



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

**“TRÁFICO DE ÓRGANOS DENTRO DEL
TERRITORIO MEXICANO, COMO
DELITO FEDERAL”**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:
MARIO ALBERTO HERNÁNDEZ CORONA

Asesor:
LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

Celaya, Gto.

Octubre 2011.



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.

Agradecimientos.

A mi Padre Celestial EL ETERNO, al Roa Hakodesh (Espiritu Santo) y Yeshua, que sin su fuerza y ayuda no hubiese sido esto posible, por que donde para algunos es ficción y para otros es solo una idea y concepción que necesitamos para vivir, para mí, es ,la Vida Misma, el Principio y el Fin, Todo.

Quisiera agradecer a mi Padre y Madre, que me han dado su apoyo en esta carrera que apenas inicia, los quiero y los amo , gracias por esperar un poco más para este momento, esto es de ustedes, gracias por esos momentos de paciencia que se me otorgaron desde un principio, y por los momentos que me dieron total responsabilidad sobre mi vida, y el camino de la justicia, que antes de cualquier cosa, esta la equidad, que el egoísmo, la humildad de corazón, y el entender a los demás y respetarlos como son, eso lo aprendí de ti Monsieur, a mi madre, el estar a mi lado desde pequeño y a su manera me enseñó la forma de encontrar la respuesta a las soluciones, el esfuerzo y las ganas de salir adelante que tanto demuestras día a día , Gracias a ambos.

Por otro lado, sé que me adentro en un nuevo mundo, donde la mayoría conoce como desaveniente y convenenciero, esto, no lo es todo, quizá todavía falte librar la más ardua batalla, que en esta guerra estamos viviendo, no solo colectivamente si no mentalmente y espiritualmente , yo , como persona, no soy nada, ni con licenciatura o maestrías que pueda tener, yo soy, en Dios, mas de lo que puedo ser, yo soy en El ...

A todos aquellos farsantes que han deshecho los corazones de la gente, pobre y humilde ,se les acabo el tiempo de su justicia y

desigualdad, la sociedad aun que no se pueda salvar toda, al menos se guiaran con el ejemplo de pocos, que si al menos no alcanzan riqueza en abundancia, alcanzaran la paz que tanto anhelamos, como leí en un libro de sabiduría, mejor es un bocado en seco, que un banquete en abundancia.

De ahora en adelante vuelo con la caja de herramientas que he preparado para surcar el mundo a través de la Justicia y la Humildad que no debo olvidar, atarlas a mi cuello y escribirlas en la tabla de mi corazón, por muchos éxitos y fracasos que seguramente tendré, sin embargo, creo que de esto se trata la Vida, de aprender, acertar y equivocarse, experimentar, saber ser prudente y valiente en los momentos que se necesite, a mi hermana Andy, tienes que experimentar esto hermana... A toda mi familia, y conocidos que forman parte de mi, en mi pensamiento y espíritu aunado con la fuerza de DIOS, formando parte de ese nuevo ejército que no desistirá de hacer el Bien por mucho mal que Venga, a todas aquellas personas que he conocido con discapacidades ,sino personalmente , en espíritu, ejemplos de lucha y fuerza, que me ha hecho ver cuán valiosa es la vida y el estudio, que me han hecho entender que la discapacidad que tanto se menciona hoy en día , su peor acepción puede ser la del espíritu, y como dice una parte de una de mis películas favoritas “ para eso no hay prótesis”. Gracias a todos los Licenciados que me acompañaron en estos cinco años de formación.

ATTE:

MARIO ALBERTO HERNÁNDEZ CORONA

ÍNDICE

PÁG.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I. DERECHO PENAL, GENERALIDADES.

1.1 DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN GENERALIDADES.	1
1.2 LAS FUENTES PROPIAS DEL DERECHO PENAL.	6
1.3 LA LEY COMO FUENTE UNICA.	7
1.4 LOS DOGMAS PENALES.	7
1.5 LA TIPICIDAD PENAL.	8
1.6 LAS FUENTES PENALES DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO.	9

CAPÍTULO II.

TEMA: TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

SUBTEMAS: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD.

A) LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

2.1 CONCEPTO DE CONDUCTA.	10
2.2 SUJETO DE LA CONDUCTA.	12
2.3 PROBLEMA DE LAS PERSONAS MORALES.	13
2.4 SUJETO PASIVO Y EL OFENDIDO.	14
2.5 ACCIÓN Y OMISIÓN.	15
2.6 CAUSALIDAD EN LA ACCIÓN.	17
2.7 CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN.	20
2.8 AUSENCIA DE CONDUCTA.	23

B) TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.9 LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.	24
2.10 IDEA GENERAL DEL TIPO Y LA TIPICIDAD.	25
2.11 TIPICIDAD.	26

2.12 FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD.	27
2.13 CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS.	27
2.14 AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.	30

C) ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.15 IDEA GENERAL Y SU AUSENCIA.	31
2.15.1 CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD.	31
2.15.2 CLASES DE ANTIJURICIDAD.	34
2.15.3 BREVE ANÁLISIS DE LA AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD.	35
2.15.4 EXCLUYENTES SUPRALEGALES.	36
2.15.5 LEGÍTIMA DEFENSA.	40
2.15.6 PRESUNCIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.	45
2.15.7 EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.	45
2.15.8 ESTADO DE NECESIDAD.	48
2.16 DEFINICIÓN.	59
2.17 ANTIJURICIDAD FORMAL Y MATERIAL.	60
2.18 AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD.	61

CAPÍTULO III.

TEMA: TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

SUBTEMAS: IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD.

A) LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.1 CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.	62
3.2 LA IMPUTABILIDAD.	64
3.3 LA RESPONSABILIDAD.	65
3.4 FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.	66
3.5 ACCIONES LIBERAE IN CAUSA.	67

B) CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.6 NOCIÓN DE LA CULPABILIDAD.	67
3.7 FORMAS DE LA CULPABILIDAD.	68
3.8 EL DOLO.	69
3.9 ELEMENTOS DEL DOLO.	69

3.10 DIVERSAS ESPECIES DEL DOLO.	70
3.11 EL DOLO EN EL DERECHO MEXICANO.	71

CAPÍTULO IV.

TEMA: TRÁFICO DE ÓRGANOS.

4.1 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO II, FRACCIÓN IV.	72
4.2 TRÁFICO DE ÓRGANOS PREVISTO EN ARTÍCULOS (461,462, 462 BIS DE LA LEY GENERAL DE LA SALUD).	76
4.3 LEY GENERAL DE LA SALUD.	78
4.4 ATIPICIDAD EN LOS ARTÍCULOS 461,462,462 BIS EN EL TRÁFICO DE ÓRGANOS DENTRO DEL TERRITORIO MEXICANO.	80

CAPÍTULO V.

TEMA: TIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE ÓRGANOS DENTRO DEL TERRITORIO MEXICANO.

5.1 SUBTEMAS: ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES.	83
5.2 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 461, ATIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE ÓRGANOS.	87
5.3 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 462, ATIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE ÓRGANOS.	88

CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Una de las causas que es la realización de la Tesis, es la protección a la vida humana como delito federal, al estudiar de manera concienzuda los artículos que venían relacionados entre sí con este tema, note que la situación es grave ya que no existe un tipo en el tráfico de órganos dentro del mismo territorio mexicano, la protección a la vida humana es imprescindible para la correcta realización de la Ley, el problemas no es que existan errores, ya que si nos vamos por esa idea, el simple hecho de ser seres humanos, condenados estamos a equivocarnos, y que la perfección solo se alcanza con el subsaneamiento de los errores cometidos, sin embargo esa no es la situación, la situación sobre la cual versa esta breve introducción es la que una vez encontrado la fuga de la cual versa este problema (la atipicidad dentro del territorio mexicano) subsanar de manera inmediata protegiendo a lo que en un principio fue hecha la Ley (humana) para la protección y salvaguarda de cada uno de sus ciudadanos, palabra clave Protección, derivado de esto la Seguridad, Justicia, Confianza, etc.

Ahora el desarrollo de este tema que empezara con la teoría del delito, básica herramienta para ir desmenuzando la tipicidad y la forma en que se va desarrollando este, bueno creo que por introducción es suficiente, la idea de lo que yo concibo como derecho y su justicia, va mas allá de lo

que nosotros como seres humanos podemos alcanzar, todos sabemos lo que debemos hacer, desde un principio se nos dijo, fueron las primeras leyes de manera global para todas las culturas, para que fuesen adoptadas y sobre las cuales rijamos nuestra existencia, al igual que el hammurabi codex, una de la primeras evidencias de la civilización conocida, la dirección, en diez mandamientos, ahí están, siendo materia de inspiración de otro gran abogado J.Couture (decálogo aplicado a materia jurídica), en mi opinión las religiones y la idiosincrasia en general de la gente, como pueblo, como nación, nos impiden avanzar, ir más allá, Sócrates, Aristóteles, sabían de este principio, (cual no lastimar a tu semejante, ni buscarle mal) en sus palabras decía: -“ *Solo el ignorante hace el mal* ”-, basta esas palabras para saber a qué se refería, así que en mi perspectiva, lo simple, lo sencillo, es lo más fácil de entender quizá, pero, lo más difícil de aplicar, quizá por eso debemos de apelar a tantas y diversas situaciones, cientos y miles de códigos y procedimientos para una situación, cuando no vemos como buscar la forma de pre-verlo desde un principio, antes del delito y así formar una sociedad lo más apegado a la Paz entre cada uno de nuestros hermanos.

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL. GENERALIDADES

1.1 DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL.

Actualmente existen diversas denominaciones que se le han otorgado al Derecho Penal a través del transcurso cronológico de la historia y del devenir de los autores en esta importante materia por lo que mencionaré algunos de los más importantes.

Iniciaré citando al maestro MAGGIORE, que define el Derecho Penal como:

Conjunto de normas penales, cuanto a la ciencia del Derecho Penal, estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual.¹

FERNANDO CASTELLANOS El Derecho Penal es la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y medidas de

¹ Derecho penal, I, Ed.Themis, Bogotá, 1954, pag.3

seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y conservación del orden social.²

Analizando el concepto se tiene que el Derecho Penal es la rama del Derecho Público es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre el estado soberano y el particular gobernado por lo tanto el Derecho Penal pertenece al Derecho Público en razón de que la relación jurídica llamada materia que surge al cometerse un delito se establece entre el sujeto activo y el estado como soberano, y entre el supuesto responsable y el ofendido, puesto que el estado es titular del orden social y quien se encuentra facultado para seguir lo delitos lo cual conlleva a decir que tiene por finalidad perseguir a los responsables de los delitos y para imponer y aplicar las sanciones señaladas por la ley.

El Derecho tiene como finalidad, el encauzamiento de la conducta humana para hacer posible la vida en comunión, con nuestros semejantes, se podría decir entonces en términos más jurídicos, como el conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado.

² Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 19

Se ha dicho que el Derecho, no es sino la sistematización inspirada en ideas del más alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato: la paz y seguridad sociales.

La necesidad del derecho penal, esto como una breve introducción y preámbulo para entrar en tema posteriormente, los intereses que el derecho intenta proteger son de importancia incalculable, en palabras del Maestro Frenando Castellanos, menciona que de los intereses que estos intereses deben ser defendidos, la mayoría de ellos a toda costa (Órganos y Tejidos) por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social.

Para lograr este fin, el Estado está naturalmente, facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal que, por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

El derecho, como ya lo hemos descrito es el conjunto de normas que regulan a la colectividad por medio de su conducta.

