paralización del corazón los médicos consideran decisiva la muerte cerebral” (Rojas Avendaño, 2007, p.119).

Precisamente éstos son en la actualidad los casos idóneos para implante, pues esta situación vegetativa permite hacer todas las comprobaciones técnicas, y cumplir los requisitos legales previos, como se puede comprobar, son los que más problemas legales presentan, además de los mencionados en torno a la muerte, por el hecho de que estos casos de descerebración se suelen producir traumáticamente, es decir, violentamente, que exige la autorización judicial, con los consiguientes retrasos que supone realizar estos trámites.

El plazo previo a la extracción es también de la máxima importancia, para que la toma de órganos o tejidos sea aprovechable a efectos de implantes, es preciso que la extracción se haga inmediatamente después del fallecimiento.

En general, la dificultad mayor que se presenta en el aprovechamiento de órganos de cadáveres radica en el proceso tan largo exigido para la constatación de la muerte, sobre todo de las producidas violentamente, que suelen ser, como se ha dicho, los casos que más posibilidades ofrecen para la realización de implantes. Dentro de las imperfecciones de la legislación sobre trasplantes, ésta es la mayor y necesita una profunda revisión, en el sentido de simplificar los trámites previos a la extracción, sobre todo en lo referente a la autorización judicial, cuya intervención debe restringirse a los casos en que haya indicios o sospecha de criminalidad de cualquier índole.

El receptor es otro gran olvidado en la legislación que venimos tratando; el propio encabezamiento de la misma aparece bajo rúbrica de cadáveres. Esto se debe, en gran parte, a que el legislador no se ha planteado de una forma global este tema, cuya importancia no debía desconocer, y así como ha

omitido regular la donación de órganos o tejidos (excepto la sangre) por seres vivos, también ha dejado de dar normas que tiendan a proteger al receptor.

Ya se ha visto que la consideración jurídico-penal de ésta quedaba resuelta, quizá por esta razón, no es tan acuciante una regulación legal desde la perspectiva del receptor, visión que aumenta al comprobar las escasas posibilidades legales que ofrecen los implantes de órganos mayores, a efecto de su extracción de cadáveres, que es lo que más urge cambiar.

A pesar de esta nueva impresión legal, la legislación vigente ofrece una serie de garantías que dirigidas al donante fallecido, repercuten a favor de la protección del receptor, como son las mencionadas de restricción de la autorización de obtener, preparar y utilizar para injertos e implantes sólo a determinados centros hospitalarios especialmente dotados. La expresión utilizar va referida, por supuesto, a la realización de la operación de implantes.

Por donante se ha de entender aquí, desde luego al cadáver, éste es la gran razón de la legislación sobre implantes junto con el fin último de facilitar legalmente la extracción de piezas anatómicas, gran parte de la regulación sobre la materia está asentada, acertadamente, en dos presupuestos básicos, pensados para garantizar la protección del donante, la constatación de la muerte y el respeto a su voluntad, sin embargo, no puede considerarse muy feliz la concreción de los mismos.

En lo referente a lo primero, a la constatación de la muerte, ya se ha visto y se han señalado sus imperfecciones según el estado actual de la ciencia, la

muerte cerebral debe ser suficiente para el concepto legal de muerte. Mientras que los progresos científicos no evidencien otra cosa.

3.4 La responsabilidad penal del médico en que incurre.

Se puede decir que incurre en responsabilidad profesional de índole penal, aquéllos profesionistas quienes como los médicos, realizan comportamientos, acciones y omisiones, que reúnen los elementos de los hechos delictuosos, esto es, merecedores de penas, previstos y tipificados en las normas jurídico-penales, fundamentalmente en el Código Penal.

La responsabilidad profesional de los médicos implica una responsabilidad de carácter especial dentro del derecho penal, en atención a la calidad, especial también, que deben tener los sujetos infractores y a los médicos empleados.

En efecto, los autores de los hechos ilícitos, deben ser médicos autorizados legalmente para ejercer su actividad. Sobre el particular la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo según establece en su artículo 4º.

Se entiende por –título profesional- el documento expedido por una de las Instituciones autorizadas mediante, los requisitos que se exigen en dicha ley y en las demás relativas, a favor de las personas que ha comprobado haber adquirido los conocimientos necesarios para ejercer una de las profesiones a

que se refiere el Artículo 2º, de la misma ley, entre las cuales se encuentra la de médico en sus diversas ramas profesionales.

