



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

LA EUTANASIA COMO UN DERECHO DEL
ENFERMO TERMINAL Y NO COMO UN
DELITO DE QUIEN LO ASISTE

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

BRENDA ELIZABETH GARCÍA LÓPEZ

Asesor:

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

Celaya, Gto.

Marzo 2015



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 Dios:

Por haberme dado la vida y permitirme alcanzar todas las metas que me he puesto en la vida.

A mis padres:

Por ser ellos el motor que impulsa mis sueños, ser mi más grande apoyo, estar ahí siempre a mi lado y ser el pilar que no me deja desfallecer en los momentos difíciles.

A mis hermanos:

A ustedes dos Alejandra y Martín, por sus palabras de aliento y la comprensión.

A mi familia:

A ustedes que aunque no estuvieron conmigo físicamente en este largo camino estuvieron apoyando mis estudios.

Al Lic. Rogelio Llamas Rojas:

Por su apoyo incondicional y asesoramiento en el transcurso de este trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I.

FILOSOFÍA JURÍDICA.

1.1 Corrientes de la Filosofía Jurídica.	1
1.1.1 Iusnaturalismo.	1
1.1.1.1 Iusnaturalismo Teológico.	2
1.1.1.2 Iusnaturalismo Laico o Racional.	4
1.1.2 Iuspositivismo.	5
1.1.2.1 Iusformalismo.	6
1.1.2.2 Iusrealismo.	11
1.1.2.2.1 Realismo Jurídico Norteamericano.	15
1.1.2.2.2 Realismo Jurídico Escandinavo.	17
1.2 Tridimensionalidad del Derecho.	19

CAPÍTULO II.

LOS DERECHOS HUMANOS.

2.1 Concepto de Derechos Humanos.	25
2.2 Naturaleza de los Derechos Humanos.	26
2.3 Características de los Derechos Humanos.	26
2.3.1 Universalidad.	26
2.3.2 Historicidad.	28
2.3.3 Progresividad.	30
2.3.4 Aspecto Protector.	31
2.3.5 Indivisibilidad.	32
2.3.6 Eficacia Directa.	33
2.4 La Dignidad Humana.	34

CAPÍTULO III.

TEORÍA DEL DELITO.

3.1 ¿Qué es Delito?	35
3.2 Clasificación del Delito.	36
3.3 Elementos del Delito.	43
3.3.1 Aspectos Positivos y Negativos del Delito.	44
3.3.2 Conducta y Ausencia de Conducta.	44
3.3.3 Tipicidad y Atipicidad.	46
3.3.4 Antijuridicidad y Causas de Justificación.	48
3.3.5 Imputabilidad e Inimputabilidad.	51
3.3.6 Culpabilidad e Inculpabilidad.	53
3.3.7 Punibilidad y Excusas Absolutorias.	59

CAPÍTULO IV.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL.

4.1 Concepto de Derecho Constitucional.	61
4.2 Fuentes del Derecho Constitucional.	61
4.3 La Constitución Mexicana.	64
4.4 Estructura Constitucional.	64
4.4.1 Parte Dogmática.	64
4.4.1.1 Garantía de Igualdad.	64
4.4.1.2 Garantía de Libertad.	65
4.4.1.3 Garantía de Seguridad.	66
4.4.1.4 Garantía de Propiedad.	68
4.4.2 Parte Orgánica.	69
4.4.2.1 Supremacía Constitucional.	69
4.5 Pirámide de Kelsen.	70

CAPÍTULO V.

HOMICIDIO EN RELACIÓN CON LA EUTANASIA.

5.1 ¿Qué es Homicidio?	74
5.2 Clasificación de Homicidio.	74
5.3 ¿Qué es Eutanasia?	76
5.4 Origen de la Eutanasia.	78
5.5 Clasificación de la Eutanasia.	81
5.6 Argumentos a favor y en contra de la Eutanasia.	82

CONCLUSIÓN.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de muchos años ha existido una gran controversia respecto al tema de la Eutanasia; mientras para algunas corrientes de pensamiento tal práctica es un derecho del enfermo terminal, otras expresan que tal acción es un delito de la persona que lo asiste.

Vivimos en una época de profundos cambios sociales, políticos y económicos los cuales deben encaminarse a una humanización y protección a la integridad física y moral, otorgando en su caso al que lo solicite la facultad de disponer de su persona, cuando se trate de una enfermedad terminal, incurable que trae grandes sufrimientos, por lo que la muerte sin dolor, puede ser una alternativa, siempre y cuando no haya otra alternativa que ayude a minorar el dolor que padece el enfermo grave, también es más humano actuar por compasión para ayudar a morir, que permitir sufrimientos.

Actualmente en el Estado de Guanajuato está en vigor la Ley de la Voluntad Anticipada, tal Ley tiene por objeto evitar la obstinación terapéutica la cual se define como la adopción de métodos médicos desproporcionados o inútiles con el objeto de alargar la vida en situación de agonía. Proteger la dignidad de la persona en etapa terminal, proporcionando las mejores condiciones disponibles para que pueda tener una muerte digna mediante el otorgamiento de cuidados paliativos durante toda esta fase de la vida. Esta ley es un arma para las personas que sufren enfermedades terminales, pero desgraciadamente no todas ellas están informadas sobre esta opción para el “buen morir” y por ende muchas de ellas desean que se les aplique la Eutanasia.

Nuestra legislación no contempla, ni regula la Eutanasia por lo que en caso de que una persona la practicara, incurriría en un tipo penal del Homicidio.

Por todo esto, el problema principal sería si debe legislarse a cerca de la Eutanasia en nuestro país para que esta práctica ya no sea considerada un delito de la persona que asiste al enfermo si no un derecho del mismo.

CAPÍTULO I.

FILOSOFÍA JURÍDICA.

La Filosofía Jurídica es una rama del Derecho y la Filosofía que estudia los fundamentos filosóficos del Derecho como orden normativo e institucional de la conducta en sociedad.

El contenido de la Filosofía Jurídica en un sentido amplio trata de aglutinar el estudio filosófico no sólo de la norma jurídica positiva, sino de todas las corrientes de pensamiento que sirven de fundamento al propio Derecho, entendido éste como el orden normativo e institucional de la sociedad.¹

1.1 CORRIENTES DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA.

Existen tres grandes corrientes que explican el fenómeno o universo jurídico: el iusnaturalismo, el iusformalismo y el iusrealismo. Cada una de estas escuelas tiene su propia conceptualización del derecho. En este sentido, se reconocen las diferentes metodologías empleadas por ellas y se ubican los elementos que cada una resalta: valor, norma y hecho, respectivamente.

1.1.1 IUSNATURALISMO.

En la historia del derecho, la corriente de la filosofía jurídica que apareció inicialmente y que dominó el campo de las doctrinas del derecho fue el iusnaturalismo. Para éste, el derecho deriva de la esencia del hombre. El derecho es la suma de potestades y prerrogativas inherentes o consustanciales al ser humano. Por tanto, el derecho como objeto de estudio se reduce al derecho natural o justo que fundamenta el contenido del derecho; es decir, al derecho intrínsecamente justo, cuya validez es objetiva o material.²

¹ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, 4ª ed., Ed. Epasa Calpe, S. A., MADRID 2007, p. 694.

² GARCÍA MÁYNEZ EDUARDO, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, 61ª ed., Ed. Porrúa, México 2009, p. 43.

La validez del derecho deriva de la esencia del hombre. Por tanto, el derecho debe ser consustancial a la vida humana, y reconocer los criterios éticos y virtuosos que deben coincidir con la naturaleza del hombre. La corriente del iusnaturalismo se divide en dos grandes grupos: el teológico y el laico o racional. La diferencia entre estas subdivisiones estriba en que la primera propone que la validez del derecho natural o justo, se origina en la naturaleza del hombre como "hijo de Dios", y la segunda, sustituye la idea del Creador, por el carácter racional del ser humano; esto es, que el derecho es válido porque resulta de la naturaleza del hombre como "ser racional".

1.1.1.1 IUSNATURALISMO TEOLÓGICO.

En la consolidación de la tradición romano-canónica en occidente convergieron como su propio nombre indica: el derecho -civil- romano y el derecho canónico. Sin lugar a dudas, la historia de occidente está determinada en gran parte por la influencia de la cultura helénica en Roma y de la religión cristiana. Cabe recordar que el Antiguo Testamento presenta al derecho como la voluntad de Dios, y el Nuevo Testamento consolidó la idea que la voluntad divina era la creadora del derecho.

Eduardo García Máynez señala que el pensamiento iusnaturalista adquirió un matiz teológico a partir de Sócrates y Sófocles. Lo justo y natural no tiene fundamento en el poder ni deriva de la voluntad del legislador, no se basa en las peculiaridades o atributos de la especie humana sino en el arbitrio divino. Frente al derecho escrito, creado por los hombres, aparecen las leyes de los dioses. Las leyes humanas son percederas y cambiantes con validez relativa mientras que las leyes divinas son eternas e inmutables por lo que tienen validez absoluta. Asimismo, para Platón y Aristóteles el derecho se basa en la idea de justicia y equidad.

En el iusnaturalismo teológico la doctrina cristiana tuvo gran importancia por las aportaciones de San Agustín y de Santo Tomás de Aquino, así como por los

filósofos escolásticos. Para San Agustín, el derecho se presenta como la ley eterna de la razón divina. Es decir, la *lex aeterna* es la razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo o que dirige todo lo creado hacia sus propios fines. Al lado de la ley eterna se encuentra la ley natural que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres. El obispo de Hipona sostiene que frente a la *lex naturalis* se encuentra la ley humana que deriva de la voluntad del legislador humano; pero para ser considerada como derecho debe ser justa y recta, es decir debe participar de la ley eterna y natural.

Santo Tomás de Aquino, en la *Summa Teológica*, sostiene que la ley no es otra cosa que el dictamen de la razón práctica del príncipe que gobierna una comunidad o sociedad perfecta. Dios es el creador del Universo, éste es gobernado por la razón divina que dirige toda acción y todo movimiento; sus concepciones son eternas y, por tanto, rigen los destinos de todo el mundo. La ley eterna es la razón divina que gobierna todo lo que existe mientras que la ley natural es la participación de la ley eterna en la criatura racional. De esta manera, las leyes humanas para poder ser consideradas como verdaderas leyes nunca deberían contrariar a la ley de Dios.

Por su parte, los filósofos escolásticos se encargaron de estudiar y desarrollar las ideas de San Agustín y Santo Tomás pero les impusieron una nueva orientación al sostener que era voluntad de Dios que el hombre fuera un ser racional, por lo cual las leyes humanas no deberían contrariar a las leyes divinas porque se fundaban precisamente en ellas. Así, los padres Francisco de Vitoria, Gabriel Vázquez de Menchaca, y Francisco Suárez, entre otros, son considerados por algunos autores como precursores del iusnaturalismo racional o laico.³

³ BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, Ed. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO, México 1997, p. 1011.

1.1.1.2 IUSNATURALISMO LAICO O RACIONAL.

En la evolución del iusnaturalismo se puede percibir un hilo conductor que permitió la transición del iusnaturalismo teológico al laico o racional. Hugo Grocio se encargó de separar el derecho y su ciencia, de la religión y la teología, para ello se apoyó en la obra de los filósofos escolásticos, quienes abrieron la puerta del carácter racional del hombre como elemento fundamental del derecho.

Grocio reconoció, en *De Iure Belli ac Pacis*, que el derecho deriva o resulta del instinto social y racional del hombre, a diferencia de los escolásticos que aunque reconocían la cualidad racional del hombre, la atribuían pero como consecuencia de la voluntad de Dios. Sin duda se apoyó y prosiguió con la tradición de la filosofía escolástica, al afirmar que Dios es el autor de la naturaleza; y, al reconocer que por voluntad divina los hombres tuvieron ciertas características -como son su naturaleza social y racional- que les permitían crear el derecho.

De esta manera, Grocio afirmó que el derecho deriva del *appetitus socialis* del *appetitus societatis* que tiene el hombre; es decir, para él, el derecho no es otra cosa que un producto que resulta del apetito social o de sociedad que tienen los hombres para vivir en grupos organizados, donde impera una fuerza común bajo el imperio del derecho natural y de la razón. Este derecho natural es dictado por la recta razón de los hombres, que indica que cualquier acción debe corresponder a la misma naturaleza racional del hombre porque el derecho se reduce a su contenido intrínsecamente justo o natural.