La cual nos lleva hacia el acto, que como lo definió nuestro Lic. Gutiérrez Negrete Francisco perteneciente a la facultad de Derecho ULSAB, es:

“La manifestación de voluntad con la intención de crear consecuencias jurídicas”³

Leonel Pereznieto Castro nos describe tres puntos los cuales debemos tomar en cuenta para definir los Actos Jurídicos:⁴

- Manifestación de la Voluntad.
- Intención de producir consecuencias de derecho.
- Reconocimiento, por el ordenamiento jurídico, de dichas consecuencias jurídicas.

Para EUGENIO CUELLO CALON, autor de “Derecho Penal” lo define como el conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado y que determina los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.

³ Apuntes de Derecho.

⁴ Leonel Pereznieto, Introducción al Estudio del Derecho, 5 ed., pág. 100

De esta forma dichas normas son establecidas por el estado siendo esto el único titular del Derecho Penal y las normas jurídicas que lo constituyen se dirigen a todos los individuos sometidos a esta ley del estado.

Este autor señala que los elementos esenciales del Derecho Penal son el delito, la pena y las medidas de seguridad.

Para CELESTINO PORTE PETIT el Derecho Penal debe entenderse el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en su caso violación de las mismas normas.

Para CARRANCA Y TRUJILLO⁵ el Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante las cuales el estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes que regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.

Este autor señala que varias de las definiciones ofrecen tres vértices de coincidencia los cuales son: el Delito, La Pena y La Relación Jurídica entre ambos a virtud de la norma que asocia uno al otro.

⁵ Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal I, 8 Ed., pág. 8, Derecho Penal Mexicano I, 4 Ed., pág. 17

1.2 FUENTES PROPIAS DEL DERECHO PENAL.

Tomando como fuente la cita del maestro Fernando Castellanos, en lineamientos del tipo penal, nos hace mención que debe concluirse que fuente, como “Única”, de manera inmediata, directa y principal es la LEY.⁶

Las costumbres no pueden ser fuentes del Derecho Penal en ningún sistema de tipo liberal y menos en nuestro actual sistema, estableciendo y aterrizando la idea de la cual nuestro autor, se basa en al artículo 14 constitucional, párrafo tercero, donde cito:

Se prohíbe terminantemente de imponer pena alguna por simple analogía o aun por mayoría de razón si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; luego para la existencia de este delito, se requiere que la ley establezca.

⁶ Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 81

1.3 LA LEY COMO FUENTE ÚNICA.

La garantía de legalidad, dicen los tratadistas, se conquistó por primera vez en Inglaterra con la carta magna por Juan sin tierra en 1215, en donde se prohibió la imposición de penas sin previo juicio final, posteriormente tenemos a Cesar Bonnesana, escribió que solo las leyes pueden decretar las penas para los delitos y estos deben ser establecidos por el legislador, sin embargo no fue hasta 1789 Francia, donde a raíz de la revolución Francesa, se declararon los derechos del hombre y del ciudadano, posteriormente reconocido gradualmente por el mundo.

El derecho al castigar del Estado encuéntrase, pues, limitado por la Ley penal, fuente única del Derecho represivo, verdadera garantía para el delincuente, quien no puede verse sancionado por los actos de la Ley, de manera expresa, no haya previsto como delictuosos.

1.4 LOS DOGMAS PENALES.

Recorriendo las ideas liberales de estricta legalidad, las cuales constituyen verdaderas garantías para la persona humana, se han establecido los siguientes principios:

El clásico, *nullum crimen sine tipo, nulla pena sine lege, no hay crimen sin ley y tampoco hay pena sin ley*, de ahí que se derive que la pena solo puede aplicarse a consecuencia del delito y aquella y únicamente encuentran su origen en la ley.

Existen otros tales como:

Nemo iudex sine lege, lo que significa que ningún juez puede tener autoridad o jurisdicción no derivadas de la ley, y la otra que es *non bis in ídem*, nadie debe ser juzgado dos veces por el mismo delito.

1.5 LA TIPICIDAD PENAL.

Para desarrollar el siguiente punto comencare citando al maestro Beling, donde nos comenta que, no hay delito sin tipicidad⁷, de ahí que si la atipicidad es la adecuación del comportamiento voluntario del tipo, el encuadramiento de la conducta con la hipótesis prevista por el legislador, solo será delictuosa la acción típica, es decir, la coincidente formulada en abstracto por la ley (cabe señalar, que en este caso solamente si se integran los demás elementos del delito).

⁷ Lineamientos del Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, págs. 82 y 88

1.6 LAS FUENTES PENALES EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

La afirmación se cita en Lineamientos Elementales de Derecho Penal, por parte del maestro Fernando Castellanos, de que la Ley es fuente del Derecho Penal no debe interpretarse en el sentido (erróneo) de identificar la ley penal con el código penal, el cual sin duda alguna, constituye lo más importante y más rica ley penal, pero no la única⁸.

Realizando una pequeña remembranza como por ejemplo; leyes penales contenidas en ordenamientos diversos dentro de los cuales se encuentra los siguientes datos, todo esto relacionado como las fuentes penales del derecho positivo mexicano.

Código de 1931, pueden citarse, entre otra, Código de Justicia Militar; los artículos 667 al 740 de la ley de Vías Generales de Comunicación, el artículo 5º del Decreto de 31 de Diciembre de 1951 que adiciono la Ley Forestal vigente ...

⁸ Lineamientos del Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 149

Conforme a nuestra constitución Federal (Art. 14) nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El mismo precepto establece que, en materia criminal, la prohibición disponer pena alguna por simple analogía o aun por mayoría de razón, si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

El principio de legalidad plenamente reconocido y garantizado en el precepto constitucional citado, se complementa con la legalidad en la ejecución de las sanciones impuestas a los delincuentes por los jueces y por los tribunales.

CAPÍTULO II

TEMA: TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

SUBTEMAS: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD

ELEMENTOS OBJETIVOS:

A) LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

2.1 CONCEPTO DE CONDUCTA.

El delito es una conducta humana, y como tal es el primer elemento básico del delito. A este elemento del delito se le ha denominado: acto, acción, hecho, actividad, pero para el desarrollo de este trabajo le llamaremos conducta, pues con este término podemos comprender tanto su aspecto positivo, acción, como su aspecto negativo, omisión, siendo los dos constitutivos de un comportamiento humano.

La conducta es el elemento objetivo del delito que FERNANDO CASTELLANOS ha definido como comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito, en tanto que para el

jurisconsulto FRANZ VON LISZT, este elemento objetivo lo denominaba acción y se traducía en el movimiento corporal voluntario, positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

Solamente el hombre puede ser sujeto del elemento objetivo del delito llamado conducta, debido a que solo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad.

Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y esté encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

Siguiendo con la definición de FERNANDO CASTELLANOS, como la definición de LISZT, respecto de ese elemento del delito, la conducta o acción, tiene un factor rector que es la voluntad, es decir, para que exista este llamado elemento objetivo del delito es necesario que el comportamiento o movimiento corporal del agente o sujeto activo, obedezca siempre a una manifestación de la voluntad, solamente así podremos hablar de conducta o acción.

El tratadista HEGEL consideraba que la voluntad estaba compuesta de dos factores: el factor externo; que constituía el movimiento corporal voluntario, y el factor interno o de dirección que se traducía en lo que el sujeto quiere o pretende con su movimiento corporal voluntario.

Por último, mencionaremos que en el Derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: por acción y por omisión.

2.2 SUJETOS DE LA CONDUCTA.

Solo la conducta humana tiene relevancia para el derecho penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, por que únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Fernando Castellanos nos ilustra en este aspecto con ejemplos, donde en épocas que se consideraban como delincuentes a animales, obviamente la evolución, la ilustración del pensamiento, nos dieron sujetos de la conducta que verdaderamente deberían ser, que en este caso señalar a las personas como únicas, siempre y cuando tengan los elementos que en otro momento lo hemos descrito y señalado, la capacidad de querer y entender.

Los sujetos sobre quienes puede recaer la conducta pueden ser:

SUJETO PASIVO.- Es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma.

SUJETO OFENDIDO.- Es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.

SUJETO ACTIVO.- Es quien realiza la acción.

Normalmente, el sujeto pasivo y el ofendido es la misma persona, pero en el homicidio, el sujeto pasivo es el fallecido y los ofendidos los parientes.

2.3 PROBLEMA DE LAS PERSONAS MORALES.

Actualmente los pensamientos y su enfoque es único respecto de que solo las personas físicas pueden delinquir, mas el problema radica que si las personas morales o jurídicas son o no responsables ante el Derecho Penal.

Mientras que algunos autores están convencidos de la responsabilidad de las personas morales, otros la niegan.

El problema es que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito, y he aquí el punto, porque ésta al ser una persona moral, carece de voluntad propia, independientemente de los que representa, razón por la cual faltaría el elemento de la conducta, básico para la existencia del delito.

Claro hasta este punto sin embargo la ley debe de mantener un punto justo y equitativo característico del mismo, ya que no puede dejar impune a la persona moral, que cometa delitos, recayendo estos o afectando de manera ya sea directa o indirecta a personas físicas.

2.4 SUJETO PASIVO Y EL OFENDIDO.

El sujeto pasivo del delito, es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

2.5 ACCIÓN Y OMISIÓN.

Habiéndose definido el elemento conducta debemos decir que también existen diversas clases de ella, tales como la Acción, omisión y Comisión por Omisión.

ACCIÓN.- Se integra mediante la actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

La conducta de Acción se integra por un movimiento voluntario descrito en el tipo legal. En este tipo de delitos, se viola siempre una norma prohibitiva.

OMISIÓN.- Viene a ser una de las formas de la conducta. El delito de omisión presenta dos clases:

- a) Propio delito de omisión (puro delito de omisión, simple omisión, omisión verdadera), y
- b) Delito de omisión impropia o sea, el delito de comisión por omisión.

En los delitos de acción se viola una norma prohibitiva, mientras que en los delitos de omisión se viola una norma dispositiva.

COMISIÓN POR OMISIÓN.- Existe en delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

En los delitos de comisión por omisión hay una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva.

El delito de Comisión por Omisión es un delito de resultado, en el que al resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión; se habla de "Causalidad de la Omisión" aunque realmente la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión.

Los delitos de Comisión por Omisión consisten en realizar la Omisión con un resultado prohibido en la ley, esto es, producen un resultado material.

2.6 CAUSALIDAD DE LA ACCION LA ACCIÓN STRICTO SENSU.

La ACCIÓN en stricto sensu es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

Según CUELLO CALÓN, la Acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.⁹

Para EUGENIO FLORIAN, La Acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera y perceptible.¹⁰

Para EDUARDO LOPEZ BETANCOURT, la Acción en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la Voluntad del sujeto; esta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado.

⁹ Derecho Penal, t. I, pág. 271, 8ª. Ed., Barcelona, 1947

¹⁰ Parte General del Derecho Penal, t. I, 599, Habana, 1929

Para CELESTINO PORTE PETIT la Acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extra típico. Es por ello, que da lugar a un “tipo de prohibición”.

ELEMENTOS DE LA ACCIÓN STRICTO SENSU.

CELESTINO PORTE PETIT señala como elementos de la Acción una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.¹¹

La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y al resultado.

Para CUELLO CALÓN los elementos de la Acción son: un acto de voluntad y una actividad corporal.¹²

Según LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA estima que son tres: Manifestación de voluntad, Resultado y Relación de Causalidad.¹³

¹¹ Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 156

¹² Ibidem

¹³ Idem

Para EDMUNDO MEZGER en la acción se encuentran los siguientes elementos. Un querer del agente, un hacer del agente, y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.¹⁴

Para EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT los elementos de la acción son: Movimiento, Resultado y Relación de Causalidad.