Por lo que respecta al resultado delictuoso éste debe reconocer su causa precisamente en el ejercicio o mediante el ejercicio de la profesión.

Ahora bien, la profesión médica en cuanto arte, ciencia y técnica de curar, constituye en sí misma una actividad lícita, no solo permitida y reconocida por el Estado, sino propulsada por éste en tanto actividad necesaria dentro de la colectividad, por los imprescindibles beneficios que de ella derivan para la salud de sus integrantes.

Algunos autores opinan que uno de los estrictos límites para el ejercicio de dicho derecho lo encontramos obviamente en el consentimiento del paciente, a quien, como titular de su integridad física se le reconoce la facultad de someterse o no a una intervención profesional. Este consentimiento, dicen unos, debe ser libre, hecho por persona capaz anterior al hecho, con pleno conocimiento de éste.

Toda vez que bajo el nombre de lesión se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por causa externa.

En nuestras leyes penales y dentro del capítulo dedicado a los delitos contra la vida y la integridad corporal, encontramos las definiciones que corresponden a los delitos de lesiones y homicidio respectivamente, en el

tema que nos ocupa de trasplantes de órganos vitales con relación a dichos delitos para observar si en la práctica de los injertos se reúnen los elementos que puedan tipificar a los delitos mencionados.

Por lo que se refiere al futuro donador, deberán tomarse las precauciones necesarias para cerciorarse de su estado de muerte y solo hasta que se presente podrá efectuarse la extracción del órgano cardiaco, consecuentemente será punible todo acto que tienda a precipitar la muerte.

Habiendo dejado nuevamente bien explicados los requisitos para determinar lo que llamamos muerte real, volvemos con el problema que planeamos en el presente capítulo, puesto que no se puede creer que el médico que realice el trasplante de un órgano vital pueda llegar a ser sujeto del delito de lesiones, es perfectamente comprensible que la perdida en el donante de un órgano vital significaría en todo caso la pérdida de la vida y el médico provocará la muerte del donante, por lo que estaría cometiendo el delito de homicidio.

Se reserva la denominación de eutanasia a aquellos crímenes caritativos en que una persona, ante los incesantes requerimientos de otra víctima de incurable y cruento mal, la priva de la vida piadosamente para hacer cesar sus estériles sufrimientos.

El delito puede definirse de la manera más sencilla posible, se dice que consiste en un comportamiento humano que reúne determinadas características.

El texto constitucional en sus artículos 13 a 23 prevé normas fundamentales que deben observarse en el procedimiento penal en el cual se ven afectados valores fundamentales del ser humano, como la libertad, así el artículo 14 en su segundo párrafo, prevé que nadie puede ser privado de su libertad, de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

CAPÍTULO 4
DEFINICIÓN DEL DELITO Y SU CLASIFICACIÓN
EN LA LEY GENERAL DE SALUD.

4.1 Clasificación general del delito

Las reformas de los distintos sistemas penales de los últimos decenios y sus necesarias transformaciones para acoger a las nuevas realidades sociales, han acabado con consideraciones de este tipo en la doctrina al percibirse que el carácter "permanente" del delito no existe, de la misma forma que no existe conciencia de delito con carácter universal, sino que cada sociedad tiene sus propios delitos, que responden a sus propias estructuras sociales y culturales. Esta clasificación pese a ser un criterio meramente formal tiene sin embargo también consecuencias de orden material.

4.2 Definición del delito según Raúl Eugenio Zaffaroni

El delito es en primer lugar es una conducta humana descrita en el libro segundo del Código Penal Federal (a partir del artículo 79°), donde se indican las conductas prohibidas a las que se asocia con una pena. Técnicamente se llaman "tipos" a esos elementos de la ley penal que individualizan la conducta que se prohíbe con relevancia penal. Cuando una conducta se adecua a alguno de los tipos legales, se trata de una conducta típica (presenta características de tipicidad). De este modo se obtienen dos características del delito: una genérica (conducta) y otra específica (tipicidad), es decir, la conducta típica es una especie del género conducta.

Pero no toda conducta típica es delito, ya que según indica el artículo 34° del Código Penal Federal, existen supuestos en que existen permisos o

causas de justificación, que permiten realizar acciones típicas, como los casos de estado de necesidad (artículo 34° inciso 3), de legítima defensa (artículo 34° inciso 6 y 7) y, en general, de supuestos de legítimo ejercicio de derecho (artículo 34° inciso 4).