Grocio no se propuso separar el derecho de la religión, pero sí de dar mayor importancia al carácter racional del ser humano en la creación del derecho y no como simple manifestación de la voluntad de Dios. La consolidación de la separación entre la ciencia del derecho y la teología se logró básicamente para el desarrollo de la escuela del derecho natural que se fundó en los movimientos de la ilustración y la enciclopedia. Estos acontecimientos derivaron en las concepciones individualistas y liberales que dominaron el campo de las doctrinas filosóficas, jurídicas y políticas durante los siglos XVI al XVIII.

La escuela del derecho natural comprende dentro de sus principales exponentes a autores muy diversos como Thomas Hobbes, John Locke, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Gottfried Wilhelm Leibnitz, Christian Wolf, Jean Jacques Rousseau, e Immanuel Kant, entre otros. Sin lugar a dudas, no obstante a algunas diferencias accidentales, existe una gran simetría sustancial entre ellos porque se basan en un sistema conceptual semejante para explicar qué es el derecho.

Aunque la denominan de diferentes maneras, estos filósofos coinciden con la idea del *appetitus societatis* de Grocio, que se identifica con el pensamiento genérico del contrato o pacto social que recogen bajo diversas acepciones, para explicar la naturaleza y el fundamento del derecho. Para ellos, el derecho sí es producto de la naturaleza de las cosas pero no deriva de la voluntad divina sino del propio ser humano. Principalmente, de su carácter racional y social -sin olvidar otras de sus características como la libertad, la vida, la seguridad, la propiedad, entre otras- que lo han obligado a crear por su voluntad y de manera artificial un órgano que se debe encargarse de proteger sus intereses, de conformidad a la naturaleza misma del ser humano, al pasar de un estado o sociedad natural a un estado o sociedad civil.

En resumen, para el iusnaturalismo laico o racional el derecho deriva de la naturaleza humana no por ser hijo de Dios sino por su calidad racional y social. Sin embargo, ambas posturas reducen el derecho a un contenido intrínsecamente justo o natural, ya que para los iusnaturalistas -tanto teológicos como laicos o racionales- el derecho es un valor justo o natural.⁴

1.1.2 IUSPOSITIVISMO.

También conocido como positivismo legal, es una corriente de pensamiento jurídico. La principal tesis del iuspositivismo es la separación entre moral y derecho, que supone un rechazo a toda relación conceptual vinculante entre ambos.

⁴ *Ibidem*, pp. 1012-1014.

El iuspositivismo entiende que derecho y moral son conceptos distintos no identificables. Dado que el Derecho existe con independencia de su correspondencia o no con una u otra concepción moral: una norma jurídica no tiene condicionada su existencia a su moralidad; en todo caso, puede ésta afectar su eficacia o legitimidad, mas eso es una cuestión distinta. El Derecho puede ser justo e injusto, aunque lo deseable sea lo primero.⁵

El iuspositivismo es tan antiguo como el derecho mismo, aunque alcanzó su mayor desarrollo teórico a partir de los escritos del filósofo inglés Thomas Hobbes, aplicados al ámbito jurídico por Jeremy Bentham. Hobbes y Bentham definieron la validez del derecho por su disposición por una autoridad competente, y negaron que las razones morales pudieran tener parte alguna en la decisión legal. John Austin definió un sistema jurídico como aquel que está sometido a una autoridad soberana, y la validez de las leyes como su imposición formal por esta autoridad a través de sus agentes. Sin embargo, el verdadero pilar del Iuspositivismo, que define al Derecho como un producto únicamente de la voluntad del legislador, y a las consecuencias de Derecho como el mero resultado lógico de colocarse en el supuesto jurídico del que se trate en lo ordenado, es el austriaco Hans Kelsen, autor de "Teoría pura del Derecho". Para algunos iusnaturalistas— la postura opuesta al iuspositivismo— los iuspositivistas son "malos" e "inmorales" porque avalan la existencia del derecho injusto; sin embargo, como se verá más adelante, existen varias clases de iuspositivismo, y algunos iuspositivistas también critican las leyes injustas y la obediencia a las mismas, sólo que no dicen que no sean verdadero derecho, sino que son derecho injusto.

1.1.2.1 IUSFORMALISMO.

La apertura que experimentó el iusnaturalismo al desarrollarse la corriente laica o racional permitió que de la explicación del derecho como algo de acuerdo con la naturaleza del hombre -como ser racional- se pasara a una concepción del derecho como producto no de la razón del hombre sino de su voluntad. A esta

⁵ DICCIONARIO JURIDÍCO ESPASA. Op. cit. Supra (1) p. 556

doctrina se le identifica comúnmente con el nombre de "positivismo", pero consideramos que atribuirle a esta corriente el membrete de iuspositivismo sería incorrecto por lo que preferimos utilizar el de iusformalismo.

Al respecto, en la "Ley de los tres estados" Auguste Comte describió e identificó tres etapas en la evolución del pensamiento humano. A la primera etapa se le conoce como "estado teológico"; a la segunda como "estado metafísico"; y, a la tercera y última como "estado positivo". Sin duda, el derecho ha pasado por estas etapas. En un principio y con gran énfasis durante la Edad Media, el derecho fue identificado por el iusnaturalismo teológico con la voluntad de Dios o con la revelación divina. Desde el renacimiento hasta mediados del siglo decimonónico, el derecho fue explicado por el iusnaturalismo laico o racional como algo de acuerdo con la naturaleza del hombre como ser racional.

Comte rechazó tanto las especulaciones e imaginaciones teológicas como las construcciones y razonamientos metafísicos; y planteó la necesidad de pasar a la era positiva, en la que la ciencia dependería de la observación empírica y de la conexión de hechos mediante la experiencia, como los únicos métodos válidos para un ejercicio verdaderamente científico. Sin embargo, paradójicamente, su pensamiento es criticado y descrito como metafísico porque sus aseveraciones son tanto categóricas como dogmáticas. De hecho, cabe recordar que las teorías evolucionistas del derecho de Savigny, Hegel y Marx son consideradas como metafísicas, toda vez que proceden de presunciones más allá de la observación inmediata.

El inmenso éxito que tuvieron las ciencias naturales en la primera mitad del siglo diecinueve prepararon la base para que el positivismo propusiera la aplicación de los métodos de las ciencias naturales en las sociales. Asimismo, durante las primeras décadas del siglo veinte, el positivismo tomó una nueva y radical forma como positivismo lógico a partir de los trabajos de Moritz Schlick y Rudolf Carnap, del Círculo de Viena. Al término positivismo se le anexó el calificativo lógico, al extender los descubrimientos de la lógica moderna,

especialmente de la lógica simbólica en su trabajo analítico. Por tanto, dentro del positivismo, la tarea de la ciencia consiste en analizar el fenómeno mientras que la filosofía se debe ocupar de la clasificación lógica de las ideas.

De este modo, el positivismo invadió todas las ciencias sociales -e incluso a la filosofía- por supuesto que la ciencia jurídica no fue la excepción. El positivismo jurídico comparte la aversión contra las especulaciones teológicas y las construcciones metafísicas, e insiste en la separación estricta del derecho de la ética, moral y religión; así como, su independencia de toda consideración valorativa porque se debe limitar, como lo sostiene Julius Stone, a un análisis de las interrelaciones lógicas de las normas jurídicas.

Cabe observar que el positivismo jurídico se conecta con el positivismo normativo de los iusformalistas, pero puede también ser relacionado con el positivismo empírico de los iusrealistas. Ambos comparten una actitud analítica ante el derecho y aunque utilizan el método positivo, difieren en la concepción del derecho porque se centran en un aspecto diferente del mismo.

Los antecedentes del iusformalismo como positivismo analítico y normativo se pueden rastrear en el utilitarismo de Jeremy Bentham y en el teleologismo de Rudolf von Ihering, quienes concebían al derecho como mandato o norma pronunciada por la voluntad del Estado. Sin embargo, las concepciones de estos autores estaban permeadas por deducciones referentes a los fines y valores del derecho, por lo que es difícil considerarlos como positivistas. El primer positivista analítico fue John Austin, quien -a semejanza de Bentham- adopta el principio de utilidad pero separa la ciencia jurídica de la ética; es decir, al derecho de lo bueno o de lo malo. No obstante, algunos estudiosos lo critican por no ser consistente en su método al recurrir al principio de utilidad que es sin duda un principio ético y un remanente del iusnaturalismo. Pero Austin reitera que el jurista debe limitarse a estudiar el derecho como es, sin preguntarse sobre la bondad o maldad de su deber ser. De hecho, la función de la ciencia jurídica es la exposición de los mandatos o normas del poder soberano, independientemente de que su contenido sea justo o no.

La concepción del derecho de Kelsen marcó el inicio de una etapa inédita, al separar tajantemente a la ciencia del derecho de elementos ideológicos tanto teológicos como metafísicos, como son el concepto de justicia y la idea de derecho natural. En su Teoría pura del derecho, construye una ciencia jurídica mediante la aplicación de un método puro, que consiste en hacer a un lado todo lo ajeno al derecho. Afirma que "el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas".

Para Kelsen existe una estricta separación entre el "deber ser" -sollen- y el "ser" -sein-. Como positivista le interesa la forma de la norma y no su contenido. Así, lo importante es el proceso de formación de las normas y su validez extrínseca, sin tomar en cuenta si son justas o injustas, acorde con la naturaleza del hombre o no, como lo era para los iusnaturalistas y que se prestaba a subjetivismos valorativos. En conclusión, a Kelsen y a los iusformalistas les preocupa la validez formal de la norma jurídica; por ello, llegan a igualar el concepto de derecho con el de norma jurídica reconocida por el Estado, y a éste con el derecho.

De esta manera, Kelsen restringe el campo del derecho exclusivamente a los preceptos jurídicos provenientes de la voluntad soberana del Estado; o sea, a las normas que integran el sistema jurídico vigente. Asimismo, rechazó los principios provenientes del derecho natural o de la moral como normas jurídicas. Al señalar que la teoría se ocupa sólo de las normas jurídicas, se descarta la idea de que se refiera a los hechos que ocurren en la realidad social. Por tanto, la conducta humana es objeto de esta teoría sólo en la medida en que es regulada por normas jurídicas.

A esta concepción, le interesan las normas vigentes o formalmente válidas; es decir, las disposiciones normativas creadas por la voluntad humana y que han sido declaradas como jurídicamente obligatorias para un tiempo y espacio determinados por el Estado, en contraposición de las normas cuyo contenido justo o natural emana de la voluntad suprahumana o divina -iusnaturalismo teológico- o deriva del hombre como ser racional -iusnaturalismo laico-.

Al aplicar la pureza metódica kelseniana, el derecho se reduce a las normas jurídicas, sin importar su contenido justo o no, porque provienen de la voluntad de Dios o por ser creadas racionalmente por el hombre ni la realidad de su aplicación. De hecho, la justicia se reduce y debe ser identificada con la legalidad, que es la única manera objetiva de realizarla, de acuerdo con las reglas del juego. Por eso, el iusformalismo se preocupa por las normas en su aspecto formal. Sin embargo, al estudiar a las normas jurídicas se puede orientar su estudio tanto hacia un "deber ser" justo o natural -iusnaturalistas- como a un "ser" eficaz o real -iusrealistas-. Asimismo, una de las objeciones más graves que se le pueden hacer a Kelsen, es aquella que sostiene que al buscar el fundamento último de validez de las normas jurídicas, se llega a una *grundnorm* que es una construcción metafísica. Esta norma hipotética fundamental es muy semejante al *contractus originarius* de Kant, que es una simple idea de la razón que fundamenta el origen del Estado como derivado de un contrato originario. Por todo eso, la doctrina kelseniana es la expresión más consistente del positivismo en su vertiente iusformalista, que de manera exclusiva contempla al derecho como la forma de la norma vigente; es decir, identifican al derecho con la norma formalmente válida.

Para Kelsen, lo preponderante para el derecho es la forma de las normas jurídicas no su contenido justo o natural ni su materialización eficaz o real. Por esto, ubica al derecho como objeto de una ciencia positiva como el conocimiento de las normas jurídicas, y clasifica a la ciencia del derecho dentro de las ciencias normativas, ya que utiliza el método normativo para señalar cuáles son las normas jurídicas vigentes o formalmente válidas, materia de estudio. Asimismo, la diferencia específica entre las normas jurídicas y las demás normas es su coercibilidad, cuyo titular es el Estado, quien por medio del ejercicio del uso de la fuerza pública, puede imponer su cumplimiento y forzar una conducta determinada.