Nos dice que la acción consiste en una actividad corporal, externa, y el derecho se ocupa solo de estos actos, en virtud de que los actos son puramente espirituales, los pensamientos, las ideas, etc., no son sancionadas penalmente, por estar fuera del Derecho Positivo.

El Resultado alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, lo que la ley considera decisivo para la realización del delito.

En la conducta debe establecerse la Relación de Causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es, debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta.

¹⁴ Idem

2.7 CAUSALIDAD DE LA OMISIÓN.

La OMISIÓN radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción.

Para SEBASTIAN SOLER, la mera abstención causal se transforma en omisión causal y punible cuando el acto que hubiera evitado el resultado era jurídicamente exigible, este deber de obrar subsiste en 3 casos:

- Cuando emana de un precepto jurídico específico.
- Si existe una obligación especialmente contraída a ese fin.
- Cuando un acto precedente impone esa obligación.¹⁵

Según CUELLO CALÓN la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

Para EUSEBIO GÓMEZ son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen como base

¹⁵ Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 161

determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.

Para EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT la omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad; para que esta omisión le interese al Derecho Penal debe existir el deber jurídico de hacer algo.

Según CELESTINO PORTE PETIT la omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un “tipo de mandamiento” o “de imposición”.

ELEMENTOS DE LA OMISIÓN.

Como en la Acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actual; en consecuencia los elementos de la omisión son:

- a) VOLUNTAD (también en los delitos de olvido, pues como dijimos, en ellos se aprecia, a nuestro juicio, el factor volitivo);

- b) INACTIVIDAD. La voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el Derecho.

Los dos elementos mencionados (voluntad e inactividad) aparecen tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión, mas en esta emergen otros dos factores, a saber: Un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

CUELLO CALÓN expresa que concurren tres elementos: a) un acto de voluntad; b) una conducta inactiva; y c) un deber jurídico de obrar.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA señala tres elementos: a) Manifestación de Voluntad; b) Resultado, y; c) Relación Causal entre ambos.

EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT manifiesta que la omisión tiene cuatro elementos a saber:

- a) Manifestación de la Voluntad;
- b) Una conducta pasiva (inactividad);
- c) Deber jurídico de Obrar;
- d) Resultado Típico jurídico.

La no realización de la conducta, debe ser así, voluntaria y no coaccionada y el sujeto produce el resultado con su inactividad, teniendo el deber jurídico de obrar.

ELEMENTOS DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN.

Para EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT los elementos de la Comisión por Omisión son cuatro a saber:

- a) Manifestación de la Voluntad;
- b) Conducta Pasiva (inactividad);
- c) Deber Jurídico de Obrar;
- d) Resultado Típico Material.

Aquí no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

En la Comisión por Omisión la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la Omisión Simple, en un no obrar teniendo la obligación de hacerlo pero violándose no sólo la norma preceptiva sino también, una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.

2.8 AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta es el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito.

La ausencia de la conducta es uno de los aspectos impeditivos para la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. La conducta es el soporte natural del ilícito penal.

B) TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

2.9 TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

Es el encuadramiento de la de una conducta con la descripción hecha en la ley;¹⁶ la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Esto conforme al encuadramiento del Maestro Fernando castellanos, sin embargo la definición de P. Pettit, que parte del latín, *nullum crimen sine tipo*, que es la adecuación de la conducta al tipo, es decir; no hay crimen si no hay un tipo.

De ahí se parte hacia la originalidad del sistema penitenciario que tanto se aclama en estos días, No hay crimen, si no encaja anteriormente en un tipo, que su conducta este establecida, en lo cual para esto , sería el código penal federal, actual, que posteriormente enfatizare, su tipicidad del delito del cual es materia esta tesis , lo pondré de otra manera si no hay conducta, no hay tipo, no hay tipo, menos antijurídica, inimputable y por

¹⁶ Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 168

tanto inculpable, creo que eso queda bastante claro y firme, sin embargo si la tipicidad no está especificada, quedaría libre del brazo de la ley que mantendría firme, como por ejemplo, la punibilidad en el trafico del órganos, en materia federal.

Para Javier Alba Muñoz, lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en el.¹⁷

2.10 IDEA GENERAL DEL TIPO Y LA TIPICIDAD.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal Artículo 14.

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata, por lo cual significa que no existe delito si tipicidad.

¹⁷ Apuntes de Derecho Penal.

En estos casos el maestro Fernando Castellanos nos comenta enfáticamente, que no debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa.

Por lo que se podría decir que la tipicidad: Es el encuadramiento de una conducta, con la descripción hecha por la ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

El tipo es para otros autores, Celestino Porte Petit, la define como: la adecuación de la conducta al tipo, que en otras palabras sería, *nullum crimen sine tipo*.¹⁸

Javier Alba Muñoz, lo considera como la descripción legal de la conducta y del resultado y por consiguiente, la acción y resultado quedan comprendidos en el.

2.11 TIPICIDAD.

Respecto a la tipicidad como tal, existe si hay una conducta previamente, a falta de una conducta, no hay tipo. Como a través de la carrera varios licenciados nos hicieron énfasis en la importancia de la

¹⁸ Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 37

conducta y el correcto entendimiento de lo que es una conducta, sobre todo en el ámbito de la amplia materia penal.

2.12 FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD.

El maestro Fernando castellanos en “lineamientos elementales de derecho penal”, conforma una serie de argumentos partiendo de *nullum crimen sine lege, nullum crime sine tipo*,¹⁹ donde reafirma la postura de otros , autores donde la tipicidad no es una pieza técnica , es como la secuela del principio legalista una garantía de la libertad.

2.13 CLASIFICACION DE LOS TIPOS.

Primeramente tenemos a los:

- a) Normales y Anormales; En esta clasificación si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, nos encontramos con la clasificación del tipo normal, si se establece o se hace necesario establecer una valoración , ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal; ejemplo de esto el homicidio es normal, mientras que el estupro es anormal. La diferencia ante la cual nos encontramos

¹⁹ Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 170

es que mientras el primero contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe situaciones valoradas y subjetivas.

b) Fundamentales o Básicos; El primero va referido a la naturaleza del bien jurídico tutelado, es decir, que el concepto de un delito forja una categoría común, capaz este de servir como título o rubrica a cada grupo de tipos. ejemplo, delitos contra el honor, contra el patrimonio etc., por el otro lado los básicos integran la espina dorsal en palabras del profesor Mariano Jiménez Huerta ,esta aseveración por parte del profesor, es dada a que por ejemplo el delito de Homicidio, lamentablemente es un acto (delito) que de manera reiterada acuña con sus reiterados actos a través de la historia penal en México , que se tiene como básico en el código, para efectos de esta Tesis, en el código penal federal, respetando las respectivas competencias acorde al 73 de la constitución.

c) Especiales; Van referidos a la formación por el tipo fundamental y otros requisitos , cuya nueva existencia , comenta Jiménez de Asúa, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial .

- d) Complementados; Se integran con el fundamento y una circunstancia o peculiaridad distinta, una diferencia entre complementados y especiales, es que en los especiales excluyen la aplicación del tipo básico, y los complementados presuponen su presencia, cabe señalar que los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad.

- e) Autónomos e independientes: Son los que tienen vida propia sin depender de otro tipo (robo simple).

- f) Subordinados; Dependen de otro tipo, por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico.

- g) De formulación Casuística; Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito, de aquí que se clasifiquen en alternativamente formados y acumulativamente formados, en los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma de cualquiera de ellas, de esta manera para la tipificación del adulterio precisa su realización en el domicilio conyugal o con escándalo, en los acumulativos se requiere el concurso de todas las hipótesis.

- h) De formulación Amplia; A diferencia del los de formulación casuística, en los de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento, en el robo.

- i) De daño y de peligro; Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución el tipo se clasifica como daño (homicidio, fraude), de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad, de ser dañado.

2.14 AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD.

Cuando no se encuentran reunidos todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. Por lo tanto la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, no podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, delibera da o inadvertidamente, no depende la conducta que, según el sentido general, debería ser incluida en el catalogo de los delitos (por ejemplo el delito del adulterio); y la segunda, surge cuando existe tipo, pero la conducta dada no se amolda a el, como en

el caso de la copula con persona mayor de 16 años, obteniendo su consentimiento mediante engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro, que la persona sea menor de 16 años.

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

C) ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA

2.15 IDEA GENERAL Y SU AUSENCIA.

2.15.1 CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD.

Como la Antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a Derecho.

Para CUELLO CALÓN la Antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el derecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada.

Para CARLOS BINDING el Delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal.

DOCTRINAS RELACIONADAS CON LA ANTIJURIDICIDAD.

a) CARLOS BINDING, “descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro?, está de acuerdo con el tipo penal de homicidio. No se vulnera la ley, pero si se quebranta algo esencial para convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: no matarás. Si se mata o se roba se quebranta la norma, más no la ley. Por eso BINDING decía: la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe”.

b) MAX ERNESTO MAYER, “dice la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico; para él la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos”.

Si consideramos que lo antijurídico aparece aún cuando no se contradigan las normas, no serán aceradas las tesis de BINDING y MAYER; como por ejemplo si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley anti-religiosa en un pueblo eminentemente creyente) o una ley que proviniera el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatoria de las normas de cultura.

Por eso y sobre todo la concepción de MAYER, en donde la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuridicidad no es sino oposición objetiva al Derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole las normas; puede haber actos formalmente antijurídicos, que como vimos, no infringen los valores colectivos.

Lo que ocurre en realidad, es que BINDING y MAYER presintieron el doble contenido de la antijuridicidad: formal y material. Esto no significa que se admitan dos antijuridicidades, una de forma y otra de fondo.

Lo antijurídico entraña un juicio unitario, pero nada impide percibir dos aspectos, por eso JIMÉNEZ HUERTA, señala que “sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un

juicio des valorativo sobre una conducta”, pero expresa el mismo jurista, que no es suficiente tal contradicción para integrar la esencia del acto antijurídico, “lo que contradice dicho orden ha de representar una sustancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico”.

2.15.2 CLASES DE ANTIJURICIDAD.

La antijuridicidad constituye un concepto único, sin embargo, LISZT elabora una doctrina dualista acerca de ésta; distinguió entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

“FRANZ VON LISZT señala que un acto será FORMALMENTE ANTIJURÍDICO cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado, y MATERIALMENTE ANTIJURIDICO en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos”, de acuerdo a lo anterior la antijuridicidad se puede dualizar de la siguiente manera:

A) ANTIJURIDICIDAD FORMAL.- Constituye la contradicción de la conducta típica con la norma, es la acción que viola una norma, un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico.

B) ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.- Existe cuando se viola los intereses de la colectividad.

Se afirma pues además que en la antijuridicidad existe un doble aspecto; la rebeldía en contra de la norma jurídica que se traduce en la antijuridicidad formal y el daño o el perjuicio social que es causado por dicha rebeldía que se traduce en la antijuridicidad material.

2.15.3 BREVE ANALISIS DE LA AUSENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y, sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Por lo tanto, las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

Esto se traduce en que toda conducta típica amparada por una causa de justificación se justifica y consecuentemente resulta lícita, por lo que podemos decir que las causas de justificación provocan la licitud de una conducta típica.

Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren siempre al hecho y nunca al sujeto; ya que atañen a la realización externa.

Por lo que siguiendo la teoría formalista de MEZGUER podemos decir que la conducta típica que es beneficiada con la causa de exclusión del injusto, no es antijurídica, de igual manera no es antijurídica una acción que no es desde un principio típica, ya que se estima que en tales casos no exista una lesión corporal, un homicidio, o en su caso una privación de la libertad, que pudieran considerarse antijurídicos, y que a consecuencia de la causa de exclusión del injusto haya convertido en legítimos.