Cuando la conducta típica no está permitida se dice que es contraria al orden jurídico y, por lo tanto, antijurídica. En consecuencia para que haya delito, además de la tipicidad, debe presentarse la característica de antijuridicidad.

En doctrina se denomina a una conducta típica y antijurídica como injusto penal.

Pese a esto, tal como indica el artículo 34° del Código Penal, existen supuestos en los que no toda conducta típica y antijurídica es delito, como acaece cuando el autor por su incapacidad psíquica no puede comprender la antijuridicidad de su hacer. Esto significa que para que el injusto penal sea un delito ha menester serle reprochable al autor en razón de que tuvo la posibilidad exigible de actuar de otra manera. A esta característica de reprochabilidad del injusto penal al autor es la culpabilidad, que constituye el tercer carácter específico del delito.

De esta manera se puede definir el concepto de delito como conducta típica, antijurídica y culpable.

Esta definición de delito nos indica el orden en que debemos formular las preguntas para determinar si hubo delito en un caso concreto:

Debemos preguntar si hubo conducta, ya que si falta el carácter genérico del delito nos encontramos ante el supuesto de falta de conducta y, consecuentemente, no corresponde continuar con el estudio, por la ausencia de estos elementos.

Luego debemos inquirir si la conducta está individualizada en un tipo penal, pues en caso contrario nos encontraremos con una conducta atípica.

Si la conducta es típica, cabe preguntar si es antijurídica.

Cuando se tiene una conducta típica y antijurídica (un injusto penal) cobra sentido preguntar si es reprochable al autor, es decir, si es culpable ya que en los supuestos de inculpabilidad el injusto no es delito.

Diferentes enfoques del concepto de delito

En la definición del delito se refleja el fin perseguido y el objeto fijado, ya que esta palabra desde el punto de vista ontológico (ontología: parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales) se emplea para denominar cosas diferentes. Podemos entonces reunir las definiciones en dos grandes grupos:

Definiciones pre-jurídicas o condicionales de las legislaciones, dentro de las cuales se pueden distinguir: las que tienen una fundamentación filosófico-jurídica y, aquellas que responden a un enfoque sociológico o naturalista del delito.

4.3 Definición jurídica de tráfico y venta

El trasplante de órganos en el momento actual es la mejor alternativa de tratamiento y en muchos casos la única, para la falla terminal e irreversible de muchos órganos vitales como el corazón, el hígado o los riñones.

Para que con el trasplante se puedan salvar vidas humanas se necesitan órganos y para tener órganos se necesitan donantes. Sin órganos no hay trasplantes y sin donantes no hay órganos. Actualmente en el mundo cada seis minutos fallece una persona en espera de un órgano y cada año un 20% de los pacientes en lista de espera para el trasplante fallece sin haber podido conseguir el órgano requerido. En la mayor parte de los países europeos, en Norte América y en muchos países de América Latina, la tasa de donantes se mantiene estable a lo largo de los años y sin embargo la cantidad de pacientes en espera de un órgano vital aumenta progresivamente, al igual que el tiempo de permanencia en lista de espera y la mortalidad.

Para el trasplante de riñón, de hígado, de un pulmón o de un segmento de intestino delgado, se pueden conseguir dichos órganos a partir de donantes vivos, como en hermanos, padres o hijos. Esto sin embargo no siempre es posible y en circunstancias especiales en cónyuges, amigos o miembros de la misma comunidad religiosa.

Desde el momento en que se ha declarado la muerte en una persona, se ha insistido en que la donación debe ser anónima, altruista, solidaria, por amor al prójimo y sin que por ella exista ningún tipo de retribución económica.

Para lograr la realización de los trasplantes con donantes cadavéricos, se requiere sin embargo, un alto grado de sensibilización y conocimiento por parte de la población, esto se consigue únicamente gracias a la sociedad en su conjunto y muy especialmente del estado, de la prensa, de los educadores, de la Iglesia y de las sociedades médicas.

A pesar de estos esfuerzos, la tasa de donantes se mantiene estancada y el número de pacientes condenados a morir por falta de un órgano es cada vez mayor, a fin de incentivar la donación de órganos y disminuir esta brecha entre oferta y demanda, en muchos países se ha implementado el pago de los gastos funerales del donante, la otorgación de un seguro médico para los familiares del donante por parte de las instituciones en las que se encuentran asegurados los receptores beneficiados con los órganos y la reducción de los impuestos para los familiares del donante en la comunidad a la que pertenecen. Estos incentivos por el momento no están contemplados en la legislación de nuestro país.