La concepción iusformalista del derecho presenta grandes aciertos, como es el caso de señalar que los excesos y arbitrariedades de algunos regímenes

totalitarios, por más atroces que parezcan, son o fueron derecho, como es el caso de la Alemania nazi y la persecución de judíos. Las abominables aberraciones que se cometieron no tenían un contenido justo ni natural a la esencia del hombre, pero era un derecho vigente o formalmente válido. Por más que uno quiera olvidarlas y negarles su carácter jurídico, esto fue legalmente reconocido como derecho porque derivó de la voluntad de los hombres, quienes las declararon como obligatorias y vinculatorias.

Las críticas que se pueden hacer a esta teoría, pueden ser muy variadas. Desde nuestro punto de vista, se pueden resumir en tres. Primera, al preocuparse exclusivamente de las normas jurídicas y de su forma, olvida por supuesto algo que es vital, el contenido de las mismas y su materialización. Segunda, al interesarse principalmente por dichas normas jurídicas, subordina la conducta humana a la forma que la coordina o regula -a la estructura lógico-formal de la norma-. Tercera, aunque la pureza metódica sirve para dar cierta autonomía a la ciencia del derecho, no se puede pretender comprender al derecho como fenómeno o producto social, sin estudiar su interrelación con otras ciencias afines como son la economía, la política, la sociología; así como, la historia, la psicología, entre otras. No obstante lo anterior, se resalta la concepción formalista del derecho, que se sintetiza en que para los iusformalistas, el derecho es una norma formal o vigente.

1.1.2.2 IUSREALISMO.

El positivismo jurídico se identifica con el positivismo analítico y normativo de los iusformalistas, y también con el positivismo analítico y empírico de los iusrealistas. Ambos comparten una actitud analítica ante el derecho, y aunque tienen el mismo método, cada uno tiene una concepción propia del derecho, porque se centran en un aspecto diferente del mismo. Para los iusrealistas, el derecho no consiste exclusivamente en normas. El derecho no se identifica con un deber ser sino con un ser; este ser puede identificarse con la norma pero también con el hecho. De este modo, podemos distinguir entre el derecho

como norma estatal y el derecho como hecho social; el derecho no se puede reducir al Estado sino que debe incluir a la sociedad.

Los hechos han servido a los autores pertenecientes a la corriente del iusrealismo para fundar -sobre las enseñanzas de la "libre investigación científica" de François Gény, la "ofensiva sociologista" de Eugen Ehrlich, y de las escuelas del "derecho libre" y de la "jurisprudencia de intereses" que incluye a autores como Philipp Heck (Gnaeus Flavius) Hermann Kantorowics, Ernst Fuchs y otros más- una concepción del derecho diferente, positiva pero realista. La suma de condiciones que delimitan el actuar del hombre, conforman una realidad determinada y el derecho, no la norma formal ni su contenido justo, es precisamente la experiencia jurídica. En otras palabras, el derecho no es otra cosa que una experiencia de realidades relativa a la conducta humana y al cumplimiento efectivo de las normas jurídicas en los fenómenos sociales.

La ciencia del derecho se debe ocupar fundamentalmente del ser de la conducta humana entendida como un conjunto de fenómenos o hechos eficaces o reales, y no de las normas formales o vigentes ni de los valores justos o naturales. Por tanto, para el iusrealismo el derecho como objeto de estudio no son las normas ni los valores sino los hechos. Es cierto que las normas jurídicas son trascendentales para conocer el derecho, pero su importancia no radica en sí mismas por ser normas formales ni en su contenido justo, sino en las actitudes y conductas humanas que derivan de dichas normas y valores. En cierta forma, esta corriente subordina a la ciencia del derecho a una rama de las ciencias sociales. Lo cual ha constituido una de las principales críticas a esta doctrina, por reducir el derecho a los hechos sociales que derivan de las conductas humanas, y a la ciencia jurídica a una simple rama de la sociología positivista.

Alf Ross atacó la postura de Kelsen sobre su concepción de la ciencia del derecho, como ciencia del sistema jurídico o normativo; sostuvo, por el contrario, que la ciencia del derecho es la ciencia del orden jurídico o social.

Reconoce que el derecho consiste en los hechos, en los fenómenos sociales que derivan de las normas. La primacía en el estudio del derecho corresponde a los hechos en lugar de a las normas. Así, el objeto principal de la ciencia del derecho son los hechos, es decir los fenómenos sociales. Ross afirma que es absolutamente imposible reducir al derecho exclusivamente a través de normas separadas e independientes de las conductas humanas y de los propósitos sociales. Por tanto, para los iusrealistas la ciencia jurídica y la teoría jurídica parten de las ciencias sociales y de la teoría social para explicar a las conductas humanas no sólo como fenómenos jurídicos sino sobre todo como fenómenos sociales.

La teoría de Ross se acerca mucho a la de Kelsen por lo que se le considera como parte del género iuspositivismo, en el sentido que la ciencia jurídica estudia al derecho vigente en un tiempo y espacio determinado, pero con la diferencia específica de que para el iusformalismo es una ciencia y método analítico-normativo con singular enfoque en las normas estatales; y, en el iusrealismo se trata de una ciencia social que aplica el método analítico-empírico con especial énfasis en los hechos sociales.

El iusrealismo reduce a la ciencia del derecho a una ciencia social empírica, pero acepta que es una ciencia normativa no por estar compuesta de normas vigentes sino porque los hechos sociales se refieren forzosamente a esas normas; es decir, todas las proposiciones normativas acerca del derecho se refieren en última instancia a los fenómenos sociales que le dan sustento. Asimismo, cabe señalar que para esta escuela la ciencia del derecho forma parte de una rama más amplia del conocimiento que la comprende -ciencias sociales- sin sostener que se le pueda confundir con ella, porque el derecho no hace referencia a los meros hechos sociales, ya que siempre deben tomar en cuenta su carácter normativo.

Por esta razón, Kantorowicz reconoció la existencia de un dualismo subyacente en el concepto del derecho: "el contenido que debemos definir está integrado por normas, debemos, además, fundamentar la justificación de nuestra definición, para que sea útil, sobre hechos". El derecho es concebido al mismo

tiempo como un fenómeno social eficaz, susceptible de observación mediante el método empírico por formar parte del mundo real de los hechos y como una proposición válida, capaz de analizarse a través del método normativo, por formar parte del mundo de las normas.

En nuestra opinión, no es obligado optar por la prioridad de alguno de estos componentes y etiquetarse como uno u otro, ya sea por el hecho eficaz -iusrealismo- o por la norma válida -iusformalismo- porque ambos puntos pueden coexistir, pero es indispensable clarificar los conceptos de eficacia y de validez que generalmente han complicado el problema. De lo anterior, resulta conveniente hacer referencia a dos conceptos que derivan de la vigencia de las normas: la validez y la eficacia. Por una parte, para el iusformalismo la validez del derecho emana de la voluntad de los hombres y del acto mediante el cual el Estado o la autoridad pública jurídicamente reconocida, como poder público institucionalizado, declara como obligatoria una norma; y la eficacia resulta de la efectiva aplicación de las normas vigentes; es decir, la aplicación u observancia de las normas declaradas como válidas. Por otra parte, para el iusrealismo la validez del derecho deriva de la expectativa de cumplimiento que se produce para los miembros de la colectividad, cuando todos observan las normas de conducta; y la eficacia, cuando en el orden social se aplican y observan dichas normas con cierto grado de efectividad.

A la corriente del iusrealismo se le critica por reducir al derecho como objeto de estudio científico a un fenómeno social, y a la ciencia del derecho a una subrama de las ciencias sociales. Asimismo, aunque reconoce la existencia de un dualismo entre hecho y norma, le da prioridad al hecho; es decir, a la conducta del hombre sobre la norma que la regula formalmente. Por otra parte, esta doctrina se olvida al igual que el iusformalismo del contenido ético que debe perseguir el derecho. No obstante, para que el análisis del iusrealismo sea completo, es conveniente estudiar las semejanzas y diferencias entre el realismo jurídico norteamericano y el realismo jurídico escandinavo.⁶

⁶ BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, Op. cit. Supra (3) pp. 1015-1021.

1.1.2.2.1 REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO.

La metodología empírica de John Locke y de David Hume, así como la filosofía pragmática de William James y John Dewey son el fundamento del pensamiento norteamericano y ambas se traducen en una actitud realista hacia el derecho. El iusrealismo no sólo se suma a la protesta en contra de la concepción teológica y metafísica del iusnaturalismo sino también a la reacción dirigida contra la concepción positiva o analítica-normativa del iusformalismo. De hecho, cabe resaltar la trascendencia de Oliver Wendell Holmes para el realismo norteamericano: "La vida del derecho no ha sido la lógica: ésta ha sido la experiencia".

Esta frase del ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que identifica al derecho con la experiencia práctica, se ha convertido en el credo del realismo norteamericano. Pero fueron Benjamín Cardozo -otro ministro de la Suprema Corte- y Roscoe Pound -decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard- quienes consolidaron la concepción del derecho como algo estrechamente vinculado a la realidad de la vida humana.

Cardozo resaltó la necesidad de que los jueces estén alertas a las realidades sociales, al fundamentar que es indispensable un análisis comprensivo del proceso judicial, que requiere un conocimiento íntimo de los factores que forman e influyen al derecho, porque el proceso judicial incluye tanto la creación como el descubrimiento de las reglas mismas. Cardozo -al igual que Holmes- enfatizó los límites de la utilización de la lógica deductiva en la solución de los problemas legales; pero, a diferencia de éste, estaba imbuido de un idealismo ético que le permitía relajar la regla cuando ésta, al ser demasiado fiel al precedente, podía ser inconsistente con la justicia.

Aunque Holmes admitió que los principios morales son trascendentes para formular el derecho, reconoció que los valores reflejan las preferencias cambiantes de los grupos poderosos dentro de la sociedad. De hecho, su agnosticismo ético y su pragmatismo lo llevaron a concluir que el derecho se

debe definir desde el punto de vista de un hombre malo que se preocupa solamente de las consecuencias materiales que tal conocimiento le permitirá predecir: "Las profecías de lo que los tribunales harán en realidad, y nada más pretencioso es lo que entiendo por derecho.

Pound trató de emancipar al derecho del dogmatismo, tanto de la exégesis lógico-deductiva como del historicismo. Consideraba que aunque es cierto que el derecho tiene una estructura lógica, es un instrumento para la vida social encaminado a realizar fines humanos, dentro de las rutas variadas y cambiantes de la historia. Por esta razón, el juez debe ser libre para buscar la solución más justa, en lugar de estar atado a la voluntad del legislador y a las glorias del pasado, que obstaculizan el cambio social y la regulación de nuevas realidades sociales, en lugar de favorecer la función del derecho como ingeniería social.

Asimismo, Pound reconoció que la actividad judicial comprende siempre una valoración de los diversos intereses que demandan protección jurídica, ya sean éstos, individuales, colectivos o sociales. El juez para clasificarlos requiere de un pleno conocimiento sociológico de ellos y también de pautas valorativas, para poder determinar en qué medida y de qué manera han de ser protegidos. De este modo, la tarea del derecho consiste en reconocer, delimitar y proteger eficazmente los diferentes intereses que se presentan realmente en la sociedad.

La faceta más característica del realismo norteamericano consiste en que sus representantes tratan de minimizar el elemento normativo y prescriptivo del derecho y maximizan el elemento empírico y descriptivo del mismo. Así, el derecho se convierte en un conjunto de hechos, en lugar de normas. Lo que les preocupa a los realistas se reduce a saber lo que los jueces hacen en realidad al resolver las disputas que se presentan ante ellos. No obstante, las decisiones de los tribunales son inciertas e impredecibles; asimismo, las reglas y precedentes sobre los que se fundan son la expresión de los valores morales y de las políticas públicas existentes en una sociedad determinada.

1.1.2.2.2. REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO.

A diferencia del realismo norteamericano, el realismo escandinavo tiene un acercamiento metodológico mucho más especulativo hacia los problemas jurídicos, y le presta menos atención a las peculiaridades de las decisiones judiciales. No obstante, comparten lo esencial, al adoptar una actitud empirista hacia la vida humana y, por ende, hacia el derecho.

El fundador de este movimiento fue Axel Hägerström, quien junto a su discípulo A. Vilhelm Lundstedt, y otros representantes de esta corriente, como son Karl Olivecrona y Alf Ross, se cuestionaron sobre tres problemas básicos referentes a la naturaleza y validez del derecho; la significancia o insignificancia de las concepciones elementales del formalismo, y lo característico de la noción de justicia.