Por lo que el injusto puede faltar al hecho si éste tiene, desde un principio una característica que suprime el injusto, lo que MEZGER señala como “Principio de la ausencia del injusto”, el cual adquiere significación en los siguientes casos:

2.15.4 EXCLUYENTES SUPRALEGALES.

A las eximentes de responsabilidad no expresamente señaladas en la Ley se llaman “supra legales”, que son aquellas que la doctrina designa

como causas impeditivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica.

La enumeración expresa de las causas excluyentes de responsabilidad en las leyes no tiene carácter limitativo; antes bien, es puramente enunciativa. Todas aquellas causas que impidan la aparición de alguno de los elementos del delito evitarán su configuración. Sólo tratándose de las justificantes no puede hablarse de causas supra legales.

ASPECTOS NEGATIVOS: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las condiciones que son capaces de eliminar lo antijurídico a una conducta típica son las causas de justificación y representan un aspecto negativo del delito ya que en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito: la antijuridicidad.

Debido al doble carácter de la antijuridicidad (material y formal) ésta solo puede desaparecer por una declaración expresa del legislador, por eso el Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistirían, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no puede salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Por eso para

EDMUNDO MEZGER la exclusión de la antijuridicidad se funda, en dos aspectos:

- a) LA AUSENCIA DE INTERÉS.- Ocasionalmente, el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces si es válido el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos, por tal motivo resulta idóneo excluir la antijuridicidad. En estos casos se encuentra ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

Hay que reconocer que, en la mayoría de los casos, el consentimiento válido hace desaparecer incluso la tipicidad, puesto que al amparar el libre ejercicio de una facultad de disposición personal o patrimonial no deja de apuntarse en el tipo mismo el elemento de violencia, de fraude o de abuso de confianza que constituyen la razón de ser de la prohibición legal; sin embargo, no faltan los casos en que el carácter de atentado o la falta de consentimiento quizá se da por supuesto y no se menciona en el tipo violación de correspondencia, privación transitoria de la libertad, daño de propiedad ajena, siendo por ello conveniente anotar, como noción general, la naturaleza de esta excluyente y las formas en que actúa.

Cabe señalar hacer una referencia conforme al Código del Estado, para ejemplificar más este punto.

El ARTÍCULO 33 fracción IV del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, establece: “El delito se excluye cuando: ... IV.- Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que puedan disponer lícitamente los particulares;...”

b) EN FUNCIÓN DEL INTERÉS PREPONDERANTE.- Se presenta cuando existen dos intereses incompatibles, el derecho, ante la imposibilidad de que ambos sean salvados, opta por el de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. En esto se basa el fundamento de las siguientes justificantes:

- a) Legítima Defensa;
- b) Estado de Necesidad y;
- c) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

Como ya hemos dicho las causas de justificación recae en la acción realizada, por esto tienen como características que:

1.- SON OBJETIVAS, se refieren al hecho, recaen sobre la acción realizada, se ocupan de la exteriorización de la acción.

2.- SON REALES, esta se refiere a los actos que favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfecta jurídica, acorde con el derecho.

3.- SON PERSONALES, si bien no dan lugar a incriminación, es decir que su conducta se encuentra protegida por una causa de justificación y por lo tanto esta conforme a derecho.

2.15.5 LEGÍTIMA DEFENSA. CONCEPTO.

Es uno de los aspectos negativos de la antijuridicidad en donde el Estado otorga al particular el derecho de repeler el peligro inminente que representa tanto a sus bienes como a su persona constituyendo una licitud de esa conducta, en virtud de que el Estado no puede brindar la protección mínima.

En esta figura tenemos dos situaciones: primero, que es la amenaza inminente de un bien tutelado por la ley y el segundo, que es el reconocimiento de esa propia norma jurídica de permitir al ofendido su

defensa obligado al actuar contra el peligro de la ofensa injusta, esto es, el ataque o agresión a cualquier bien jurídico tutelado, propio o ajeno.

Para CUELLO CALÓN es legítima defensa, la necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.

Según FRANZ VON LISZT, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho mediante una agresión contra el atacante.

Para JIMÉNEZ DE AZÚA la legítima defensa es la repulsa de la agresión ilegítima actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla.

Por lo tanto Legítima Defensa es la repulsa de una agresión antijurídica actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor sin traspasar la medida que es necesaria para su protección.

El artículo 33 de nuestro CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, nos dice en su fracción V lo que es la legítima defensa:

“Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

V.- Se obre en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla.”

ELEMENTOS.

- Una agresión injusta y actual

-Un peligro inminente derivado de la agresión sobre bienes jurídicamente tutelados

-La repulsa de dicha agresión

Por *agresión* debe entenderse como, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos, esto es, la posibilidad de un daño que tiene que ser de orden real para producir una lesión a los intereses jurídicos protegidos por la ley.

Inminente es en el momento que sea presente o muy próximo a causar daño por lo que inminente significa “lo cercano a”.

Por último *repeler*, significa evitar o rechazar por cualquier medio una acción de un tercero.

CLASIFICACIÓN.

Podríamos hablar de diferentes clases de LEGÍTIMA DEFENSA, en tal sentido ubicamos a las siguientes:

- a) LEGÍTIMA DEFENSA PROPIA: Se alude a la que se ejercen estricta defensa de bienes jurídicos propios. Por ejemplo: el transeúnte que es víctima de robo y está siendo amagado con un arma de fuego y al tratar de defenderse inicia una lucha con su agresor logrando derribarlo al suelo, lo cual ocasiona que el asaltante accione el arma de fuego y se provoque la muerte.

- b) LEGÍTIMA DEFENSA IMPROPIA: Aquí se alude al hecho de causar un daño a quien por cualquier medio, sin derecho, trate de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, el cual no es propiedad

de quien ejerce la legítima defensa, pero que tiene la obligación de defender.

c) LEGÍTIMA DEFENSA PRESUNTIVA: la ley establece en algunos casos los supuestos bajo los cuales resulta factible suponer *juris tantum*, que puede ejercerse la legítima defensa en atención a las circunstancias presentes. Por ejemplo: cuando se causa un daño a quien encuentra en su hogar a una persona en circunstancias tales que revelan la probabilidad de una agresión.

d) LEGÍTIMA DEFENSA DERIVADA DE LA CALIDAD DE GARANTE: La propia ley establece la calidad de garante a ciertos sujetos, en el sentido de una obligación de resguardar determinados bienes jurídicos, en tal sentido la respuesta a la agresión más que atender a una respuesta derivada de los buenos sentimientos de solidaridad por parte del agente para defender determinados bienes jurídicos, deriva del carácter y la relación que guarda con respecto del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

2.15.6 PRESUNCIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA.

“Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

Las PRESUNCIONES DE LEGÍTIMA DEFENSA son *juris tantum*, es decir pueden admitir prueba en contrario; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho y, por ende, será al Ministerio Público (Órgano encargado de la persecución de los delitos) a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos necesarios para demostrar que el inculpado no obró en legítima defensa.

2.15.7 EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Tenemos el exceso en la legítima defensa, con esto, me refiero a la intensificación necesaria de la acción inicialmente justificada, es decir, cuando se traspasa lo necesariamente para repeler una agresión, ya sea

porque los daños de la conducta del agresor eran reparables por los medios legales permitidos o porque podían evitarse por estos medios.

El maestro Soler llama exceso a, la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada.

No debe existir norma jurídica que obligue al sujeto a soportar las consecuencias jurídicas de una acción determinada. En conclusión, si no hay agresión o una presunta agresión no hay legítima defensa ya que ésta protege la posibilidad de que dañen los bienes jurídicamente protegidos.

PROBLEMÁTICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Son cuestiones que constituyen confusión por falta de uniformidad de criterios al respecto, las situaciones que con relativa frecuencia se presentan son:

- a) RIÑA Y LEGÍTIMA DEFENSA: La riña es la contienda entre dos o más personas, pero tiene que ser de obra, no de palabra, la riña es una contienda que ambos sujetos se hallan en igualdad de circunstancias y los protagonistas se colocan al margen de la ley al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias, y por lo mismo

las dos actitudes son antijurídicas, a diferencia de la legítima defensa, en la cual hay agresor y un agredido, y requiere para su existencia de una conducta lícita, frente a una injusta agresión: de ahí que la riña excluya la defensa legítima.

b) LEGÍTIMA DEFENSA CONTRA EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA

DEFENSA: No puede presentarse dicha figura jurídica, debido a que la ley, entre los requisitos señalados para integrarla, exige que no haya habido provocación, y en esta hipótesis si la hay. Por otra parte la fundamentación de la legítima defensa impida la existencia de un círculo vicioso.

c) LEGÍTIMA DEFENSA RECÍPROCA: No es admisible que cada sujeto

realice dos figuras de legítima defensa, de manera paralela en una misma conducta, quien injustamente acomete sobre otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agresor contraataca; su acto consistiría en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijurídica.

d) LEGÍTIMA DEFENSA DEL INIMPUTABLE: Es admisible la defensa

legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente, pues su conducta debe de ser valorada

objetivamente y dársele, en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se repele.

e) LEGÍTIMA DEFENSA CONTRA INIMPUTABLES: Si procede la legítima defensa contra inimputables aún cuando la conducta del inimputable jamás es culpable por faltarle las capacidades de conocimiento y voluntad, pues el agredido no tiene obligación de cerciorarse de la edad o padecimiento mental que tenga su agresor, por lo cual actuara conforme a la tutela de esta circunstancia que exime la antijuridicidad, además se debe de tener presente que la naturaleza de esta figura es objetiva.

2.15.8 ESTADO DE NECESIDAD (CONCEPTO).

Generalmente, se admite con FRANZ VON LISZT, que “el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos”.

Ha sido reconocido desde hace siglos bajo la fórmula de *necessitas legem non habet*, el clásico ejemplo del estado de necesidad que impulsa a una persona a lesionar el bien jurídico de otro, es el de los dos naufragos

sostenidos en una tabla, la cual sólo podrá sostener el peso de uno, por tanto se genera una lucha entre ambos privando de la vida a uno de ellos a fin de poder sobrevivir el otro.

Surge cuando al existir un peligro actual o inminente para bienes o intereses jurídicamente tutelados y ante la imposibilidad de existencia de ambos bienes, el Estado autoriza la salvación de uno de ellos, mediante la realización de un daño en la persona o bienes de otro de menor o igual valor siempre que no exista otro medio más práctico y menos perjudicial y se encuentra establecido en la FRACCIÓN VI del ARTÍCULO 33 DEL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, el cual a la letra dice:

El delito se excluye cuando:

VI.- En situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro y
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

ELEMENTOS:

- a) UNA SITUACIÓN DE PELIGRO, REAL, ACTUAL O INMINENTE, como lo dice dicha disposición. Por peligro debemos de entender la posibilidad de que un bien jurídico preponderante reciba la lesión o la posibilidad de que reciba un daño, el peligro debe de ser actual, es decir en un momento presente o bien, de dicho peligro se vea venir.
- b) QUE ESE PELIGRO NO HAYA SIDO OCASIONADO INTENCIONALMENTE POR EL AGENTE, es decir no debe ser creado dolosamente por ninguno de los participantes, este puede ser surgido por terceras personas ajenas a cuestiones fenomenológicas o que sea creado culposamente.
- c) QUE LA AMENAZA RECAIGA SOBRE CUALQUIER BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO (propio o ajeno) y
- d) Por último, QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL PARA ELIMINAR EL PELIGRO.

DIFERENCIAS ENTRE LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD.

En el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente y en la legítima defensa se afectan bienes jurídicos de un injusto agresor.