Que es el comercio de órganos

La compra y venta de una parte del cuerpo humano, en otras palabras, la obtención de un órgano vital por parte de un paciente con posibilidades económicas y desesperado de seguir viviendo, y una persona de escasos recursos, y también desesperado de conseguir dinero para satisfacer sus necesidades básicas.

Este tipo de donación retribuida, se ha dado con cierta frecuencia en todo el mundo desde que se hicieron los primeros trasplantes de órganos. Sin embargo, desde la promulgación de la Ley de Donación de Órganos en nuestro país expresamente prohíbe la retribución económica por los órganos donados, esta situación es cada vez menos frecuente.

El tráfico de órganos es una realidad en Latinoamérica. Países como Argentina, Brasil, Honduras, México y Perú, hacen este tipo de comercio con compradores alemanes, suizos e italianos, según un informe de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En Argentina, por ejemplo, hay denuncias de casos de retirada de corneas de pacientes a los que se les declaró muerte cerebral después de haber falsificado exploraciones cerebrales.

Manifestaciones divulgadas por el Servicio Privado de Informaciones y Noticias (Seprin) destacan una ley aprobada en el Congreso Argentino, se trata de la Ley de Donante Presunto que para algunas organizaciones de derechos humanos tiene características claramente violatorias de los derechos de la ciudadanía, ya que obligará a la población entera a donar sus órganos, esta ley ocurre en el momento en que se cuestiona la escasez de políticas para enfrentar el tráfico de órganos en la Argentina, la Ley considera a todos los ciudadanos del país como futuros donantes.

El proyecto dispone que podrá afectarse a toda la población mayor de 18 años que no haya dejado constancia expresa de su oposición para que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la

que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiese manifestado.

Un informe del Seprin, publicado en el año dos mil doce, revela que, en la venta clandestina de órganos en Argentina. Un riñón puede costar más de 102 mil euros, un hígado 150 mil euros, pulmón (150 mil), cornea (87 mil), médula ósea (165 mil), corazón (150 mil), páncreas (144 mil) e arterias (10 mil).

En qué circunstancias ocurre el comercio de órganos

El comercio de órganos ocurre sobre todo en países en los que coexisten minorías bien acomodadas con mayorías pobres, con marcadas diferencias entre ambas, con un alto grado de injusticia social, sin leyes que regulen la práctica de los trasplantes y en países en los que no existe la injerencia del estado en el control de la actividad trasplantadora.

¿Existe realmente el comercio de órganos?

Si, principalmente existe en la India, país al que viajan numerosos pacientes ricos económicamente de Europa, para trasplantarse en condiciones nada seguras y sin las más mínimas garantías, con riñones comprados de personas extremadamente pobres.

Ha sido también frecuente en Filipinas, Hong Kong y la China, países en los que los pobres venden un riñón por solo mil dólares a ricos procedentes principalmente del Japón. En menor grado también existe en muchos países del norte de África y sobre todo en Egipto, en los que con frecuencia en la prensa se leen anuncios de oferta de riñones por parte de personas desesperadas por la pobreza, beneficiando a personas desesperadas por seguir viviendo.

En algunos países de América Latina, como Bolivia, Honduras, Guatemala, en los que coexiste la extrema pobreza con la injusticia social y la falta de atención por parte del estado para cubrir las necesidades básicas de la población, hay personas que también publican anuncios en la prensa solicitando riñones que son ofertados por personas agobiadas por la pobreza, de la misma manera, estas personas desesperadas por satisfacer alguna necesidad básica con dinero, publican anuncios en la prensa bajo el título de "Dono Riñón" tratándose en la realidad de la oferta de un riñón para la venta, situación que generan los gobiernos de los países subdesarrollados.

Por qué se considera éticamente inaceptable el comercio de órganos

Por ser una forma abominable de explotación del hombre contra el propio hombre, permitiendo una desigualdad en las oportunidades de seguir viviendo gracias a un trasplante, a favor solo de los ricos que están en posibilidades de comprar el órgano y a desmedro de los pobres que se ven obligados a vender parte de su propio cuerpo para satisfacer sus necesidades básicas de supervivencia.