Para los realistas escandinavos -incluso más radicales que sus contrapartes norteamericanos- la naturaleza del derecho se identifica con un conjunto de hechos en lugar de un conjunto de normas o comandos: El derecho no es otra cosa que los hechos sociales. Dentro de los hechos sociales destaca que el derecho sea una gran maquinaria con el propósito de proteger a la sociedad. De hecho, el ejercicio de la fuerza es vista como parte integral del concepto de derecho. Por esta razón, el derecho se define -para Olivecrona- como reglas acerca del uso de la fuerza; y -para Ross- como un instrumento del poder. De esta manera, Ross afirma que "el derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza". Asimismo, admiten que la mayoría de la gente obedece al derecho como hábito y sin la necesidad de recurrir a la fuerza física. No obstante, consideran que la amenaza de coerción es un importante factor psicológico que asegura dicho cumplimiento.

Con relación a la validez del derecho, los realistas escandinavos niegan que el derecho sea vinculatorio en otro sentido que no sea el referente al impacto psicológico que tiene sobre la población. La validez del derecho deriva del

hecho de que el pueblo cumple ciertas reglas porque trata de evitar las consecuencias desagradables que aparecen en caso de realizar una conducta fuera del margen de lo jurídico. Por su parte, Ross -de manera similar a los realistas norteamericanos- sostiene que el derecho provee de normas a los tribunales para decidir casos concretos. Pero llega a la conclusión, que una norma de derecho es válida si se puede predecir que las cortes la van a aplicar de manera eficaz.

El ataque en contra de los conceptos elementales del formalismo fue iniciado por Hägerström, quien identificó a las ideas de derecho subjetivo y deber jurídico como metafísicas porque tienden a evadir toda realidad social. Por su lado, Lundstedt combatió los conceptos jurídicos tradicionales, pero extendió el campo de combate a muchos más. Considera que dichos conceptos son operativos solamente en la conciencia subjetiva y que nunca podrán tener un significado realmente objetivo.

Finalmente, los realistas -con la intención de eliminar por completo los juicios de valor del campo de la ciencia jurídica- emprendieron un ataque muy severo a lo que denominan el "método de la justicia". De manera similar a los positivistas lógicos, sostienen que los juicios de valor en el derecho son únicamente juicios que corresponden a la forma verbal del mismo; por tanto, la discusión sobre el contenido de los principios de justicia es meramente ilusoria. La justicia es parte del derecho sólo cuando el orden jurídico o social es eficaz o realmente aplicado, cumplido u observado por la sociedad. De este modo, Ross concluye que toda filosofía de los valores no es otra cosa que ideología pura que sirve para justificar algún interés particular dentro de la sociedad. Todos los juicios de valor sobre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo están fundados en sentimientos emotivos e irracionales; por lo cual, la justicia es invocada para cualquier causa, sin que exista un argumento o criterio real para determinar que algo es justo o injusto.

En conclusión para los iusrealistas, tanto norteamericanos como escandinavos, el derecho se distingue de los valores justos o naturales de los iusnaturalistas - teológicos y laicos o racionales- y se diferencia de las normas formales o vigentes de los iusformalistas en que se fundamenta en hechos sociales que eficazmente son aplicados u observados por la sociedad. Por tanto, para los iusrealistas el derecho es un hecho eficaz o real.

1.2 TRIDIMENSIONALIDAD DEL DERECHO.

No tiene ningún sentido juzgar a las corrientes anteriores, ni tomar partido por alguna de ellas, porque podemos observar que cada una tiene su particular concepción y conceptualización del derecho. Lo verdaderamente trascendental es percibir no sólo la existencia de varias corrientes sino también las diversas metodologías utilizadas. Cada una de estas escuelas analizan al derecho desde una óptica que apunta a una perspectiva diferente del mismo fenómeno. Al iusnaturalismo le interesan los "valores", al iusformalismo las "normas", y al iusrealismo los "hechos". En este sentido, resulta inobjetable que cada una de estas perspectivas tiene sus aciertos y sus errores al considerar distintos aspectos del mismo fenómeno.

De las tres posturas, podemos tomar lo que nos sea de utilidad. Sin embargo, parece imposible dar un concepto unívoco del derecho, por la sencilla razón, de que se trata de definirlo desde tres diversos puntos de vista. Con gran acierto, Eduardo García Máynez apunta "El error de quienes han pretendido encerrar en una sola definición (en el caso del derecho) objetos diferentes entre sí, no implica únicamente confusión de puntos de vista, sino, lo que es peor, concomitante confusión de los objetos contemplados".

Por una parte, es útil recurrir a la Teoría de los tres círculos de García Máynez para ejemplificar el problema de los sendos objetos de estudio. En primera instancia, denomina "derecho intrínsecamente válido", al tradicionalmente llamado justo o natural; "derecho formalmente válido", al creado o reconocido por la autoridad soberana; y "derecho positivo", al que goza de eficacia. Sin

embargo, incurre en la equivocación de equiparar al derecho positivo con el eficaz. Es muy entendible su posición porque la sustenta en el sentido científico-sociológico de la palabra "positivo" como hecho real, es decir, como leyes que se aplican de modo efectivo. No obstante, el propio García Máñez se da cuenta del desacierto, y en libros posteriores, rectifica su enfoque. Señala que se puede distinguir entre validez extrínseca e intrínseca, la primera en sentido jurídico-positivo, se refiere al derecho formalmente válido, es decir al derecho vigente o positivo; la segunda en sentido axiológico-material, se ocupa del derecho intrínsecamente válido, es decir del derecho natural o justo. Empero, un precepto dotado de validez, debe además tener eficacia; el derecho que realmente se aplica, el que se cumple u observa por la sociedad, es el derecho eficaz o real.⁷

Asimismo, cabe mencionar que los objetos del conocimiento designados como derecho justo o natural, vigente o formal, y eficaz o real, no se excluyen entre sí, pero tampoco se autoimplican, aunque es aconsejable que el ideal del derecho sea un derecho justo o natural, vigente o formal, y eficaz o real. Cada uno de estos derechos es estudiado desde cada una de las perspectivas que mencionamos con anterioridad, y a modo de síntesis: 1) El iusnaturalismo se ocupa del derecho justo o natural, y lo que le interesa son los valores; 2) El iusformalismo se identifica con el derecho vigente o formal, y lo que le preocupa son las normas; 3) El iusrealismo se enfoca al derecho eficaz o real, y lo que lo fundamenta son los hechos.

Por otra parte, un análisis de profundidad viene a demostrar que estos tres aspectos, pueden formar parte de una misma concepción del derecho. El aspecto axiológico, al derecho como valor; el normativo, al derecho como norma; y, el fáctico, al derecho como realidad. Esta forma de concebir al derecho es el pilar de la Teoría tridimensional del derecho y de la Teoría integral del derecho, cuyos exponentes son Miguel Reale y Luis Recaséns Siches, respectivamente.

⁷ GARCÍA MÁYNEZ EDUARDO. Op. cit. Supra (2) pp. 44-45.

En ambas teorías, la concepción del derecho conserva las tres dimensiones de las que se ha tratado -valor, norma y hecho- pero estrechamente unidas entre sí en relaciones de esencial implicación. El derecho no es ni un valor puro, ni una mera norma con ciertas características especiales, ni es un simple hecho. Recaséns Siches señala que "en la realidad del derecho se dan, recíproca e indisolublemente trabadas entre sí tres dimensiones: hecho, norma y valor. El derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social; obra producida bajo forma normativa; y que en su función para satisfacer esas necesidades, intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos valores específicos".

De hecho la teoría tridimensional postula que donde exista un fenómeno jurídico, hay irremediamente un hecho subyacente -hecho económico, político, o social-, un valor que confiere determinada significación a ese hecho, que inclinan o determinan la acción de los hombres para alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y finalmente, una norma que representa la relación o medida que integra a uno de aquellos elementos con el otro: al hecho y al valor. Además, se afirma que tales elementos -hecho, valor y norma- no existen separados unos de otros, sino que coexisten perfectamente, pues no se excluyen, ni se implican. Es decir, son absolutamente inseparables, y por tanto, no hay ninguno que sea más importante que los otros. Ahora bien, esos factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como uno solo. De tal modo, la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.

Asimismo, cabe evocar las enseñanzas del filósofo de Königsberg, quien destacó la existencia de dos formas puras de intuición sensible, a saber: espacio y tiempo. El estudio de la historia demuestra que el derecho no ha sido el mismo en todas las coordenadas espaciales-temporales. Al respecto, Norberto Bobbio comenta que para formular leyes y principios universales en materia de la ciencia del derecho, es preciso atender no sólo a la naturaleza humana, sino a las "condiciones históricas que determinan las cambiantes

leyes de pueblo a pueblo, de tiempo a tiempo". De esta manera, Leoncio Lara Sáenz sugiere que se debe complementar las tres dimensiones mencionadas con otras dos: el espacio y el tiempo. Lo anterior es de gran utilidad por dos razones: 1) Fijar al derecho como objeto de estudio en el tiempo y en el espacio, únicamente con fines metodológicos; y 2) Enmarcar al derecho como el producto de la interrelación dinámica y dialéctica en el tiempo y en el espacio de las tres dimensiones: valor, norma y hecho.

De hecho, todos estos elementos o dimensiones del derecho no se entienden por sí solos, por lo cual es menester poner especial énfasis en la inminente interrelación dinámica y dialéctica que existe entre ellos. El maestro José Vasconcelos presentó en 1905 su tesis profesional titulada Teoría dinámica del derecho. A partir de los principios newtonianos -y probablemente al seguir las enseñanzas del jurista italiano Nicéforo- afirma que la energía no se crea ni se destruye sino simplemente se transforma, para concluir que "el movimiento es universal en todas las formas y en todas las esferas". No existe en el mundo cosa alguna que se mantenga siempre en el mismo estado, y el derecho no puede permanecer inerte ante las nuevas dificultades y otras imperfecciones que la compleja vida social impone: "El derecho es una ley de distribución de energías en forma proporcional a las causas o necesidades".

Por lo tanto, el derecho está en constante y permanente evolución, su carácter prospectivo trata de igualar la veloz inercia de los cambios sociales. De este modo, el derecho -como objeto de estudio- se presenta como uno de los campos más amplios del conocimiento científico porque comprende tres aspectos del mismo fenómeno, a saber: 1) valor, 2) norma y 3) hecho. Estas tres dimensiones se encuentran en un continuo proceso de cambio que nos permite afirmar que el derecho es progreso, porque su contenido, sus proposiciones y sus manifestaciones varían en el tiempo y el espacio.

Esta concepción del derecho ha sido objeto de severas críticas porque se le considera como ecléctica o indefinida; se le censura por allegarse elementos de todos lados, y por no tener criterios propios. Sin embargo, aunque todavía

son muchas las objeciones, cada día son más los juristas que se suman a esta postura, unos la aceptan con ciertas reservas y otros sin mayor cuestionamiento.

Por una parte, Elías Díaz, a semejanza de Reale, sostiene que norma, hecho y valor constituyen las tres dimensiones esenciales del derecho; pero, a diferencia de éste, afirma que la referencia normativa es central en el mundo jurídico.

Asimismo, señala que la complejidad del derecho requiere de un pluralismo metodológico: "Una comprensión totalizadora de la realidad jurídica exige la complementariedad, o mejor la recíproca y mutua interdependencia e interacción de esas tres perspectivas o dimensiones que cabe diferenciar al hablar del derecho: perspectiva científico-normativa, sociológica y filosófica". Al tomar la validez, eficacia y justificación de las normas jurídicas como los objetos de estudio respectivos de la ciencia, sociología y filosofía jurídicas, reducen a la ciencia del derecho a las normas jurídicas válidas, es decir al derecho vigente o formal.

Raúl Hernández Vega acepta la pluridimensionalidad del derecho, pero resalta dentro de dichas dimensiones a la norma, aunque reconoce que la estrecha relación de ésta con el valor y el hecho: "El derecho no entendido formalmente sino como ordenamiento normativo, supone obviamente la norma, pero ésta se encuentra relacionada con lo social y con lo justo". Asimismo, Abelardo Rojas Roldán, quien acepta que su teoría de la tetradimensionalidad de las normas jurídicas tiene algunos contactos y similitudes con las premisas de la tridimensionalidad del derecho de Reale, no sólo insiste sino también afirma contundentemente que "las normas jurídicas son la expresión propia del derecho, en tanto que éste se hace presente a través de ellas. Si logramos conocer los elementos de una norma jurídica, estaremos muy cerca de saber qué es el derecho, para poder definirlo". Al respecto, construye una noción integral de norma jurídica y afirma que ésta consta de cuatro dimensiones: 1) forma invariable, 2) contenido variable, 3) fines colectivos y 4) valores sociales.

De esta manera, ambos autores se suman a la tridimensionalidad del derecho, pero adoptan una postura semejante a la de Elías Díaz al reducir el derecho, principalmente a las normas; y, por ende, a la ciencia del derecho a una ciencia normativa.