En la legítima defensa hay agresión y se crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (agresión) y otro lícito (la reacción, contraataque o defensa). Mientras en el estado de necesidad hay ausencia de agresión y no existe una lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

En la legítima defensa existe un ataque o repulsa, se habla de la defensa de uno de ellos donde debe de eliminar el peligro que pone el uno al otro, en tanto que el estado de necesidad surge por cuestiones fenomenológicas y por terceros o por los participantes en forma culposa.

En el estado de necesidad ninguno de los sujetos crea el peligro, mientras que en la legítima defensa uno de ellos crea el peligro.

CASOS ESPECÍFICOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

EL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL, además de la forma genérica que contempla el estado de necesidad, regula dos específicos: EL ABORTO TERAPÉUTICO Y EL ROBO DE FAMILICO.

- a) ABORTO TERAPÉUTICO: Este es también llamado aborto necesario, de acuerdo al ARTÍCULO 334 del Código en mención, consiste en lo siguiente:

“No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora”.

Se trata de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la vida de la madre y la vida del ser en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía, en tal caso, el estado de necesidad ocurre en función de sacrificar un bien (la vida del producto de la concepción) para salvar otro, que es la vida de la madre, quien corre peligro. Para algunos, este caso plantea dos bienes jurídicos de jerarquía diversa, de modo que es mayor la vida de la madre que la del producto; para otros, ambos bienes son de idéntica valía, y para otros más es bien superior es la vida del producto.

Algunos consideran que dicha hipótesis pertenece al aspecto negativo de la punibilidad, representado por las excusas absolutorias.

b) EL ROBO DE FAMÉLICO: También llamado robo de indigente, de acuerdo al ARTÍCULO 379 DEL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL, señala lo siguiente:

“No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento”.

Se trata del robo de cosas que puedan satisfacer alguna necesidad apremiante, no sólo de alimentos, sino también objetos que resulten indispensables en un momento dado para salvar un bien jurídicamente tutelado, como medicamentos, agua, oxígeno, ropas e incluso dinero.

Existen divisiones de opiniones con respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del robo de famélico, unos opinan que se trata de una excusa absolutoria, para otros constituye una justificante por estado de necesidad.

***CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.
CONCEPTO.***

Se encuentra contemplado como una causa de justificación atendiendo a que en esta especie, el Estado emite reglas específicas de participación de algunas personas en contiendas o acciones que producen un enfrentamientos entre dos o varias personas justificándose en forma

jurídicamente formal de que existe un interés Preponderante de la sociedad para autorizar:

Las lesiones o el homicidio que pueda derivar de un evento deportivo como el boxeo por ejemplo, así mismo las lesiones y el homicidio como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos.

Ya no es excluyente de las lesiones que surjan de un derecho de los padres o de quien ejerce la tutela para corregir a los hijos o quién esté bajo esa tutela, por el contrario el causar lesiones a los menores o pupilos bajo la guarda de quien tenga la patria potestad o la tutela, además de las penas correspondientes por lesiones se le suspenderá y privará del ejercicio de estos derechos.

Del mismo modo encontramos dicha causa de justificación en nuestro CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO en el multicitado numeral que a la letra dice lo siguiente:

Artículo 33.- el delito se excluye cuando:

III.- Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Formalmente se dice que es una causa de justificación mientras que Materialmente no está justificada porque hay hechos, daños y lesiones.

El estado justifica por el Interés Preponderante Social, porque se pretende controlar los delitos en la sociedad. Se autoriza a producir lesiones de orden leve, es decir que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar más de 15 días pro que no traigan ninguna secuela en la víctima y levísimo, esto es que no se ponga en peligro la vida y tarden en sanar menos de 15 días.

CASOS DE LAS JUSTIFICACIONES POR DERECHO O POR DEBER.

Existen hipótesis (derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas, LAS LESIONES Y EL HOMICIDIO COMETIDOS EN LOS DEPORTES O COMO CONSECUENCIA DE TRATAMIENTOS MÉDICO-QUIRÚRGICOS Y UN TIPO DE LESIONES INFERIDAS CON MOTIVO DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE CORREGIR, a continuación se desarrollaran más ampliamente.

- a) HOMICIDIO Y LESIONES EN LOS DEPORTES: Existen ciertas clases de deportes como la natación, la equitación, que se realizan sin necesidad de entablar una lucha o contienda violenta entre

varios participantes para la obtención del triunfo; es claro que si el deportista resulta lesionado, no puede existir problema de incriminación, por ser las lesiones causales o deberse exclusivamente a la propia imprudencia del perjudicado.

Otro grupo de deportes como la esgrima, el polo, el foot ball, se desarrollan entre dos o más personas o equipos que, por medio de la habilidad física y conforme a ciertas reglas, luchan violentamente por vencer al contrario, en estos deportes los contendientes tratan de obtener el triunfo, no de lesionar, pero como el riesgo de lesiones es muy grande porque supone dentro del juego el ejercicio de la violencia, la solución para estas lesiones inferidas en estas actividades, se debe de encontrar en la ausencia del elemento moral; en efecto cuando los jugadores, sin intención de lesionar, sin contravenir imprudentemente las reglas del juego, lesionan a otro participante, no pueden ser imputados como autores del delito por no haber obrado intencional o imprudentemente.

Por último, algunos otros deportes, como la lucha libre, el boxeo, las artes marciales, se realiza en la misma forma violenta , pero dentro de la finalidad del juego está la de que uno de los contendientes lesione consciente y voluntariamente a su adversario; a un luchador, boxeador, un Arte Marcialista(en donde figuran muchas rupturas , lesión consideradas

graves en nuestro actual código y penal, sin embargo, esto está justificado ya que, es un deporte de contacto, por ende se entiende que puede haber lesiones, sin embargo en la actualidad, se prevé que los contrincantes, al igual que el judo no causen lesiones, solo se prevé), le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, solo podemos fundar la justificación en la ausencia de la antijuridicidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales. Se trata pues de una verdadera justificación, los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado.

b) LESIONES INFERIDAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CORREGIR: EL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL, reglamentaba que las lesiones inferidas por quienes ejercieran la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corregir, no serían punibles si de las (que tarden en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida), y además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. Funcionaba como causa de justificación.

El CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, impone a quienes ejercen la patria potestad o la tutela, la obligación de educar y corregir a sus hijos o pupilos, la reforma derogó el precepto, por lo que de conformidad con la ley, ya no es excluyente de responsabilidad, a pretexto del ejercicio del derecho de corregir, lesionar a los niños; antes bien dispone: “Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos”.

c) LESIONES CONSECUTIVAS DE TRATAMIENTOS MÉDICO-QUIRÚRGICOS: las lesiones causadas con motivo de intervenciones médico-quirúrgicas, se han sostenido diferentes criterios. Algunos las justifican por el consentimiento del paciente o de su familia, El argumento es inatendible, por el Derecho Penal de interés público y por lo mismo el consentimiento de la víctima o de sus representantes es irrelevante salvo tratándose de los llamados delitos de querrela necesaria, entre los cuales no figura el de lesiones.

Para tener un delito como intencional, es suficiente que el sujeto activo se proponga producir la lesión, se dice que esas lesiones se causan

en el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, criterio insostenible, porque entonces no quedarían amparadas por la justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, al auxiliar a sus semejantes practicando

Muy comúnmente, es aceptado como antijurídico lo contrario a derecho. El concepto de antijurídicas presupone siempre un juicio de valor, es decir, una estimación de oposición existente entre la conducta realizada y una norma jurídico-penal.

Este juicio de valor debe ser siempre objetivo, ya que atiende solo a la conducta en su fase externa, pero nunca en su proceso psicológico-causal, debido a que esto corresponde a la culpabilidad.

2.16 DEFINICIÓN.

Para este tema, me apoyare en la definición en diferentes autores, los cuales comparten una idea de la antijuricidad, por simple lógica es difícil emplear termino positivo, si la misma definición del término es anti (contra, sinónimo de negatividad) pero profundicemos en los diferentes términos y reflexiones acerca de este tema que a continuación expondré:

Cuello Calón, menciona que la antijuricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal.²⁰

Carlos Binding, nos comenta que el delito, no es contrario a la ley, sino mas bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley Penal.²¹

Para Ernesto Mayer, el concretiza la antijuricidad. Dice que la antijuricidad es la contradicción las normas de culturas reconocidas por el Estado. En esta definición, para él la norma cultural comprende costumbres, valores medias, sentimientos patrios, religiosos etc...²²

Estas son algunas de las variadas aportaciones que se pueden encontrar, en el derecho penal, en lo referente a la antijuricidad.

2.17 ANTIJURICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

Describiendo la antijuricidad tenemos a Franz Von Liszt, el cual ha elaborado una doctrina dualista de la antijuricidad.

²⁰ Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 178

²¹ Jiménez de Asua, La Ley y el Delito, pág. 338, Ediciones A. Bello, Caracas, 1945

²² Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 810

El acto será formalmente antijurídico cuando implique una trasgresión a una norma establecida por el estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

En otra opinión, para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuricidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuricidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.

2.18 AUSENCIA DE LA ANTIJURICIDAD.

En la ausencia de la antijuricidad, puede ocurrir que la conducta típica este en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen un elemento negativo de la antijuricidad, en un ejemplo, la esencia de la antijuricidad existe en un caso de legítima defensa, para ejemplificarla, la libre imaginación es el límite.

CAPÍTULO III

TEORÍA DEL DELITO. (ELEMENTOS SUBJETIVOS) **SUBTEMAS: IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD**

A) IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.1 CONTENIDO DE LA CULPABILIDAD.

De manera textual como hace mención el maestro CASTELLANOS en la cual nos refiere que para que una persona sea culpable de un delito previamente debe haber imputabilidad, sin embargo previo a eso es necesario que tenga la capacidad de querer y entender.²³

Por otro lado tenemos al penalista MAYER menciona que la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor de valor los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento.

Según CARRANCA Y TRUJILLO, todo aquel que posea, al tiempo de acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminante por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en la sociedad humana.²⁴

²³ Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 217

²⁴ Derecho Penal Mexicano, t.I, pág. 222, 4 Ed., 1955

Por otro lado tenemos a SOLER establece que la imputabilidad está determinada por un mínimo de condiciones, siempre que de ella resulte que el sujeto haya tenido conciencia de la criminalidad de su acto y facultad de dirigir sus acciones.

Entonces la imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente.

En la imputabilidad surgen dos límites mínimos, los cuales se consideran necesarios para su existencia de esta:

1.- LÍMITE FÍSICO, es decir, una edad mínima en la que el sujeto alcanza un determinado desarrollo, alcanza el psíquico suficiente para podersele considerar imputable, es decir, imputable a una persona mayor de 18 años, ya que en el momento de cometer la conducta delictiva, tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito y de determinar la razón de esa comprensión.

2.-UN LÍMITE PSÍQUICO, o sea, la capacidad de “entender y querer” dentro de la cual se subdivide en dos aspectos: la salud y desarrollos mentales.

Por otra parte tendríamos que aclarar que la capacidad de “entender” se le considera en el plano intelectual o de comprensión, es decir, es la posibilidad de conocer, comprender y discernir los motivos de la propia conducta y por lo tanto de apreciar el mundo exterior. La capacidad de querer es la posibilidad de determinarse basándose en motivos conocidos, esta capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión es la facultad o aptitud de regirse o auto determinarse, o auto controlarse para que así el

sujeto sea plenamente imputable, esto es, el sujeto al contar con esa capacidad decidirá si realiza o no el hecho penalmente relevante, y es cuando el agente exterioriza su voluntad es porque sabe y conoce por ende las consecuencias de su actuar, en la sociedad.