Qué se puede hacer para evitarlo

El comercio de órganos se puede evitar mejorando las condiciones de vida de la población, dando igualdad de oportunidades a ricos y pobres principalmente en relación a la salud y erradicando la extrema pobreza.

Paralelamente, los países que aún no cuentan con una legislación adecuada, deben promulgar leyes insistiendo en la necesidad de estimular la donación cadavérica, con un sentido altruista y de solidaridad, castigando todo tipo de retribución económica por los órganos donados y con un control estrecho de la actividad de trasplantes por parte del estado, aun y cuando en nuestro país se han dado campañas de este tipo no resulta por la falta de educación altruista que se debe de engendrar en casa.

Precisamente, la Ley de trasplantes contempla todos estos aspectos y su reglamentación, insiste en la necesidad de estimular la donación cadavérica bajo estos principios, adicionalmente tiene entre sus principales atribuciones, precisamente controlar la práctica de los trasplantes en todo el territorio nacional, de forma clandestina y de remuneración económica.

Qué es el tráfico de órganos

El llamado "Tráfico de Órganos", sería una acción criminal organizada, destinada a proveer de órganos a las personas con capacidad económica, ya sea comprándolos a los sujetos con carencias extremas, o bien dándose un

concurso de delitos para su obtención, como el secuestro de personas, ya sean menores de edad o mayores, incapaces, y estos a su vez con la extracción y su transportación, dándose así el tráfico de órganos, mafias y particulares llegan a ofrecerlos incluso por Internet, la desesperación por seguir viviendo alimenta el aterrador negocio del tráfico clandestino de órganos humanos en el mundo, una actividad que no conoce fronteras ni límites.

Sólo en México se realizan más de 4,000 trasplantes legales al año; además, más de 8,000 personas están en lista de espera, de las que 15% mueren al no recibir un órgano, informa el Centro Nacional de Trasplantes (Cenatra) de México.

Con esta premisa, no es de extrañar que el precio de estos órganos en el mercado negro alcance precios desorbitados, 150,000 dólares por un hígado, 120,000 por un riñón, 60,000 por un corazón ó 45,000 por la córnea, entre otros.

En este sentido, la Universidad de Murcia, en España, advierte que uno de los problemas más importantes que promueven el tráfico de órganos es que la oferta legal no ha avanzado al mismo ritmo que la demanda. Ningún país tiene los órganos suficientes para cubrir las necesidades de la población.

Respecto al tema, la organización Human Rights Watch de Asia informa que en China se extraen ilegalmente más de 3,000 órganos de prisioneros al año (más de ocho diarios).

Los precios de éstos varían en los mercados clandestinos "baratos" de India Bombay o Kuwait, entre otros: 1,600 dólares por la piel de las piernas de los prisioneros; 400,000 por los intestinos ó 127,000 dólares por un pulmón.

La sombra de Internet Según el diario español "El Mundo", en la Red se han encontrado numerosos anuncios de venta. Uno de ellos ofrece "cualquiera de los órganos" de un preso chino y destaca que la venta se realizará "a la persona que pujan más alto". En otro de los mensajes, aparecido en el portal de subastas chino Netease aparece "córnea de una persona con buena vista. Urge la venta por motivos de pobreza".

Las mafias también se sirven de la pobreza para comprar órganos y revenderlos a mayor precio. El rotativo se hace eco de una red internacional de traficantes de órganos, que poseía negocios en todos los continentes, la red, como muchas otras, no se servía generalmente del rapto o el asesinato para extraer los órganos y venderlos al mejor postor.

El grupo reclutaba gente dispuesta a vender uno de sus riñones, integrantes de la mafia viajaban a las ciudades más pobres de algunos países, entre ellos Brasil o Tailandia, para encontrar "voluntarios", quienes

eran enviados a Sudáfrica, donde reciben 10,000 dólares por uno de sus riñones, claro dejándolos abandonado en esos países y que con engaños lo llevan hasta allá para que sean extraídos los órganos en clínicas especializadas y así tener el éxito que se necesita para que funcione un órgano .

El eurodiputado socialista León Schwartzenberg, "el tráfico ilegal de órganos existe como lo hace el tráfico de droga", y puesto que se trata de la vida humana, es difícil pararlo

¿Podrá existir en la realidad un tráfico de órganos?