Por otra parte, encontramos en la doctrina un cierto consenso que acepta sin mayores cuestionamientos la utilidad práctica de las teorías de Eduardo García Máynez, Miguel Reale y Luis Recaséns Siches sin reducir la tridimensionalidad del derecho a la preponderancia o supremacía de uno de sus elementos sobre los otros. Es absurdo considerar que existen tres clases de derecho -natural o justo, formal o vigente, y real o eficaz- y mucho menos que uno de ellos debe ser preferido sobre los demás, porque la justicia, la vigencia y la eficacia son características por igual de la verdadera y única omnicompreensiva concepción del derecho.

De esta manera, Norberto Bobbio construye su teoría general del derecho y desarrolla una concepción funcionalista del mismo, conforme a los tres criterios de valoración que son constantes en la tesis de la Teoría de los tres círculos, de la Teoría tridimensional del derecho, y de la Teoría integral del derecho: justicia, validez y eficacia. Asimismo, es curioso que Rafael Preciado Hernández para analizar el derecho lo confronte con el orden normativo, el orden social y el orden ético.

En este sentido, sostenemos que toda concepción contemporánea del derecho debe tomar en consideración estas tres dimensiones o elementos -valor, norma y hecho- para poder definir integralmente el concepto de derecho y resolver de forma satisfactoria el dilema que había resaltado el enigma kantiano. Por lo tanto, consideramos que el derecho son los valores justos o naturales -justicia- cuyo contenido se expresa en normas vigentes o formales -vigencia- y que se traducen en hechos eficaces o reales -eficacia-.

CAPÍTULO II.

LOS DERECHOS HUMANOS.

La base de los Derechos Humanos es la dignidad de la persona, la cual está por encima de consideraciones positivistas y, debido a ella, nadie puede legítimamente impedir a otro el goce de sus derechos. Esta idea está robustecida con dos nociones. Por una parte, la de dignidad humana, que es lo que singulariza a la persona de otros seres vivos debido a su razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad y, por otra, la de los derechos humanos que son el conjunto de atribuciones reconocidas por instrumentos jurídicos para hacer efectiva la idea de dignidad de todas las personas, lo que permite una existencia humana desde diversos ámbitos relacionados entre sí, como son el individual, social, político, económico y cultural.

2.1 CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS.

Los Derechos Humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos Derechos Humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.⁸

Los Derechos Humanos Universales están a menudo contemplados en la Ley y garantizados por ella, a través de los Tratados, el Derecho Internacional Consuetudinario, los Principios Generales y otras fuentes del Derecho Internacional. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos establecen las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

⁸ NAZARIO GONZÁLEZ, LOS DERECHOS HUMANOS EN LA HISTORIA, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona 1998, p. 15.

2.2 NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Sobre la naturaleza de los Derechos Humanos existen dos perspectivas principales desde hace muchos siglos. Una sostiene que los Derechos Humanos son aquellos que el Estado otorga en su orden jurídico. La segunda manifiesta que el Estado sólo los reconoce y los garantiza en alguna medida. En la primera perspectiva se encuentran diversas concepciones o matices positivistas; en la segunda, la de Derecho Natural, las escuelas son muy diversas unas de otras.

En conceptos jurídicos, en el positivismo se expresa que es el orden jurídico el que otorga la calidad de persona al ser humano; es decir, persona es una categoría jurídica que se puede conceder o no, o de la cual se puede excluir a un ser humano o a un grupo de ellos, como pueden ser los esclavos, los extranjeros, las mujeres, por razones de raza o por preferencias sexuales. En cambio, en las concepciones de derecho natural el ser humano, por el solo hecho de existir, es persona y posee derechos y obligaciones; o sea, el Estado no puede desconocer esta situación, lo único que realiza es el reconocimiento de este hecho, y a partir de él se garantizan diversas series de derechos, a los cuales en la actualidad se les denomina Derechos Humanos.⁹

2.3 CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Los derechos humanos revisten características que los singularizan; estas son: universalidad, historicidad, progresividad, aspecto protector, individualidad y eficacia directa.

2.3.1 UNIVERSALIDAD.

La universalidad significa que todo ser humano posee una serie de derechos con independencia del país en que haya nacido o habite. Es el sentido de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los pactos de la ONU, de

⁹ NAZARIO GONZÁLEZ, Op. cit. Supra (8) p. 20.

1966. La universalidad hace énfasis en que la cuestión de los Derechos Humanos no es sólo un asunto de cada Estado, sino de la comunidad internacional.

El Estado tiene la facultad de plasmar cada derecho en su Constitución en la forma que considere más conveniente, pero sin violentar las declaraciones e instrumentos internacionales que ha ratificado ni el jus cogens. Por esta razón, las declaraciones de derechos humanos en las nuevas Constituciones o en sus reformas son más parecidas entre sí.

Las características de los Derechos Humanos se ensamblan unas con las otras para formar una unidad; no son partes de un todo, sino que son como la sangre, que es única pero compuesta de múltiples elementos.

La universalidad, a su vez, no implica uniformidad, debido a que el Constituyente no puede descuidar factores extrajurídicos como son, entre otros: la evolución política, la cultura, la idiosincrasia, las características y particularidades de esa nación; o sea, existe un "margen de apreciación nacional".

La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 sostiene que la comunidad internacional "debe tratar los Derechos Humanos en forma global y de manera justa y equitativa", en virtud de que, en principio, ningún Estado puede negar a un ser humano su disfrute en razón de su "universalidad, objetividad y no selectividad del examen de las cuestiones de derechos humanos".

En otras palabras, como bien expresa Pérez Luño, -sin el atributo de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos- la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no va a estar restringida a determinadas personas o grupos privilegiados, sino que va a ser reconocida como un atributo básico

inherente a todos los hombres, por el mero hecho de su nacimiento. Para él, en consecuencia, los Derechos Humanos o son universales o no son tales.

René Cassin, uno de los grandes promotores y redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos, señaló, en forma bella, el sentido universal de estos derechos: se aplican a todos los hombres de todos los países, razas, religiones, sexos y regímenes políticos. La Declaración iba a ser denominada "Internacional", pero la Asamblea General de la ONU la proclamó "Universal" para dejar claro que la persona es miembro directo de la sociedad humana y sujeto directo del Derecho Internacional. Claro que es ciudadano de su país, pero también del mundo, en virtud de la protección que éste debe otorgarle.¹⁰

2.3.2 HISTORICIDAD.

La historicidad se refiere a tres aspectos diversos: a) la evolución de la civilización; b) nuevos problemas, necesidades y retos, y c) el contexto social y cultural de cada país.

A) El reconocimiento de los Derechos Humanos y de su contenido es, en buena parte, resultado de la historia universal y de la civilización y, en consecuencia, sujeto a evolución y modificación. Recuérdese que en la cuna de la civilización occidental: Grecia y Roma, se veía con naturalidad, con algunas excepciones, la existencia de la esclavitud, individuos que eran tratados como cosas y no como personas. La esclavitud en el mundo occidental subsistió hasta después de mediados del siglo XIX, y aun en la actualidad en muchos "países civilizados" existen nuevas formas de esclavitud como la trata de personas y el trabajo forzado. No ahondo en estos problemas. De aquí la importancia singular de los Derechos Humanos como el mejor escudo y defensa ante tales realidades y atrocidades. Asimismo, las declaraciones de Derechos Humanos y su protección no nacen simultáneamente, sino por etapas, las cuales son primordialmente cuatro: a) la

¹⁰ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1989, pp. 41-43.

primera se inicia con la era moderna y la presencia de la burguesía, creándose diversas declaraciones como las americanas y francesas del siglo XVIII, con las que se precisaron derechos civiles y políticos de carácter individualista y liberal; b) la segunda tiene lugar antes, durante y después de la Primera Guerra Mundial, con la consagración de los derechos sociales y económicos. Las primeras Constituciones que los reconocieron fueron la mexicana de 1917 y la alemana de 1919; c) la tercera se origina poco antes, durante y especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de los horrores cometidos durante ese conflicto, y que impulsa la universalización e internacionalización de los derechos humanos, etapa en la cual nos encontramos y que aún dista mucho de haberse perfeccionado, aunque los avances son enormes, y d) la cuarta se empalma en los últimos años con la anterior: la precisión de los derechos de solidaridad o de la tercera generación.

B) El segundo aspecto: se precisan derechos por la existencia de necesidades que con anterioridad no existían o protegerlos no revestía mayor importancia. Por ejemplo, es claro que el derecho a la intimidad y privacidad adquiere un significado diferente con la aparición del telégrafo y el teléfono, más aún con los nuevos medios electrónicos de comunicación como el internet, y ni que decir de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado o del derecho al agua. Hasta hace algunas décadas, éstos no eran problemas o no presentaban la gravedad que en la actualidad tienen en muy diversos países, y varios de esos problemas afectan al mundo entero como el grave cambio climático, y con la amenaza de que si no se toman las medidas necesarias y urgentes, la afectación de derechos puede volverse crítica para la gran mayoría de la población mundial. Un último ejemplo, los derechos de la tercera edad, que cada día son más importantes, en cuanto la expectativa de vida ha aumentado en las últimas décadas en forma impresionante en los países desarrollados y en muchos en vía de desarrollo, y que impacta en el asunto de las pensiones, los sistemas de salud y en tratar de que esos sectores poblacionales no vean afectada su calidad de vida.

C) El tercer aspecto: el contexto social y cultural de cada país. No es posible que el Constituyente de un Estado desconozca la evolución política del mismo, su contexto cultural, sus realidades, las relaciones individuo- sociedad, las peculiaridades de esa nación, como por ejemplo si tiene una integración plurinacional o pluricultural. Existe un margen de discrecionalidad y de ajustes al reconocer los derechos humanos en una Constitución o ley, siempre y cuando no se violen los derechos universalmente reconocidos y los cuales el Estado está obligado a respetar por medio de tratados internacionales que ha ratificado o por el jus cogens. Por ejemplo, es absolutamente inadmisibles la práctica de la mutilación de los genitales femeninos en muchos países islámicos o, para no ir tan lejos, el trato discriminatorio y denigratorio que sufren las mujeres indígenas mexicanas en muchas de sus comunidades. En estos casos no se pueden alegar costumbres, usos o aspectos culturales.

Asimismo, en México no puede desconocerse la historia y olvidar los siglos, situación que continúa aunque en forma diferente, en que la Iglesia católica ha subordinado, o intentado hacerlo, al Estado Mexicano. En varias de las guerras extranjeras o internas que México ha librado, la Iglesia católica se ha puesto en contra de los intereses nacionales.

En la actualidad, el Estado tiene un margen de decisión, aunque es un asunto que ya va encontrando algunos consensos internacionales mediante la ONU y sus organismos especializados.¹¹

2.3.3 PROGRESIVIDAD.

La característica de la progresividad implica que su concepción y protección nacional, regional e internacional se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que se refiere al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control. Es la idea que René Cassin expresó como la impresionante expansión del concepto y de su contenido.

¹¹ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., Op. cit. Supra (10) pp. 48.50.

A su vez, esta característica implica la irreversibilidad de los derechos. Una vez reconocidos no es posible desconocerlos. No hay un hacia atrás.

La progresividad permite que se incorporen nuevos Derechos Humanos a la Constitución, que se precisen y amplíen los ya reconocidos, que se eliminen o atemperen limitaciones, que se establezcan nuevas prohibiciones o límites al legislador, que se creen nuevas garantías procesales para su protección o se perfeccionen las existentes, que se ratifiquen instrumentos internacionales que amplían la defensa de los derechos, pero una vez reconocidos, tal acción es irreversible porque, como con toda precisión se ha asentado, sería un contrasentido, un absurdo que "lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental".

Esta característica está relacionada con la fuerza expansiva de los Derechos Humanos, lo que significa que el intérprete —generalmente, pero no sólo, el juez— debe llevar su aplicación y determinación a su máxima expresión.

Asimismo, existen derechos que se van reconociendo y defendiendo en forma progresiva como acontece con algunos de los derechos sociales y económicos, debido a que para poder satisfacerlos, en muchos casos, es necesario que existan los recursos materiales para dicho fin. Empero, esta cuestión es más compleja que esa simple afirmación.¹²

2.3.4 ASPECTO PROTECTOR.

El aspecto protector estriba en que se ampara a toda persona humana, en virtud de que hasta el más poderoso puede llegar a necesitarlo, incluso se ha llegado a sostener que los Derechos Humanos no deben proteger sólo a la persona sino también a la comunidad nacional; sociológica y políticamente a toda la nación. Es cierto, pero hay que tener presente que los derechos se han ganado y han sido reconocidos a la fuerza, por medio de combates violentos.