Un sujeto que ha sido calificado como imputable es un sujeto que se encuentra sano mentalmente, por lo cual tiene conciencia y puede relacionarse con el mundo exterior.

Retroalimentando, para que se dé un delito, primeramente tiene que haber una conducta, que posteriormente sea típica, antijurídica, imputable y posteriormente culpable, que es lo que vamos a continuación a explicar tomando a las referencias que encontramos en el libro de Fernando Castellanos...

La conducta será delictuosa no solo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable, para que sea culpable la conducta (en palabras de Cuello Calón), cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.

Porte Petit, define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.²⁵

3.2 LA IMPUTABILIDAD.

Para ser culpable un sujeto, previamente tendrá que ser imputable, Castellanos, nos presenta una serie de argumentos los cuales, giran en

²⁵ Lineamientos de Derecho Penal, XXXIX, Ed. Porrúa, pág. 217

torno al conocimiento y la voluntad, que deben existir en la culpabilidad, es decir, para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe querer y entender el acto, de determinarse y definirse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad, por esto la imputabilidad (tema que nos interesa en este capítulo) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente, es decir, que la imputabilidad es pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

3.3 LA RESPONSABILIDAD.

Es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica, que los imposibilite para entender y querer, es decir, que deben de contar con el mínimo de inteligencia exigido por la ley para ser estas personas sujetos de delito.

Lo anterior, debido a que el termino responsabilidad se usa entre otras acepciones para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a derecho, si obro culpablemente, el fallo judicial suele concluir con la siguiente declaración:... teniendo al

acusado como penalmente responsable del delito que motivo el proceso y señalado como la pena respectiva.

En este orden de ideas de la responsabilidad resulta, una relación entre el sujeto y el estado, según la cual el estado, según la cual el estado declara que el sujeto obra culpablemente y se hizo merecedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

3.4 FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD.

Uno de los mayores retos que se han visto la mayoría de los jueces en los juicios llevados a cabo de la historia, ha sido creo, la culpabilidad del hombre y su responsabilidad, para efectos de este caso del delito que se le puede estar acusando al hombre, como anteriormente ya lo habíamos comentado, para que un hombre sea culpable, primero, tendrá que desarrollar cierta conducta que lo lleve a delinquir, tipicidad, antijurídica, hasta llegar a la imputabilidad (capacidad de querer y entender), a lo que quiero llegar con esta breve retroalimentación, es que en los juicios que se han llevado, ¿Cuántos de ellos no se han estudiado concienzudamente, y cuantos no? ¿Cuántos de ellos no han tenido la capacidad de querer y entender?, y aun ha si, han sido llevados a juicio, y por ende condenados ... ejemplos, varios, sin embargo enfocando el punto, la responsabilidad, de un sujeto que haya estado relacionado con un delito, si actuó bajo coerción, si hubo los elementos volitivos, es decir, hay sujetos que pueden haber sido sometidos bajo la voluntad de otra persona, que en otras palabras la capacidad selectiva (esta que a menudo se observa en las familias dolidas, hijos, etc....) estas personas, privadas de toda voluntad, obedece en todo o en determinados actos de su vida a impulsos que ni entienden ni pueden frenar, ni exteriorizar de la forma en que ellos quieran.

3.5 ACCIONES LIBERAE IN CAUSA.

La imputabilidad de un sujeto que comete un delito debe existir en el momento de su ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito, ejemplo; una persona que decide cometer un homicidio, para darse animo decide tomar en exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad.

B) CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.6 NOCIÓN DE LA CULPABILIDAD.

CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA. DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD.

Para Sergio Vela Treviño, defiende a la culpabilidad como el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

Jiménez de Azua ha definido a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal a la conducta antijurídica.²⁶

Así mismo Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.²⁷

²⁶ La Ley y el Delito, pág. 444, Caracas, 1945

²⁷ Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pág. 49, edición 1954

La culpabilidad es la vinculación psíquica entre una conducta con el hecho, así como también la vinculación de la conducta con un orden jurídico, y estas vinculaciones son a través del dolo, la culpa y la preterintencionalidad.

La culpabilidad se refiere al sujeto determinado, autor de una conducta típica y antijurídica y al contenido psíquico de esa propia conducta, por ende si una conducta fuese delito debe ser típica, si es típica es antijurídica, imputable y por ser imputable es culpable.

3.7 FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Se puede considerar dos formas que son: DOLO Y LA CULPA, como elementos de la culpabilidad. Estos dependiendo de la forma de cómo el sujeto dirija su voluntad respecto a la ejecución del hecho que encuadra en el tipo establecido en la ley como delito, o si el agente actúa con negligencia o imprudencia para poder determinar si delinque de manera dolosa o culposa.

Es decir, se actúa con DOLO, cuando el agente del delito, conociendo la significación de su conducta, decide realizarla; por el contrario la culpa existe cuando el agente produce un resultado típico no previéndolo siendo este previsible o que previo confiando en que este no se produciría, derivado esta conducta de la falta de observancia o cuidado que al sujeto le incumbe.

3.8 DEFINICIÓN DE DOLO.

EUGENIO CUELLO CALON manifiesta que el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.²⁸

LUIS JIMENEZ DE AZUA, Lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del concurso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior. Con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere o ratifica.²⁹

3.9 ELEMENTOS DEL DOLO.

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional y consiste en lo siguiente:

A) **ELEMENTO ETICO:** Es actuar con el consentimiento de que la acción es contraria al orden jurídico, es decir, el conocimiento de la significación del hecho respecto del orden jurídico, así como el conocimiento del resultado o el efecto que se causara con la realización del ilícito .

B) **ELEMENTO VOLITIVO:** Consiste en la voluntad de llevar a cabo el acto, no basta con que haya un conocimiento de la antijuricidad y efectos del acto, es menester que esto sea querido por el agente y constituya el fin al que tiende el ilícito, ese querer que se traduce en la voluntad.

²⁸ Op. Cit., 8 edición, t.I, pág.302

²⁹ La Ley y el Delito, pág. 459, Caracas, 1945

3.10 DIVERSAS ESPECIES DE DOLO.

DOLO DIRECTO.

Es aquel en que el sujeto se representa en el resultado penalmente tipificado y lo quiere. El resultado coincide con el propósito del agente.

DOLO INDIRECTO.

Conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta en este caso cuando el agente actúa ante la certeza de que van a existir otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previniendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho. El resultado no es directamente querido por el agente pero si hubo previsión, representación, y voluntad de realizar el acto ilícito, presentándose además otros resultados como consecuencias necesarias, que llevándose en su actuar, consiente lo s admitió o consintió.

Existe dolo directo si el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son objeto de su voluntad, esto sin retroceso en su conducta, con tal de lograr de lograr el propósito de su conducta.

DOLO INDETERMINADO.

Existe dolo indeterminado si el agente tiene la intención de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

DOLO EVENTUAL.

El resultado de este tipo no querido debe haberse previsto como consecuencia posible de la conducta, el resultado que este ve con indiferencia puede o no darse, sin embargo la actitud de menosprecio es suficiente para fundamentar el reproche doloso.

3.11 EL DOLO EN EL DERECHO MEXICANO.

Dentro del actual sistema penal mexicano, el dolo, como se ha visto con antelación en las diferentes citas y opiniones de esta tesis, la reduciremos a la más sencilla, pero fiable definición, como la intención del sujeto activo de causar un daño al sujeto pasivo.

La palabra clave de esta definición, es la intención, puesto que como ya se tiene conocimiento de que un acto, delito, tipificado, antes de ir mas allá, el acto mismo, que realiza el sujeto, debe tener voluntad de querer y entender, queriendo y entendiendo, los efectos de su conducta, participa la intención de causar y perjudicar, al otro sujeto.

Por lo que a diferencia de otros conceptos de delito en otros países, todos relativamente son parte de lo mismo, es decir, podemos ser diferentes en cuanto a puntos y comas, pero la esencia sigue siendo y debería ser la misma, regresando a lo que nos interesa, el dolo forma una parte importante de nuestro actual sistema, siendo un elemento del delito, sin embargo, habrá que considerar que no importa cuánto clasifiquemos, definamos, lo más importante es disminuir la forma en que los sujetos, no delincan mas.

CAPÍTULO IV

TEMA: TRÁFICO DE ÓRGANOS.

4.1 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO II, FRACCIÓN IV.

Entrando en tema conforme a la materia y motivo de la tesis que estoy realizando, comencare con los artículos en materia federal que tenemos a continuación a analizar, en la LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA, en el artículo 2, fracción IV donde cito a continuación lo siguiente:

Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

Que cabe mencionar que es el único artículo sobre el cual nos hace referencia, al tan importante tema, Tráfico de Órganos, sobre el cual nos remite a los artículos transcritos...

Hablemos acerca de la antesala del tráfico de órganos, los trasplantes, injertos, en materia penal.

El primer injerto de que tenemos noticia es el de sangre, La primera transfusión sanguínea se atribuye a Denis quien en 1667, en Paris donde

utilizó sangre de cordero, para la realización de una transfusión sanguínea, con éxito y sin ser delito, simplemente como una transfusión, simple y llana, los problemas respecto a las transfusiones comenzaron después de numerosos registros de grupos sanguíneos iniciados por Landsteiner, y en 1799 en donde se dio la inseminación artificial.

Por último Alex Corel, en 1902 y 1911, en que realizó diferentes trabajos con ellos, regresando al tema los problemas comenzaron, con la poca minuciosidad, con que se llevaban a cabo los trabajos de trasplantes, enfermedades, a escala global, la mayoría de las personas requerían en un principio y sin ser delito, necesitaban trasplantes para, cubrir una quemadura, pérdida de sangre etc.

Pero como todo lo que suele comenzar con un fin y propósito a favor de las mejoras, termina por malearse y a encontrar el lado negativo de las cosas, en este caso al llegar con atender con la vida del ser humano, solamente para, que otra persona viva, privando de la vida a otra, esto, claro está en el peor de los casos, y no tan lejos de la realidad lamentablemente.

El Primer registro que se tiene en México es el 13 de marzo de 1968 en el hospital general del centro médico nacional de México, por problemas

medico legales, los cuales impidieron que se llevara a cabo el que hubiera sido el primer trasplante cardiaco.

Hasta Noviembre de 1993, en México se han realizado según informes del Registro Nacional de Trasplantes como 3856 trasplantes renales, 2100 de hueso, 2000 de piel, 67 de medula ósea, 10 tejidos suprarrenales, 17 de hígado, 14 de corazón, 9 de páncreas y 3 de pulmón.

La protección de la salud en México es un derecho constitucional, toca al estado garantizarlo, creando las condiciones para que todos los habitantes del país tengan acceso a los servicios de la salud y así contribuir al bienestar de la sociedad.

Claramente se puede obtener una visión clara de lo que el ser humano va realizando, sin olvidar el avance tecnológico, y sobre todo lo la deontología jurídica aplicada con un sentido de justicia y sentido común.

El avance lamentablemente, va siendo para todos y la protección de la vida de un ser humano, el derecho a la vida ,Máxima de lo que estoy seguro en la mayoría de las Constituciones Existentes no solo en América latina si no en el Mundo Civilizado , va careciendo de de prioridad debido a la ambición subjetiva.

Otro tema del cual se desprenden varios reglamentos son, los difuntos como sujetos de investigación científica, como anteriormente lo mencione, todo lo que empieza, por un objetivo para el bien común termina oscurecido por el mismo aspecto negativo del mismo.

El aprovechamiento de estos mismos (cadáveres) puede realizarse sin que por ello, se cometa una profanación, ya que puede dar con la autorización de una persona o bien con el consentimiento del disponente secundario según sea el caso.