No, en efecto, hasta el momento, nunca se ha podido demostrar en ninguna parte del mundo la existencia de un tráfico de órganos. Es más, en la practica es imposible su ocurrencia ya que el trasplante de cualquier órgano vital, incluyendo el riñón que es el más fácil de ser realizado, implica la participación de un grupo de profesionales muy numeroso tanto en la preparación del receptor como en la selección del donante, en el acto quirúrgico de la extracción del órgano del donante como en su implantación en el receptor, de cuidados postoperatorios muy delicados y de un seguimiento a corto, mediano y largo plazo muy estrecho, con repetidos controles de laboratorio y por imagen, numerosas hospitalizaciones para la realización de biopsias y la necesidad de tomar de por vida una variedad de drogas inmunosupresoras de uso restringido y estrechamente controlado.

¿Cuales son las consecuencias derivadas de la propagación de rumores en relación al tráfico de órganos?

Las consecuencias derivadas de este tipo de rumores son sumamente perjudiciales, ya que siembran la desconfianza de la población en relación a los trasplantes e indirectamente conducen a un descenso en la tasa de donaciones cadavéricas, aumentando el número de pacientes en lista de espera, prolongando su permanencia y aumentando su mortalidad.

Rumores relacionados con el tráfico de órganos y publicados en la prensa nacional en los primeros años de la pasada década, contribuyeron muy negativamente en el tratamiento de la Ley de Trasplantes y retrasaron considerablemente su promulgación, de la misma forma, este tipo de rumores en la actualidad perjudican seriamente el desarrollo de trasplantes con órganos procedentes de cadáveres.

Qué medidas se deben tomar para evitar la propagación de rumores relacionados con el tráfico de órganos

En primer lugar se debe asegurar un comportamiento ético por parte de todos los médicos y de los numerosos profesionales que participan en el complejo proceso de un trasplante.

En segundo lugar, se debe comprometer la participación activa del estado y muy especialmente de las autoridades sanitarias en el control de la

actividad de trasplantes, asegurando la acreditación de los centros hospitalarios y de los equipos de trasplante, reportando con todo detalle todos los trasplantes realizados y especificando claramente el tipo de donantes utilizados y los resultados obtenidos. Con la creación de la Comisión Coordinadora Nacional de Trasplantes y con la reciente implementación de los Formularios de Reporte, nuestro país actualmente está en condiciones de atender todos los aspectos mencionados.

Finalmente se requiere la participación activa de otros componentes de la sociedad civil en la investigación de los hechos denunciados, en la elaboración de los informes y en la divulgación de los mismos. En este aspecto es fundamental la participación responsable de la Iglesia, de la prensa y de las sociedades médicas.

4.4 Clasificación especial del delito de tráfico de órganos vitales en menores e incapacitados.

Dentro de la legislación general de nuestro país, no existe norma jurídica específica para los menores o incapacitados, en este tema.

Es importante resaltar que al existir tales conductas delictivas el bien jurídico tutelado para dichos sujetos se encuentran en el apartado general de dicha legislación, sin comprender que debe de ser puntual y categórica una determinación más exacta por ser sujetos más vulnerables, por lo que es importante que exista un apartado exclusivo para que se pueda tipificar de manera especial la sustracción de órganos a los menores e incapacitados por el simple hecho de la ausencia de capacidad jurídica propia.

Este concepto tendrá que ser válido como carácter general de forma que pueda indicar al médico no sólo cuando está autorizado para realizar la extracción del órgano, sino también para tomar otro tipo de decisiones (desconectar al enfermo) es decir el concepto legal de muerte tiene que coincidir en todo momento con el concepto clínico de muerte.

Desde el punto de vista biológico, ya es sabido que el paso de la vida a la muerte no se produce en un momento preciso de forma instantánea y va alcanzando progresivamente a los diversos tejidos y órganos, según sea su mayor o menor resistencia a la destrucción. El transcurso de todo este proceso no puede servir para determinar el momento del fallecimiento.

Caracterizándose la muerte por ser un proceso irreversible al momento de la misma habrá de determinarse en función de esa peculiaridad, cuando se produzca la lesión irreversible e irrecuperable de alguna función vital del cuerpo humano.

4.5 La disposición de los órganos vitales dentro del sistema jurídico mexicano y sus organismos gubernamentales

Lo relativo a la denominación que deba darse al acto por medio del cual una persona dispone de parte de su cuerpo o de éste en la medida que lleguen a determinar las leyes.