¹² BIDART CAMPOS, GERMÁN J., Op. cit. Supra (10) p. 55

Los poderosos siempre han intentado impedir que las grandes masas hagan valer lo que les corresponde. Es un hecho histórico. El logro de ese reconocimiento de derechos ha intentado aminorar las constantes históricas de la ley del más fuerte o del pez grande que se come al chico. Entonces, no existe duda alguna que el carácter protector es fundamentalmente para el más débil.

Luigi Ferrajoli lo expresa con gran precisión: -De hecho, puede afirmarse que, históricamente, todos los Derechos Fundamentales han sido sancionados, en las diversas Cartas Constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los Derechos Políticos a los Derechos de los Trabajadores, desde los Derechos de las Mujeres a los Derechos Sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte —iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia. Y han correspondido, en cada uno de estos momentos, a un contrapoder, esto es, a la negación o a la limitación de poderes, de otro modo absolutos, a través de la estipulación de un 'nunca más' pronunciado ante su violencia y arbitrariedad.¹³

2.3.5 INDIVISIBILIDAD.

La característica de indivisibilidad implica que todos los derechos, ya sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o de solidaridad forman una unidad. Desde luego que no se puede conducir una existencia humana si se carece de libertad, igualdad y seguridad jurídica, pero éstas no son suficientes si no se cuenta con un nivel adecuado de satisfactores económicos, sociales y culturales, y será muy difícil disfrutar de esos derechos si el país enfrenta una

¹³ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., Op. cit. Supra (10) p. 59.

guerra civil o externa. Entonces, resulta claro que los derechos humanos son interdependientes entre sí, que unos se apoyan en los otros para integrar la mencionada unidad o bloque.

La característica de la indivisibilidad es diversa del asunto de si todos los derechos tienen la misma jerarquía. Sin entrar a mayor discusión, es claro que el derecho a la vida guarda mayor importancia que muchos otros, como puede ser la inviolabilidad de la correspondencia o la libertad de tránsito. Sin vida los demás derechos pierden cualquier valor para la persona.

También debe decirse que una Constitución puede expresamente señalar la jerarquía superior de algunos derechos, o implícitamente al enumerar aquellos que no pueden suspenderse en ningún caso, ni en el de una grave emergencia.¹⁴

2.3.6 EFICACIA DIRECTA.

La característica de eficacia directa significa que los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por un país vinculan obligatoriamente a todos los poderes públicos —Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Órganos Constitucionales Autónomos—, así como a autoridades, grupos y personas, y para ello no es necesario que una ley desarrolle los alcances de ese derecho humano, aun en el supuesto de que la Constitución señale la existencia de esa ley.

Esta característica responde al principio de la jerarquía de las normas en un orden jurídico. Sería absurdo que el legislador decidiera incumplir la Constitución y los instrumentos internacionales con su simple omisión; su incumplimiento a una obligación que la propia Constitución le señala, subordinaría a ésta a la voluntad del legislativo, convirtiéndola en simple norma secundaria. Esta posibilidad real es una imposibilidad jurídica, de la que deriva la eficacia directa de los Derechos Humanos.¹⁵

¹⁴ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., Op. cit. Supra (10) p. 62.

¹⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., Op. cit. (10) p. 70.

2.4 LA DIGNIDAD HUMANA.

La dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarlo de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad.

La dignidad humana es el reconocimiento de que la persona es algo especial y extraordinario, debido a su racionalidad y a todo lo que ello implica y, en consecuencia, hay que protegerla y defenderla. Así, la dignidad humana singulariza y caracteriza a la persona de los otros seres vivos, debido a su razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad.

El concepto de dignidad humana ha adquirido carácter jurídico: a) al ser incorporado como el fundamento de diversos instrumentos internacionales, y actualmente es claro el valor jurídico de éstos; b) al hacerlo suyo múltiples Constituciones como la base y el fundamento de todo el orden jurídico, político y social, y c) al ser un elemento esencial y orientador en la interpretación de las sentencias constitucionales.

No obstante, la doctrina se preocupa por formular una definición de aristas cien por ciento jurídicas. Así, Diego Valadés define el concepto de dignidad humana como "la suma de las potestades reconocidas a la persona, que le dan el carácter de integrante de la voluntad general y, por ende, autor último de las decisiones del Estado".¹⁶

¹⁶ JORGE CARPIZO, REVISTA MEXICANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Núm. 25, México 2011.

CAPÍTULO III.

TEORÍA DEL DELITO.

La teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los preceptos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano sea a través una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no solo alcanza a los delitos sino a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal, entonces, será objeto de análisis de la teoría del delito aquello de lo cual deriva la aplicación de una pena o una medida de seguridad, así como los casos extremos en los que no obstante existir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el comportamiento humano resulte justificado, no reprochable o bien no punible.¹⁷

3.1 ¿QUÉ ES DELITO?

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

Francisco Carrera máximo exponente de la Escuela Clásica lo define como – la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso –.

Rafael Garófalo, el sabio jurista del positivismo, define el delito natural como – la violación de los sentimientos altruistas de propiedad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad -.

Una definición jurídico-formal del delito es la dada por Edmundo Mezger, quien dice que el delito es una acción punible; esto es el conjunto de los presupuestos de la pena. El propio Mezger elabora también una definición

¹⁷ VILLANUEVA PLASCENCIA RAÚL, TEORIA DEL DELITO, 3ª ed., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2004, p. 15.

jurídico-sustancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

Para Cuello Calón es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.

Jiménez Asúa textualmente dice: “Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”

De las definiciones anteriores se puede concluir que el delito es la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible.¹⁸

3.2. CLASIFICACIÓN DEL DELITO.

La Clasificación Del Delito es una elaboración hecha por el legislador que sirve para distinguir los diversos tipos legales del delito.

A) En función a su gravedad: tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales se han hecho diversas clasificaciones entre las que destacan la tripartita que habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones.

Esta clasificación se encuentra regulada en el Código Penal para el Estado de Guanajuato en el artículo 11.

- a) Crímenes: Se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre.
- b) Delitos: Las conductas contrarias de los derechos nacidos del contrato social.
- c) Faltas o contravenciones: las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

¹⁸ CASTELLANOS FERNANDO, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 3ª ed. Ed. Porrúa, México 2009, pp.125-133.

B) Según la forma de la conducta del agente: Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión.

Esta clasificación se encuentra regulada en el Código Penal para el Estado de Guanajuato en el artículo 8 y 12.

a) Acción: se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinada un hecho positivo del sujeto. Estos delitos violan una ley prohibitiva.

b) Omisión: El objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo no ordenado por la ley. Para el mismo Eusebio Gómez, en los delitos de omisión, las condiciones de que se deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio. Esta clase de delitos violan una ley dispositiva.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

1) Simple omisión: Consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sanciona por la omisión misma.

En esta clase de delitos hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, además se viola una ley dispositiva.

2) Comisión por omisión: Son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por

inactividad, fórmula que se concretiza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer.

En estos delitos además de la violación jurídica se produce un resultado material y se infringe una ley dispositiva y una prohibitiva.

C) Por el resultado: Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales.

Estos delitos se encuentran tipificados en el Código Penal para el Estado de Guanajuato en el artículo 9.

- a) Formales: Son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta se sanciona la acción u omisión en si misma.
- b) Materiales: Son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material.

D) Por la lesión que causan: Con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro.

- a) Daño: Consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada.
- b) Peligro: No causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro.

El peligro es la situación en la que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

El peligro puede relacionarse con la acción o con el resultado, si se vincula a la primera representa una infracción contra una prohibición de peligrosidad, es una acción peligrosa en cambio si se considera el peligro desde el resultado, el efectivamente producido, entonces son hechos de peligro concreto.

La diferencia entre la peligrosidad abstracta y la concreta, es precisamente, que en el primer caso existe una peligrosidad general de la conducta, mientras que en el otro se trata de la producción de resultados de delito real.

E) Por su duración: Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

Esta tipo de delitos se encuentran regulados en el Código Penal para el Estado de Guanajuato en el artículo 10.

- a) Instantáneos: El delito es instantáneo cuando la conducta se agota en el momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal.
- b) Instantáneo con efectos permanentes: Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo.
- c) Continuado: Es continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal.
- d) Permanente: Es permanente cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

Sebastián Soler lo define en los siguientes términos: “Puede hablarse de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueden prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos”.

F) Por el elemento interno o culpabilidad: Teniendo como base la culpabilidad, los delitos se clasifican en dolosos y culposos. Algunos autores y legisladores agregan los llamados preterintencionales.

- a) Doloso: Se habla de delito doloso cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico.
- b) Culposo: En la culpa no se requiere el resultado penalmente tipificado, más surge por el obrar sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común.
- c) Preterintencional: Se perfecciona cuando el resultado sobrepasa la intención.

G) Delitos simples y complejos: En función de su estructura o composición, los delitos se clasifican en simples y complejos.

- a) Simples: Llámense simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única. En ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible.
- b) Complejos: Son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente.

No es lo mismo delito complejo que concurso de delitos. En el delito complejo la misma ley en un tipo crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado; en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero en un mismo sujeto quien las ejecuta.

H) Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes: Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes.

- a) Unisubsistentes: Esta clase de delitos se forman por un solo acto.
- b) Plurisubsistentes: Constan de varios actos. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados, bajo una sola figura; el complejo, en cambio, es el producto de la fusión de dos hechos en sí mismos delictuosos. El delito plurisubsistente es fusión de actos; el complejo, fusión de figuras delictivas.

I) Delitos unisubjetivos y plurisubjetivos: Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo.

- a) Unisubjetivos: Es suficiente para colmar el tipo la actuación de un solo sujeto que concurra con su conducta a formar a conformar la descripción de la ley, pero es posible su realización por dos o más.
- b) Plurisubjetivos: Requiere necesariamente, en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos sujetos para integrar el tipo, igualmente la asociación delictuosa, en donde se exige típicamente el concurso de tres o más individuos.

J) Por la forma de su persecución: Existen en las legislaciones un grupo de delitos que sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes, a estos delito se les conoce como privados o de querella necesaria, también se encuentran los delitos perseguibles previa denuncia y estos son conocidos como perseguibles de oficio.

- a) Privados o de querella necesaria: La persecución únicamente es posible si se llena el requisito previo de la querella de la parte ofendida; mas una vez formulada la querella, la autoridad está obligada a perseguir.
- b) Previa denuncia o de oficio: Son todos aquellos en los que la denuncia puede ser formulada por cualquier persona y la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando

a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Consecuentemente en los delitos perseguidos por denuncia no surte efecto alguno el perdón del ofendido, a la inversa de lo que ocurre en los de querrela necesaria.

K) Delitos comunes, federales, oficiales, militares y políticos: esta clasificación es en función a la materia.

- a) Comunes: Constituyen la regla general; son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales.
- b) Federales: Son aquellos que se establecen en las leyes expedidas por el Congreso de la Unión.
- c) Oficiales: Son aquellos que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.
- d) Militares: Los delitos de orden militar afectan la disciplina del Ejército. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 13, prohíbe a los tribunales militares extender su jurisdicción sobre personas ajenas al Instituto Armado.
- e) Políticos: Generalmente se incluyen todos los hechos que lesionan la organización del Estado en si misma o en sus órganos o representantes.

Para el profesor Fernando Martínez Inclán, lo que caracteriza al delito político es el dolo específico, o sea el propósito, por parte del agente, al alterar la estructura o las funciones fundamentales del Estado.¹⁹

L) Clasificación legal: El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en el Libro Segundo, reparte los delitos en cuatro secciones.

- a) Sección primera: Delitos contra las personas.
 - 1) De los delitos contra la vida y la salud personal.

¹⁹ CASTELLANOS FERNANDO, Op. cit. Supra (18) pp. 135-145.