Dentro de las legislaciones se encuentran por mencionar algunas:

- Reglamento Federal de Cementerios, Inhumaciones, Exhumaciones, Conservación y Translación de Cadáveres.
- Reglamentos de Bancos de Sangre, Servicios de Transfusión y Derivados de Sangre.
- Proyectos de Trasplantes y otros aprovechamientos de órganos y tejidos humanos.
- Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos.

A propósito del código sanitario, estuvo en vigencia hasta el año de 1991, para luego, dar paso a la Ley General de Salud.

4.2 TRÁFICO DE ÓRGANOS PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 461, 462, 462 BIS DE LA LEY FEDERAL DE LA SALUD.

Como punto de partida, el artículo nos menciona que:

Artículo 461. Al que traslade o realice actos tendientes a trasladar órganos, tejidos, y sus componentes de seres humanos vivos o de sus cadáveres, sin permiso de la Secretaria de Salud, se le impondrá prisión de cuatro a quince años de prisión y multa por el equivalente de trescientos a setecientos días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Igual sanción se aplicara al que traslade o realice actos tendientes a trasladar fuera del territorio nacional tejidos de seres humanos que puedan ser fuente de material genético (ADN) para estudios genómicos poblacionales en contra de en contra de los artículos 317 bis y 317 bis 1 de esta ley.

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

En la cuestión de este artículo se nota ampliamente que en material federal, el Tráfico de Órganos como tal, solamente está tipificado a la exportación e importación del mismo acto, materia de esta tesis.

Ya que si bien anteriormente vimos lo que es el antecedente de la Salud, y la prioridad de mantener esta y protegerla, que pues vamos a hacer con él ¿tráfico de órganos evidente que estamos viviendo entre cada estado? El artículo 73 Constitucional, nos habla de las competencias jurisdiccionales que existen entre cada estado, sin embargo, respetando la misma idea, debemos subsanar e introducir un artículo mas en donde se tipifique al que quiera traficar entre cada entidad federativa.

En el artículo 462 de la Ley Federal General de la Salud en sus tres fracciones, solo tipifican a la ilicitud de obtener, conservar o preparar, trasplantar órganos tejidos sin las adecuaciones de la ley general de la salud, pero deja por mucho que desear el mismo artículo.

Es decir, en la actualidad la deficiencia y lagunas que hay en la Ley, debería ser considerada ya como un delito, no es posible, que semejante error, poco específico, este contemplado en la Ley General de la Salud, La Vida de un Individuo, recordando y reflexionando que El ser humano no se

creó para la ley, ni para la existencia de la misma, si no La Ley para el Ser humano, ella, es nuestra.

Esto son los únicos artículos en donde se especifica o se tiene tipificado respecto al tema de Tesis, El tráfico de Órganos y su Punibilidad, por demás las palabras que se puedan escribir, respecto al amplio margen de delitos que se pueden cometer durante este continuo trascurso de tiempo, en la República Mexicana, donde parece que el problema ya no son las leyes si no los legisladores, que obvio no abarcan el tema a profundidad, el poco estudio, y la falta de visión, de tales legisladores para ir más allá, de lo que conocemos.

4.3 LEY GENERAL DE LA SALUD.

Como ya se había comentado los antecedentes de esta Ley fueron, controles sanitarios de 1973, que fue el primero que contenía un titulo dedicado a la disposición de órganos tejidos y cadáveres humanos, he aquí algunas de las diferencias que se encuentran entre el Código sanitario inicio de 1973 a la Ley General de la Salud actual:

- a) El código sanitario establecía que para la utilización de cadáveres de humanos o parte de ellos con fines de trasplante e investigación docencia o autopsia, se requería del permiso del sujeto en vida o en

su defecto de uno solo de sus familiares más cercanos. La ley actual distingue entre disponentes originarios y secundarios, si se trata de disponer del propio cuerpo o del de otra persona, respectivamente, y establece en orden de preferencia quienes son considerados disponentes secundarios para autorizar la ablación de un órgano protegido con el fin de ser trasplantado en el caso de el disponente originario no haya manifestado su sentir en vida.

- b) La ley General de la Salud a diferencia del código sanitario, si establece cuales son los signos de muerte que deben presentarse para certificar la perdida de la vida y para poder separar un órgano de un cadáver par ser trasplantado.
- c) El Código de 1973 solo requería que para efectuar la toma de órganos, tejidos, el consentimiento del disponente fuera por escrito, en cambio la Ley General de la Salud exige que el consentimiento además de ser por escrito, debe ser entregado por notario o e documentos expedido ante testigos .
- d) El código sanitario prohíbe tajantemente que las personas privadas de libertad, enajenados mentales, mujeres embarazadas y los menores de edad donaran algún órgano o tejido. La ley actual establece que los menores no tienen consentimiento valido para decidir sobre la donación, lo privados de su libertad y las mujeres

embarazadas solo pueden hacerlo cuando cumplan los requisitos que señala el reglamento.

- e) El código sanitario prevé la posibilidad de autorizar una contraprestación para el donador de sangre, en cambio la ley general de salud establece que la donación de sangre siempre será gratuita y en ningún caso podrá ser sujeto de donación.

El surgimiento de la Ley General de la Salud , se dio a la aparición de un reglamento del Banco de Ojos en la Dirección General de Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal y un reglamento federal para la disposición de Órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Saliendo a la luz del modernismo jurista, la Ley General de la Salud, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de Febrero de 1984.

4.4 ATIPICIDAD EN LOS ARTÍCULOS 460, 461, 462, EN EL TRÁFICO DE ÓRGANOS DENTRO DEL TERRITORIO MEXICANO.

Como ya sabemos para que haya un delito, debe de haber una conducta, seguida de la tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, a falta de estos, no hay DELITO.

Establecido eso seguimos con la carencia de la atipicidad en el artículo 460 de la Ley General de la Salud,

¿Atipicidad en qué? si claro está que se tiene como delito **al que pretenda sacar o saque del territorio nacional, en su primer párrafo.**

Pues el problema de este artículo, es que hay con el tráfico evidente que se da entre cada estado, probablemente nuestros legisladores se basaron en la competencia del art. 73 Constitucional, de acuerdo, y aun así no todos los estados están regulando esta conducta, que sería motivo de otra tesis, el problema mayor no es solo esto, sino el siguiente:

¿Qué hay del sujeto que pretenda importar a territorio nacional?

Solamente en este artículo se maneja al saque o pretenda sacar, el artículo 461, nos menciona que comente delito a la persona que traslade o realice actos tendientes a trasladar fuera del territorio nacional.

Nuevamente tenemos el mismo significado de problema, dejando de lado, la importación de tejidos, órganos, ADN, componentes de ser humanos, con o sin permiso de las formalidades expresas en cada constitución de otros países.

La punibilidad de este tipo no existe, ya que si bien pueden desarrollar las acciones de la conducta, en el tipo, es en donde nos estancaríamos, ya que no hay tipo para la persona o sujeto que importe y trafique dentro de la República Mexicana.

Dejando sin efecto la misma Ley que ampara y protege al ciudadano mexicano.

Por eso urge de manera inmediata que se derogue el contenido del artículo 460, y se introduzca un nuevo contenido que mencione lo siguiente:

Artículo 460. Al que importe o exporte a territorio Nacional Mexicano, derivados de sangre humana, órganos, tejidos, cadáveres, componentes de seres humanos vivos, ADN, sin permiso de la Secretaria de Salud, se le impondrá prisión de uno a cinco años de prisión y multa equivalente a 300 días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Con esta pero esencial reforma a la Ley General de la Salud, subsanaríamos, la deficiencia que tiene la legislación penal federal.

CAPÍTULO V

TEMA: TIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE ÓRGANOS

DENTRO DEL TERRITORIO MEXICANO.

5.1 SUBTEMAS: ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES.

Los tipos penales atreves de nuestra historia ha pasado, por diferentes procesos, los cuales únicamente tienen como objetivo, el correcto señalamiento de una conducta, que sea susceptible de un delito.

De tal manera, iremos viendo algunas definiciones de la tipicidad, para posteriormente adecuarlo al tipo, que buscamos, en el tráfico de órganos.

El encuadramiento de una conducta hecha con la descripción de una ley, es decir; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Esto es lo que nos comenta Fernando Castellanos en su libro Lineamientos del Tipo Penal.

Para Porte Petit, es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la común conocida formula, “nullum crimen sine tipo”

El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración.

Para Javier Alba Muñoz, lo considera como, descripción legal de la conducta y del resultado, y por ende, acción y resultado quedan comprendidos en el.

La historia de la tipicidad es, consecuentemente la historia del tipo. El tipo es considerado antiguamente en Alemania como el “Conjunto de Caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos; esto es, incluyendo el dolo o la culpa.

Siguiendo el transcurso de esta línea temporal histórica, en 1906 aparece en Alemania la doctrina de Beling; la cual considera al tipo como una mera descripción.

Posteriormente Max Ernesto Mayer, en su libro “Tratado de Derecho Penal (1915) asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuricidad. En otras palabras: no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuricidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuricidad. El

concepto se modifica con Edmundo Mezger que nos dice que el tipo es la *ratio essendi* de la antijuricidad; la razón de ser ella, su fundamento.

A diferencia de la definición actual que se tiene de un delito para Mezger considera lo siguiente:

“El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto”.

Mezger menciona que la atipicidad es la razón de la antijuricidad; desde el punto de vista del ordenamiento positivo, ya que se ha sostenido que, desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuricidad, al contrario, es *ratio essendi* del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos.

Aparentemente en este pequeño espacio de profundo análisis jurídico Mezger, se resume en esto:

Toda conducta Típica es antijurídica (salvo la presencia de un justificante) por ser en los tipos en donde el legislador establece las prohibiciones y mandatos indispensables para asegurar la vida comunitaria.

Es importante hacer hincapié en lo siguiente, en que al tiempo de advertir la existencia de un justificante, no significa anulación de la antijuricidad pues esta no existió jamás, ya que como nos comenta Fernando Castellanos, la conducta desde su nacimiento, estuvo acorde con el Derecho.

Un ejemplo de esto es la Legítima Defensa, al descubrirla debe declararse que el comportamiento del agente estuvo justificado siempre.

La función de la atipicidad, admitiendo claro está, que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendente importancia en el Derecho Liberal, por no haber delito en el tipo penal (*nullum crimen sine lege, nullum crimen sine tipo*).

Para otro autor como Jiménez de Azua, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza el valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretizarse esta en el ámbito penal.

La tipicidad no es solo una pieza técnica. Secuela del principio Legalista, Garantía de la Libertad.

5.2 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 461, ATIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE ÓRGANOS.

Como anteriormente ya lo hemos descrito y fundado la tipicidad, su historia, la evolución, respecto a los diferentes puntos de vista que se suscitaron, siempre al menos de manera Deontológica, va encaminada hacia lo que es la verdad coadyuvando con los principios y normatividades de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Desarrollando la acción cometida por cualquier persona o sujeto, retomemos lo que es la acción para este estudio lo que respecta a la acción.

Todo hecho voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.

Aunque sin hacer menos esta definición me quedo con la del Lic. Gutiérrez Negrete que nos define como; “Manifestación de la Voluntad Humana con la Intención de Crear Consecuencias Jurídicas”.

Definición para mi gusto, sustancial y fidedigna, prosiguiendo con la acción dentro del desarrollo de este tema, la falta de tipo en el artículo 460 de la Ley General de la Salud, la acción como tal existe, ya que el individuo lleva a cabo manifestando su voluntad, queriendo y entendiendo el

resultado de la misma, la acción seguida de la Conducta, que va implícito en la misma, posteriormente tenemos lo que es la tipicidad (la cual no se encuentra debido a algún fallo) de manera que solo nos queda la atipicidad en este artículo, ya que nos deja libremente la idea de introducir a México órganos, tejidos, y entre los mismos estados, como ya se vio anteriormente.