Hay que dejar de distinguir si dicho acto se verifica en forma unilateral para después de la muerte del titular del Derecho o si lo realiza de común acuerdo con otra persona.

Si se trata de un acto unilateral de disposición, para después de la muerte no se presenta en realidad problema especial alguno en la denominación, pues hará la disposición de ese derecho por medio del testamento, que consiste en un acto unilateral.

Hasta el año de 1973, México estaba carente de cualquier legislación sistemática sobre esta materia pero a partir de ese año, concretamente a partir del 13 de marzo de 1973, nace el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos.

Antes de este código de 1973, se carecía totalmente de una legislación sobre estas cuestiones tan importantes y delicadas, sólo existía por excepción algunas normas contenidas en reglamentos administrativos, que trataban de llevar algún orden a la materia.

Así se tenía el reglamento de bancos de sangre, servicios de transfusión y derivados de sangre que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 1954 y no decía nada sobre la materia de órganos, no se conocía en nuestra legislación sobre los trasplantes de órganos vitales y su importancia para la salud, ya que los avances técnicos y científicos eran muy precarios, solo se avocaban a las enfermedades generales y no así a las especialidades, la investigación necesitaba de tiempo y dinero, circunstancias que los gobiernos de los países desarrollados han aportado los recursos necesarios para erradicar las enfermedades, caso contrario que en los países tercermundistas no acontece.

4.6 La urgencia de tipificar de manera especial, dentro de la Ley General de Salud a favor de los menores e incapacitados.

La Ley General de Salud en sus artículos 314 fracción XIV, 332, 327, anuncia de manera general que debemos entender por trasplante de un órgano, la prohibición de comercio de órganos y la prohibición de tomar órganos a menores, incapaces y sujetos de interdicción, es decir que la importancia radica en que la actualidad no hay un orden para controlar de una manera específica los órganos de las personas y que son víctimas de muchos engaños para sustraer éstos, siendo objeto de abusos indiscriminados.

Es por tal razón que referirse al tráfico de órganos o tejidos de seres humanos, implica que la Ley General de Salud o el Código Penal Federal, debería de tipificar de manera más adecuada y específica los delitos que se dan por la sustracción de los órganos en particular.

Cabe destacar que para poder comprender la importancia que tiene la aplicación de esta ley, debemos entender que es un menor de edad y un incapaz.

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en ésta, la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la misma, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden

ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, caso contrario el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley, obedeciendo que si es un incapaz a pesar de su edad de 18 años la cual se reconoce como mayoría de edad, no podrá disponer de sus bienes o cosas, sin que medie siempre un representante, es decir que no tiene la capacidad de discernir sobre su administración de su persona o bienes.

Por eso la importancia de salvaguardar los intereses de los menores e incapaces que refiere la propia Ley General de Salud, que establezca una pena mayor, sea calificados como delito grave y sobre todo que exista una mayor atención para los mismos.

CONCLUSIONES

Se plantea la necesidad de regular que el tráfico y venta de órganos vitales se tipifique de manera más detallada y de forma especial a menores e incapacitados, ya que la propia Ley General de Salud en sus artículos 314 fracción XIV, 332, 327, anuncia de manera general que debemos entender por trasplante de un órgano, la prohibición de comercio de órganos y la prohibición de tomar órganos a menores, incapaces y sujetos de interdicción.

Es un análisis jurídico de una tipificación especial a la Ley General de Salud al omitir señalar que tipode sanción penal deben tener los infractores en caso de cometer un delito como la sustracción, venta, transportación, tráfico, de órganos vitales de menores de edad vivos o muertos, así como los incapacitados o sujetos a interdicción, toda vez que es una aberración jurídica considerar que la propia Ley anunciada anteriormente, indica que está prohibido sustraer órganos a los ya referidos, por tanto debe de prevalecer un artículo o varios en los que indique que cuando alguien sustraiga, venda, extraiga, transporte o trasplante un órgano vital a éstos, se sancione de manera particular y lo haga grave para que no alcance beneficios.

El hecho de que exista un artículo o varios de manera detallada y específica cuando sean víctimas de este tipo de delitos los menores de edad. Incapacitados o sujeto a interdicción, permitirá que dé una garantía social más amplia y de mejor utilidad, preservando los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como los tratados internacionales y el cumplimiento a los derechos humanos nacionales e internacionales.