- 2) De los delitos contra la libertad y seguridad de las personas.
 - 3) De los delitos contra la libertad sexual.
 - 4) De los delitos contra el honor.
 - 5) De los delitos contra el patrimonio.
- b) Sección segunda: Delitos contra la familia.
- 1) De los delitos contra el orden familiar.
 - 2) De la violación a las leyes de inhumación.
- c) Sección tercera: Delitos contra la sociedad.
- 1) De los delitos contra la seguridad pública.
 - 2) De los delitos cometidos en el ejercicio de la profesión, cargo, empleo u oficio.
 - 3) De los delitos contra las vías de comunicación de uso público y violación de la correspondencia.
 - 4) De los delitos de falsificación.
 - 5) De los delitos contra el desarrollo de las personas menores e incapaces.
 - 6) Del delito de lenocinio.
- d) Sección cuarta: Delitos contra el estado.
- 1) Delitos contra la seguridad del Estado.
 - 2) Delitos contra la administración pública.
 - 3) De los delitos contra la procuración y administración de justicia.
 - 4) De los delitos contra la hacienda pública.
 - 5) De los delitos en materia electoral.
 - 6) De los delitos contra el ambiente.²⁰

3.3 ELEMENTOS DEL DELITO.

La palabra elemento proviene del latín elementum, designa "el fundamento o parte integral de una cosa". Dentro del contexto jurídico-penal a la palabra elemento del delito, le damos una connotación restringida, con dicha forma

²⁰ CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

fonética designamos" Cada una de las partes en que puede ser analizado el delito y que le da existencia, al delito en general o especial.²¹

3.3.1 ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Los aspectos o elementos positivos y negativos del delito son aquellos que hacen que el delito se perfeccione y sea delito; en sentido contrario los aspectos negativos son aquellos mediante los cuales no se perfecciona el delito.²²

3.3.2 CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

La conducta es el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La conducta puede ser de acción o de omisión y esta última se subdivide en omisión simple y comisión por omisión.

La conducta tiene tres elementos: un acto positivo o negativo (acción u omisión), un resultado y una relación de causalidad entre el acto y el resultado.

El acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer; mientras la omisión es una inactividad, es cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerla.

Delito de Acción, la acción se define como aquella actividad que realiza el sujeto, produciendo consecuencias en el mundo jurídico, en dicha acción debe

²¹ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Op. cit. Supra (1) p. 630.

²² CASTELLANOS FERNANDO, Op. cit. Supra (18) p. 134.

de darse un movimiento por parte del sujeto, de esta manera, la conducta de acción tiene tres elementos: movimiento, resultado y relación de causalidad.

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. Dicho resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley, será intrascendente que lesione intereses jurídicos protegidos por la ley o sólo los ponga en peligro según el tipo penal.

Según nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el Código Penal en su artículo séptimo, el delito es "el acto u omisión que sancionan las leyes penales", de donde se desprende el elemento conducta pudiéndose presentar como una acción u omisión.

Así pues, la omisión, dice Cuello Calón, es "la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar".

La omisión tiene cuatro elementos: manifestación de voluntad, una conducta pasiva (inactividad), deber jurídico de obrar y el resultado típico jurídico.

Estos delitos se clasifican en delitos de omisión simple o propios y delitos de comisión por omisión o impropios, respondiendo a la naturaleza de la norma, los primeros consisten en omitir la ley, violan una preceptiva, mientras los segundos, en realizar la omisión con un resultado prohibido por la ley. La primera no produce un resultado material, la segunda sí.

En los delitos de simple omisión, se viola una norma preceptiva penal, mientras en los de comisión por omisión se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva penal.

Los delitos de omisión simple producen un resultado típico, y los de comisión por omisión un resultado típico y uno material.

En los delitos de omisión simple, se sanciona la omisión y en los de comisión por omisión, no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.

Ahora bien, el aspecto negativo de la conducta es la ausencia de conducta, la cual abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito. Nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el artículo 15 del Código Penal Federal, en su fracción primera, determina como causa de exclusión del delito: "el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente", esto es la afirmación de que no puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente. El artículo 12 del Código Penal del Estado, menciona como causas excluyentes de incriminación, en su fracción I. "el violar la ley penal por fuerza física irresistible o cuando haya ausencia de voluntad del agente".²³

3.3.3 TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

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

La tipicidad es el encuadramiento de la conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no solo es una pieza técnica, es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.

Los delitos se clasifican en torno al tipo, desde diferentes puntos de vista.

²³ CASTELLANOS FERNANDO, Op. cit. Supra (18) pp. 147-166

A) Por su composición, pueden ser normales y anormales. Los normales se limitan a hacer una descripción objetiva. Los anormales además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos.

B) Por su ordenación metodológica, son fundamentales o básicos, especiales y complementados. Los fundamentales o básicos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos. Los especiales se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen. Los complementarios se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta.

C) En función de su autonomía o independencia, pueden ser autónomos o independientes y subordinados. Los autónomos o independientes tienen vida por sí. Los subordinados son aquellos que dependen de otro tipo.

D) Por su formación son casuísticos y amplios. Los casuísticos prevén varias hipótesis, a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativos); otras con la conjunción de todas (acumulativos). Los amplios describen una hipótesis única, que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.

E) Por el daño que causan, estos delitos son los llamados de daño o de lesión y los de peligro. Los de daño o lesión protegen contra la disminución o destrucción del bien. Los de peligro tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados.

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

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activos o pasivos; si faltan el objeto material o el objeto jurídico; cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, por no darse en su caso la antijuridicidad especial.²⁴

3.3.4 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

La antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, comprende el hacer o no hacer de manera objetiva en la oposición de la conducta con la norma jurídica penal.

Para Carlos Binding, el delincuente viola la norma jurídica no la ley. Por eso él decía: “La norma crea lo antijurídico, la Ley crea la acción punible, o dicho de otra manera as exacta: la norma valoriza, la ley describe.”

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

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía. Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica.

²⁴ CASTELLANOS FERNANDO, Op. cit. Supra (18) pp. 167-177.

Para Edmundo Mezger la exclusión de antijuridicidad se funda en la ausencia de interés y, en función del interés preponderante. En la ausencia de interés el delito viola intereses de colectividad pero en ocasiones el interés social consiste en la protección de un interés privado en el cual el Estado otorga al individuo su defensa; mientras que en el interés preponderante existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante.

Las causas de justificación son: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho y consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

A) Legítima defensa: Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.

El artículo 33, fracción V, del Código Penal para el Estado de Guanajuato expresa: "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 impedirle." De esto se desprenden los elementos de la legítima defensa que son: repulsa de una agresión (repeler equivale a rechazar, impedir, evitar); la agresión a de ser: real (objetiva, verdadera, concretamente existente y no imaginaria), actual o inminente (contemporánea del acto de defensa; que está aconteciendo, o bien, muy próxima o cercana y no remota), sin derecho (antijurídica, ilícita, contraria a normas objetivas del Derecho. Si la agresión es justa, la reacción no puede quedar legitimada); la agresión debe recaer en bienes jurídicos propios o ajenos y estos pueden pertenecer a personas físicas o morales; y, la necesidad racional de la reacción defensiva.

B) Estado de necesidad: Cuello Calón define el estado de necesidad como el peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo

puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

El artículo 33, fracción VI, del Código Penal para el Estado de Guanajuato cita: En situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurran 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.

No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.

Diferencias entre legítima defensa y estado de necesidad. El estado de necesidad difiere de la legítima defensa es que constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto la defensa es reacción contra el ataque; en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella; la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo y otro ilícito, en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.

Los elementos del estado de necesidad son: una situación de peligro, real, actual o inminente; que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente; que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado; un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y, que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

C) Cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho: Estas causas de justificación se encuentran contempladas en el artículo 33, fracción III, del

Código Penal para el Estado de Guanajuato en el cual se plasma: Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

D) Consentimiento del titular del bien jurídico afectado: El artículo 33, fracción IV, del Código Penal para el estado de Guanajuato incluye esta causa de justificación expresando: Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares.²⁵

3.3.5 IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender dentro del campo del Derecho Penal. La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad ya que para ser culpable se necesita primero ser imputable.

Los aspectos de la imputabilidad son: La salud mental (el querer); y, el desarrollo físico (entender). Estos aspectos deben tomarse en cuenta en el momento en que se realice la conducta.

Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea en el desarrollo físico o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Las causas de inimputabilidad son: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.

A) Trastorno mental: Incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión.

Puede ser transitorio o permanente, por la ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Sólo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

²⁵ CASTELLANOS FERNANDO, Op. cit. Supra (18) pp. 178-216.

B) Desarrollo intelectual retardado: Incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión.

Puede ser transitorio o permanente, por la ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Sólo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

C) Miedo grave: Contemplado en la fracción VI del art. 15 del Código Penal Federal, es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave. Es algo de naturaleza interna, a diferencia del temor, que tiene su origen en algo externo; por tanto el temor fundado es causa de inculpabilidad.

D) Minoría de edad: Se considera que los menores de edad carecen de madurez y, por tanto, de capacidad de querer y entender. De lo anterior se concluye que el menor no comete delitos, sino infracciones a la ley.

Las causas de inimputabilidad se encuentran reguladas en el artículo 33, fracción VII, del Código Penal para el Estado de Guanajuato, el cual cita: Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Cuando el agente sólo haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 35.²⁶

²⁶ CASTELLANOS FERNANDO, Op. cit. Supra (18) pp. 217-232.

3.3.6 CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo.

La teoría psicologista señala que la culpabilidad es un nexo intelectual y emocional o volitivo que liga al sujeto con el resultado de su acto. El primero señala el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta; y, la segunda la suma de dos querer: de la conducta y del resultado.

Para la teoría normalista, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche. Es un conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

La culpabilidad reviste dos formas: el dolo y la culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).

A) El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

El dolo se clasifica en, directo, indirecto, eventual e indeterminado.

a) El dolo directo es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Para Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.

b) El dolo indirecto se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

c) El dolo eventual existe cuando el agente se presenta como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.

d) El dolo indeterminado se presenta si el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

El dolo se encuentra contemplado en los artículos 12 y 13, del Código Penal para el Estado de Guanajuato; en el Código Penal Federal se encuentra en los artículos 8 y 9.

B) Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso previsible y penado por la ley (Cuello Calón).

Para determinar la naturaleza de la culpa se han elaborado diversas teorías. Adquieren relevancia fundamental las siguientes: de la previsibilidad; de la previsibilidad y evitabilidad; y, del defecto de la atención.

La teoría de la previsibilidad consiste en la previsibilidad del resultado no querido, dice que la culpa es la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsible del propio hecho. Esta teoría fue sostenida por Francisco Carrara.

La teoría de la previsibilidad y evitabilidad acepta la teoría de previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitarle o previsible. Esta teoría fue expuesta por Carlos Binding.

La teoría del defecto de la atención sostenida principalmente por Angliolini, dice que hay una violación de un deber de atención impuesto por la ley.

La culpabilidad está estructurada por tres elementos que se tienen que dar simultáneamente para que el sujeto sea culpable: La imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido; y, la inoperancia de la no exigibilidad de otra conducta.

a) Imputabilidad: Se excluyen aquellos supuestos donde el sujeto goza de salud psíquica por carecer de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado (a contrario sensu primera parte de la fracción VII, del artículo 33, del Código Penal del Estado de Guanajuato).

b) Conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido: La norma penal al individuo, en la medida en que éste conoce el contenido de sus prohibiciones, el sujeto ignora que su actuar está prohibido por la norma, ya por desconocimiento de la existencia de la ley, del alcance de la misma, o por creer fundadamente que su acción está justificada, por lo que es inculpable, (inciso b, de la fracción VIII, del artículo 33, del Código Penal para el Estado de Guanajuato).

c) La inoperancia de la no exigibilidad de otra conducta: Racionalmente a nadie se le puede exigir un comportamiento distinto al realizado, si no pudo actuar conforme a Derecho (fracción IX, artículo 33, del Código Penal para el Estado de Guanajuato).

Dos son las especies principales de la culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

La culpa consciente, con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo

quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción.

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible. Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia.

La inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad. Luis Jiménez de Asúa, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

Las causas de inculpabilidad son por error, ignorancia, obediencia jerárquica, eximentas putativas, violencia moral y miedo, estados de necesidad en los que colisionan bienes de igual jerarquía y la no exigibilidad de otra conducta. Estas causas de inculpabilidad se encuentran reguladas en el artículo 33, fracciones VIII, IX, y X, del Código Penal para el Estado de Guanajuato.

A) El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Según los escolásticos el error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente. El error se divide en error de hecho y error de derecho.

El error de Derecho o prohibición:

- a) Penal: Recae en la norma penal, en cuanto a su contenido y significación.
- b) Extra-penal: Versa sobre ese mismo contenido, pero en tanto se yerra respecto a un concepto jurídico perteneciente a otra rama del Derecho.

El error de hecho:

- a) Esencial: recae sobre un elemento, cuyo desconocimiento afecta el factor intelectual del dolo, por ser tal elemento requisito constitutivo del

tipo, o bien fundante de una conducta justificada. El error esencial puede ser vencible o invencible, según deje subsistente la culpa o borre toda culpabilidad.

b) Accidental: es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales de hecho, sino secundarias.