5.3 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 462, ATIPICIDAD EN EL TRÁFICO DE ÓRGANOS.

La tipicidad como tal, deja un amplio margen de inexistencia del delito que tanto interesa a esta tesis, es decir; que la falta del tipo en razón de al sujeto que pretenda introducir tejidos, órganos, etc... La conducta del sujeto es por ende imprescindible a la acción de lo que realiza, sin embargo ese no es el punto, aunque si es necesario aclarar, ya que el tipo del cual queremos que se introduzca en la actual legislación federal, en la Ley General de la Salud existente.

Esta situación se ha venido derivando de no una falta de objetividad, (Ley y la Protección al ser Humano) en la forma en que se realizan estas introducciones de tipo, sino que la situación que creó la circunstancia del tipo atenta contra la dignidad humana, sobre todo la tan anhelada vida, que es la máxima de cualquier sujeto sin esto? ¿A que la norma es la ramera

de cada malviviente y delincuente?, definitivamente no, si no que la norma en su esplendor y justicia de cada tipo (encuadramiento de la conducta del sujeto a la norma establecida), es poco apelada como tal y menospreciada en su totalidad, de que otra manera explican que en pleno siglo XXI, los delincuentes encuentran una fianza loable dentro de sus posibilidades, y conforme a derecho (Ley Federal de Trabajo) con multas demasiado condonantes por homicidios, tentativas, robo, etc.

Hablar de la delincuencia organizada es hablar de temas demasiado extensos que necesariamente requeriría de una nueva tesis para abarcar al menos la parte mínima de esta lamentable realidad (no lamentable porque nos supere, o por que no podamos hacer nada, sino que lamentable la forma en que se desarrolla, el edo. Para combatir tan pobremente este aspecto, porque siendo tema de controversia, ¿quién puede negar que los ciudadanos no contribuyan con sus impuestos para solventar la guerra interna? Por ejemplo, no en materia de guerra, sino en materia de abuso por parte del estado; La tenencia, materia de un impuesto federal, es obligatoria, sabiendo el Edo. Que solamente era una manera temporal de solventar los gastos de unos juegos que solamente duraron 2 meses, es increíble el abuso que contentamente hemos sufrido (no hemos hecho nada al respecto, exigir inmediata-efectiva el cese de esa no obligación que tenemos) la colectividad que dio vida al estado como tal, de manera que

éste siendo un ejemplo sencillo, no deja de ser menor relevante para esclarecer este punto.

Ahora sabiendo que durante aproximadamente 25 años, se estuvo cumpliendo como sujetos susceptibles del menoscabo de pésimos gobernantes durante los periodos que hemos tenido.

Retomando el tema acerca de lo que es materia la tesis, ya que la forma y los ejemplos que se pueden poner para establecer un concepto en particular y posteriormente desarrollarlo es cansado para el lector y muy redundante, de manera que retomemos el Trafico de Órganos después de este breve comentario general acerca de la situación que estamos viviendo en el Territorio Mexicano.

La tipicidad que hemos establecido, como a la persona o sujeto que pretenda sacar fuera del territorio posible que la guerra vs. Delincuencia organizada este azotando de tal manera, dejándonos inhabilitados en armas de fuego, incapacidad e impericia de los elementos de la fuerza pública para combatir esta situación.

Pudiendo el Edo. Como tal combatirla, no hace absolutamente nada de manera perpetúa por erradicar al menos lo que se está viviendo hoy en

día. Una Nación como la nuestra debería estar preparada para situaciones extremas pero en fin, la situación de la tipicidad en cuanto al tráfico de órganos es imprescindible, para el correcto funcionamiento de la fuerza y justicia que el estado requiere tan necesariamente.

Recordando que a falta de conducta, no hay tipo, a falta de tipo no hay antijuricidad y a falta de esta premisa sucesivamente no existe imputabilidad y culpabilidad.

La situación sobre la cual versa esta lógica jurídica es la siguiente:

Para los que ya estamos familiarizados con los elementos positivos y elementos negativos del delito, concluimos que conforme a las disposiciones que actualmente existen en el art 462, Bis. De la Ley General de la Salud

Importar la forma o medio en que este se desarrolle.

La Sociedad actualmente (jurídica) ha venido ajustándose a la consuetudinariedad bajo la cual, los estándares de la criminalidad hacen y deshacen el derecho, la norma, que tanto necesitamos que se aplique hoy en día.

¿A que me refiero con esto?

A que la situación desmedida que estamos viviendo nosotros, como sujetos susceptibles de derechos y obligaciones, no ejercemos los derechos como tal, y cumplimos con las obligaciones que discriminadamente se imponen en nuestra sociedad.

Nosotros como coparticipes del desarrollo económico-cultural de nuestra República tenemos que ser factores de cambio en estas circunstancias que nos rodean, no al revés, que debido a las circunstancias que estamos viviendo somos factores mediocres de las decisiones tomadas.

Probablemente a este punto el lector se preguntara ¿bueno entiendo esto, pero que tiene que ver esto con aquello?, pues mucho.

La política de nuestras sociedad y normas son esenciales para un correcto funcionamiento de nuestro Estado, sin embargo la pregunta seria, ¿que nos ha pasado?, que situación vivimos como mexicanos para que nos desarraigáramos de nuestro verdadero patriotismo, para que dejásemos que las circunstancias nos rebasaran de tal manera que nos vimos orillados a la adaptación no democrática y autoritaria por parte de nuestros gobernantes, dando pie, a la desigualdad que vivimos, los delitos que

conocemos, las noticias que nos acostumbramos, los órganos que se trafican, las personas que se inmiscuyen con la justificación de la pobreza que existe en la sociedad, y con esto, resumo y puntualizo, la infraestructura, aunado a la educación y un fuerte sentido de lo que es la axiología y la deontología, en ámbitos generales, desarrollaría el núcleo y potenciaría el desarrollo de nuestra sociedad que tanto lo necesita, todo esto sin olvidar lo más importante, que es la Bendición de nuestro Dios, el Eterno.

CONCLUSIONES.

PRIMERA:

La idea primordial de realizar este trabajo fue con la finalidad únicamente de subsanar y reafirmar la Ley *stricto sensu*, y que como individuo de la sociedad y defensor de la justicia, es de percibir que en esta sociedad bien o mal, hay que encontrar el equilibrio que tanta falta hace en varias funciones de la misma.

SEGUNDA:

El sujeto pasivo del delito, es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

TERCERA:

El Derecho Penal es la rama del Derecho Publico interno relativa a los delitos, a las penas y medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y conservación del orden social.

CUARTA:

El sujeto pasivo del delito, es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas

diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

QUINTA:

La protección de la salud en México es un derecho constitucional, toca al estado garantizarlo, creando las condiciones para que todos los habitantes del país tengan acceso a los servicios de la salud y así contribuir al bienestar de la sociedad.

SEXTA:

En el artículo 462 de la Ley General de la Salud sus tres fracciones, solo tipifican a la ilicitud de obtener, conservar o preparar, trasplantar órganos tejidos sin las adecuaciones de la ley general de la salud, pero deja por mucho que desear el mismo artículo, ya que precisamente deja de lado el pequeño pero importante detalle de al que importe.

SEPTIMA:

Como ya sabemos para que haya un delito, debe de haber una conducta, seguida de la tipicidad, antijurídicas, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, a falta de estos, no hay DELITO.

Establecido eso seguimos con la carencia de la atipicidad en el artículo 460 de la Ley General de la Salud.

¿Atipicidad en qué? si claro está que se tiene como delito **al que pretenda sacar o saque del territorio nacional, en su primer párrafo.**

Pues el problema de este artículo, es que hay con el tráfico evidente que se da entre cada estado, probablemente nuestros legisladores se basaron en la competencia del art 73 constitucional, de acuerdo, y aun así no todos los estados están regulando esta conducta, que sería motivo de otra tesis, el problema mayor no es solo esto, sino el siguiente :

¿Qué hay del sujeto que pretenda importar a territorio nacional?

Solamente en este artículo se maneja al saque o pretenda sacar, el artículo 461, nos menciona que comete delito a la persona que traslade o realice actos tendientes a trasladar fuera del territorio nacional.

OCTAVA:

De tal manera que mi propuesta es la siguiente: Es imprescindible y urgente de manera inmediata que se derogue el contenido del artículo 460, y se introduzca un nuevo contenido que mencione lo siguiente:

Artículo 460. Al que importe o exporte a territorio nacional mexicano, derivados de sangre humana, órganos, tejidos, cadáveres, componentes de seres humanos vivos, ADN, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de uno a cinco años de prisión y multa equivalente a 300 días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

BIBLIOGRAFÍA

AMUCHATEGUI REQUENA, GRISELDA. *Derecho penal*, 2ª ed. Oxford, México 2000, p.p.403.

BECARIA, CESAR. *Tratado de los delitos y de las penas*, 12ª ed. Porrúa, México 2000, p.p.420.

CARRANCA RAUL Y OTROS, *código penal comentado* 4ª ed. Ed. Porrúa, México, 2007p.p. 293.

CARRARA FRANCESCO, *programa de derecho criminal*, 4ª ed. Ed. Themis, Bogotá, 199, p.p.104.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. *Lineamientos elementales de derecho penal*, 39ª ed. Ed. Porrúa, México, 1994, p.p.363.

COLIN SÁNCHEZ, GUILLERMO. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 4ª ed. Ed. Porrúa, México 1999, p.p. 957.

CREUS CARLOS. *Derecho Proceso Penal*. 4ª ed. Ed. Astrea. Argentina, 1996, p.p.461.

DAZA GÓMEZ, CARLOS JUAN MANUEL. *Teoría general del delito*, 1ª ed. Ed. Cardena. México, 1998, p.p.pag.

DÍAZ ARANDA, ENRIQUE. *Derecho penal parte general*. 9ª ed. Ed. Porrúa, México, 2004, p.p. 421.

DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO. Código Federal de Procedimientos Penales comentado. 3ª ed. Ed. Porrúa. México 2003, p.p 864.

GONZÁLES BLANCO, ALBERTO. El Procedimiento Penal Mexicano. 4ª ed. Ed. Porrúa, México 2000, p.p.229.

FERRAJOLI, LUIGI. Derecho y razón. 4ª ed. Ed. Trotta. Madrid, 2000, p.p. 334.

HERNÁNDEZ ACERO JOSÉ. Apuntes de Derecho Procesal Penal. 8ª ed. Ed. Porrúa, México, 2000, p.p.152.

HERNÁNDEZ PLIEGO, JULIO A. Los recursos ordinarios en el proceso penal. 6ª ed. Ed. Porrúa. México 2000, p.p. 307.

ISLAS, OLGA Y OTROS. Lógica del tipo en el derecho penal. 14ª ed. Ed. Porrúa. México, p.p.171.

LARA ESPINOZA, SAÚL. Garantías constitucionales del proceso penal federal. 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 2000,p.p 323.

LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. Teoría del delito y la ley penal ,2010 ed. Porrúa, México, p.p.326

PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. Concurso aparente de normas, imputabilidad e inimputabilidad, la causalidad en el delito. 6ª edición. 3ª ed. Porrúa, México, p.p.340.

ROJAS CABALLERO, ARIEL. Garantías constitucionales del proceso penal. Porrúa. Mexico.2002.edicion 2002, p.p 575.

LEGISLACIÓN:

Estados Unidos Mexicanos. Código Penal Federal. 2010 ed. Ed. Sista. México.

Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política. 2010 ed. Ed. Sista. México.

Estados Unidos Mexicanos. Ley Federal de la Salud. 2010 ed. Ed. Sista. México.