Al existir un artículo específico ayudaría inclusive a elevarlo a delincuencia organizada a fin de que las redes de sujetos implicados en el tráfico, venta, sustracción, transporte de los órganos daría una mayor eficacia para atacar al crimen organizado, ya que este tipo de delitos es toda una organización, considerando la persona enferma, el ofrecer dinero por su salud, él o los sujetos activos del delito que se encargan de secuestrar o robar a un menor o incapacitado, el técnico, auxiliar o médico en la salud que trabaje en conjunto con ellos para la extracción y finalmente quien lo vende y transporta, es toda una red de personas involucrados para cometer dicho delito.

La falta de regularización en esta actividad trae consigo el enriquecimiento ilícito de los sujetos activos del delito que participan en él y el fomento de familias marginadas a cometer actos ilícitos como el vender sus órganos para sobrevivir, ilícitos que van en contra de la norma jurídica.

El sustentar un capítulo especial en el ámbito Federal dentro de la Ley General de Salud, para que el actuar del sujeto que comete el delito en contra de menores e incapacitados sea una sanción penal de orden Federal, se persiga de oficio y sea grave para que no alcance ningún beneficio.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación:

Honorable Congreso de la Unión, (2014), Código Penal Federal, México, Editorial Porrúa.

Honorable Congreso de la Unión, (2013), Ley General de Salud, México, Editorial Porrúa.

Asamblea del Distrito Federal, (2014), Código Civil para el Distrito Federal, México, Editorial Porrúa.

Fuentes bibliográficas

Aguilar López M. A.(2008). México,*El Delito y La Responsabilidad Penal*, Editorial Porrúa.

CastanTobeñas J.(2004). México,*Los Derechos de la Personalidad*, Editorial Reus.

Dictamen de la Academia Mexicana de Cirugía (2005). México,*Trasplante de Órganos*, Crimínalia, Ediciones Botas.

González S.(2011). México,*Barrera para el Trasplante*, Revista Biblioteca, Crimínalia, año XXXV, No. 2.

Gutiérrez y González E.(2010). México,*Derecho de Personalidad*, Editorial Instituto México.

Gutiérrez y González, E.(2012). México,*El Patrimonio Pecuniario y Moral*, Editorial Cajica.

Hervada, J. (1998). México,*Los Trasplantes de Órganos y el Derecho a disponer del propio cuerpo en personas y derecho*. Vol. III, Editorial Pamplona.

Noriega A. (1989). México, *Trasplantes de Órganos, Cuestiones Éticas y Jurídicas*, Revista Biblioteca Crimínalia, Año XXXV, No. 2.

Palacios Macedo X. (2001). México, *Los Trasplantes de Corazón y algunos médicos legales en México*, Crimínalia, Ediciones Botas.

Pavón Vasconcelos F. (2008). México, *La Responsabilidad Penal*, Editorial Porrúa.

Ponce de León Armenta L. (2012). México, *Metodología del Derecho*, Porrúa.

Quiroz Cuarón, A. (2008). México, *¿Cuándo estamos muertos?*, Revista Biblioteca Crimínalia, año XXXV, No. 2.

Rojas Avendaño M. (2012). México, *Trasplantes de Órganos*, México, Editorial Porrúa.

Rojas Avendaño M. (2007). México, *El Corazón, la muerte y la Ley*, Revista Biblioteca, Crimínalia.

Zaffaroni E. (2012). México, *Juicio de Tipicidad*, Editorial Hammurabi.

Tesis:

Armando Pérez. L. (1995). *Crítica Legislativa en Materia Penal*. Tesis de Licenciatura en derecho, Universidad del Tepeyac. México, D.F.

García Hernández P. (1998). *La Protección al Niño en la Legislación Mexicana ante el Síndrome del Niño Maltratado*. Tesis de Licenciatura en derecho, Universidad del Tepeyac México, México, D.F.

Diccionario:

Real Academia Española (2014). México, *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Porrúa.

Fuentes electrónicas:

El trafico de órganos, leyendas urbanas sin fecha, fecha de consulta 26 de junio de 2014
<http://www.trasplantesorganosbo.org/controversias.html>[http, www.elmundo.es/navegante/2000/12/04/portada/975924267.html](http://www.elmundo.es/navegante/2000/12/04/portada/975924267.html)http://www.cursosparamedicos.com/newsite/pags/ac_ci ent/monos/maltrato_infantil.htm<http://www.adital.org.br/site/noticia.asp?lang=ES&cod=16899>