1) En el golpe: se da cuando el resultado no es el precisamente querido, pero a él equivalente.

2) En la persona: es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito.

3) En el delito: si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

B) La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, por lo que es de esperarse que la conducta se realice en sentido negativo. El error, por su parte, es una idea falsa o equivocada respecto a un objeto, cosa o situación, lo cual constituye un estado positivo.

C) La obediencia jerárquica: cumplimiento de mandatos antijurídicos o cumplimiento de órdenes antijurídicas. En Derecho penal, es una situación que exime de responsabilidad penal por delitos cometidos en el cumplimiento de una orden impartida por un superior jerárquico; el subordinado, autor material de los hechos, se beneficia de esta eximente, dejando subsistente la sanción penal de su superior.

D) Eximentas putativas: Se entienden las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica, permitida, lícita, sin serlo.

F) Legítima defensa putativa: Si el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión. Para Jiménez de Asúa, la defensa putativa se da si el sujeto

reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto y en realidad se halla ante un simulacro.

Delito putativo: Es aquel en el que el sujeto imagina que comete un delito pero en realidad su actuación no es típica.

Delito imposible: En el delito imposible no existe objeto del delito por dos razones: 1) no existe bien jurídico tutelado; y, 2) se utiliza un medio no idóneo.

G) Estado necesario putativo: Ignacio Villalobos, considera que el exceso es consecuencia del error, el cual puede deberse por inexistencia del peligro (que se cree amenaza) por no haber evitado el peligro real existente por otro medio menos dañoso que el que se empleó o bien por una falsa apreciación valorativa en cuanto a los bienes, creyendo que los que defendía valían más que los lesionados, creencia sincera. En tal caso el hecho es ilícito porque la situación no era realmente como se la imaginó el agente tal como se exige que sea para que opere el estado de necesidad como causa de justificación; pero en virtud de la ignorancia podría operar una excluyente de inculpabilidad.

H) Deber y derecho legales putativos: Puede pensarse en la posibilidad de una conducta contraria al orden jurídico y sin embargo su autor suponga, por error, pero fundadamente, actuar en el ejercicio de un derecho que no existe, o en el cumplimiento de un deber no concurrente.

I) La no exigibilidad de otra conducta: El artículo 33, fracción IX, del Código Penal para el Estado de Guanajuato, cita: Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.²⁷

²⁷ CASTELLANOS FERNANDO, Op. cit. Supra (18) pp. 234-274.

3.3.7 PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

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

En resumen la punibilidad es:

- A) Merecimiento de penas.
- B) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales.
- C) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley.

La ausencia de punibilidad. En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. Y estas son establecidas por el legislador en las leyes.

Algunas especies de excusas absolutorias:

- A) Excusa en razón de mínima temibilidad.
- B) Excusa en razón de la maternidad consciente.
- C) Excusa por inexigibilidad.
- D) Excusa por graves consecuencias sufridas.²⁸

²⁸ CASTELLANOS FERNANDO, Op. cit. Supra (18) pp. 275-282.

CAPÍTULO IV.

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL.

El Derecho Constitucional es el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus órganos y a las relaciones de éstos entre sí y con los particulares, por lo que se puede decir que el Derecho constitucional es el que se encarga de estudiar los problemas desde un punto de vista del origen del Estado. La constitución es la ley de mayor importancia en la vida de nuestro país. Establece la forma de gobierno, la organización y composición y las facultades del Estado Mexicano; indica además la forma en que el gobierno y el pueblo deben establecer relaciones, y es un programa que debe guiar las acciones de ambos.²⁹

El Derecho Internacional está formado por las normas jurídicas internacionales que regulan las leyes de los Estados. Los acuerdos y tratados internacionales, las notas diplomáticas, las enmiendas y los protocolos forman parte de esta rama del derecho.³⁰

El Derecho internacional se divide en dos el público y el privado.

El Derecho Internacional Público es la rama del derecho público exterior que estudia y regula el comportamiento de los Estados y otros sujetos internacionales, en sus competencias propias y relaciones mutuas, sobre la base de ciertos valores comunes, para realizar la paz y cooperaciones internacionales, mediante normas nacidas de fuentes internacionales específicas. Es el ordenamiento jurídico de la Comunidad Internacional.³¹

El Derecho Internacional Privado es aquella rama del Derecho que tiene como objeto los conflictos de jurisdicción internacionales, los conflictos de ley

²⁹ NAVA ARTEAGA ELISUR, DERECHO CONSTITUCIONAL, 4ª ed., Ed. Oxford, México 2013, p. 2

³⁰ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Op. cit. Supra (1) p.543.

³¹ ORTIZ AHLF LORETTA, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, 3ª ed., Ed. Oxford, México 2004, p. 3

aplicable, los conflictos de ejecución y determinar la condición jurídica de los extranjeros.

Esta rama del Derecho analiza las relaciones jurídicas internacionales ya sea entre privados, o donde existe un interés privado. Esta relación jurídica tiene la particularidad de tener un elemento extraño al derecho local, que suscita ya sea conflictos de jurisdicción o de ley aplicable, y su fin es determinar quién puede conocer sobre el tema y que derecho debe ser aplicado.³²

4.1 CONCEPTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.

Conjunto de normas jurídicas que regulan la organización fundamental del Estado. Rama del Derecho Público que estudia estas normas. El Derecho Constitucional clásico se centra en la Constitución como esquema de normas de organización y utiliza el método positivo. Posiciones doctrinales más modernas propugnan un enfoque dinámico, que incluya el estudio de las ideologías y la realización social en que se enmarca la norma constitucional. El Derecho Constitucional Comparado estudia las Constituciones de distintos estados, examinando sus peculiaridades y contrastes.

Es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto organizar al estado y el funcionamiento de sus poderes, con el objeto de salvaguardar la libertad de los seres humanos en una convivencia pacífica.³³

4.2 FUENTES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

La palabra fuente deriva del latín “frontis”, que significa ‘provenir’, ‘derramar’, ‘brotar’, ‘emerger’. Se refiere al manantial de agua. Etimológicamente fuente es el “lugar de donde emana o fluye algo”. Fuente es el origen de algo. En sentido figurado significa aquello que es principio fundamental u origen de algo. Por

³² VACA CONTRERAS FRANCISCO, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PARTE GENERAL, 5ª ED., Ed. Oxford, México 2010, p. 4.

³³ QUIROZ ACOSTA ENRIQUE, LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Ed. Porrúa, México 2002, p.20.

fuentes del Derecho se entiende al conjunto de fenómenos y serie de actos creadores del Derecho en general.

México tiene un sistema federal. Por lo tanto, se puede justamente hablar de un derecho constitucional general o federal y de un Derecho Constitucional local o de las entidades federativas. Los principios básicos de organización política del Estado Mexicano se encuentren en el Derecho Constitucional general.

Las fuentes del Derecho Constitucional Mexicano son:

A) La Constitución.

B) La Jurisprudencia.

C) La Costumbre.

D) Las leyes que reglamentan preceptos constitucionales o que precisan los órganos creados por la propia Constitución.

E) La Doctrina.

F) Algunas reglas de juego del sistema político.

A) La Constitución: fue expedida el 5 de Febrero de 1917 y entro en vigor el primero de mayo de ese año. A su vez, las fuentes de la constitución son de carácter mediato e inmediato. Mediato es el por qué, la causa de la creación de la constitución, e inmediato es quien hace la constitución.³⁴

Es un complejo normativo de naturaleza suprema y fundamental. Es un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de organizar un estado, ellas regulan el uso del poder, garantizan el respeto a las libertades y permiten el ejercicio de derechos; son de jerarquía superior, permanentes, escritas generales y reformables.³⁵

³⁴ JORGE CARPIZO Y JORGE MADRAZO, INTRODUCCIÓN AL DERECHO MEXICANO TOMO I, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, p. 112.

³⁵ NAVA ARTEAGA ELISUR, Op. cit. Supra (29), p. 1.

B) La Jurisprudencia: La propia Constitución en su artículo 94 señala que la ley fijara los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación acerca de la interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción o modificación. El pleno de la suprema corte tiene en sus manos, como regla general, la interpretación última de la constitución.³⁶

C) La Costumbre: El orden jurídico mexicano es primordialmente de carácter escrito. Una costumbre constitucional no puede derogar un precepto de la ley fundamental por solo este puede ser alterado o abrogado a través del procedimiento que para su reforma señala la propia Constitución. Sin embargo en México existen costumbres constitucionales.³⁷

D) Las leyes que reglamentan preceptos constitucionales o que precisan los órganos creados por la propia Constitución: Como ejemplo podemos señalar la Ley de Amparo, que reglamente la garantía constitucional más importante del país, y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, que reglamentan lo relativo a los partidos políticos nacionales.³⁸

F) La Doctrina: Del latín "doceo" enseñanza, conjunto de teorías y proposiciones científicas que elaboran los estudiosos en Derecho y, que sirven de guía para los legisladores y para quienes proyectan reformas a la Constitución y nuevas leyes políticas.³⁹

G) Algunas reglas de juego del sistema político: Estas reglas no se encuentran escritas ni tienen carácter jurídico, pero existen, conforman y modifican, el funcionamiento de varias instituciones asentadas en la ley fundamental.⁴⁰

³⁶ JORGE CARPIZO Y JORGE MADRAZO, Op. cit. Supra (34) p. 113

³⁷ JORGE CARPIZO Y JORGE MADRAZO, Op. cit. Supra (34) p. 114

³⁸ JORGE CARPIZO Y JORGE MADRAZO, Op. cit. Supra (34) p. 115

³⁹ JORGE CARPIZO Y JORGE MADRAZO, Op. cit. Supra (34) p. 116

⁴⁰ JORGE CARPIZO Y JORGE MADRAZO, Op. cit. Supra (34) p. 117.

4.3 LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma suprema de los Estados Unidos Mexicanos. Es el hacer político y legal para la organización y relación del gobierno federal con los Estados de México, los ciudadanos y todas las personas que viven o visitan el país. La actual Constitución es una aportación de la tradición jurídica mexicana al constitucionalismo universal, dado que fue la primera constitución de la historia en incluir muchos derechos sociales. Y era, por mucho, adelantada a todas las de esa época.

4.4 ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL.

La Constitución Mexicana está dividida en 9 Títulos, que contienen 136 Artículos y 19 transitorios. El Primer Título y sus 38 artículos hablan acerca de los Derechos Humanos, las Garantías Individuales, y la ciudadanía mexicana (parte dogmática), mientras que los siguientes 98 artículos definen la estructura del Estado Mexicano (Parte orgánica).

4.4.1 PARTE DOGMÁTICA.

La parte dogmática de la Constitución, se habla de aquella parte que consagra valores superiores de una sociedad, que postula los principios y fines estatales, y las libertades a proteger principalmente por el ordenamiento jurídico. En síntesis: se trata de un conjunto de normas que establecen los principios básicos que orientan la vida del Estado y los derechos de las personas.

La Constitución Mexicana contempla esta parte es sus primeros 38 artículos.

4.4.1.1 GARANTÍA DE IGUALDAD.

Esta garantía tiene como objeto evitar los privilegios injustificados y colocar a todos los gobernados en la misma situación frente a la ley.

La igualdad jurídica consiste en evitar las distinciones que se hagan por raza, sexo, edad, religión, profesión, posición económica, etcétera.⁴¹

Presentaremos de manera breve la finalidad de cada artículo.

Art. 1º Goce para todo individuo de las garantías que otorga la constitución.

Art. 2º Prohibición de la esclavitud.

Art. 4º Igualdad de derechos sin distinción de sexo.

Art. 12º Prohibición de títulos nobiliarios.

Art. 13º Prohibición de fueros.

4.4.1.2 GARANTÍA DE LIBERTAD.

Libertad es considerada la capacidad del hombre para decidir por sí mismo sobre las acciones de su vida, así como sus objetivos y sus metas a alcanzar. Las garantías de libertad tutelan la capacidad jurídica para el actuar libre del hombre que vive dentro de una sociedad, respetando la esfera jurídica en que se encuentre, la cual debe garantizar su ejercicio pleno.

Las garantías de libertad son un conjunto de derechos públicos subjetivos para ejercer sin vulnerar los derechos de otras personas, libertades específicas que las autoridades del Estado deben respetar, y que no pueden tener más restricciones que las expresamente señaladas en la Constitución.⁴²

Esta garantía está en los artículos. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 16, 24 y 28. Siendo la libertad el derecho de elegir aquello que es bueno para una persona.

Art. 5º Es la libertad de elegir cualquier profesión que se desee, siempre y cuando sea lícita, además de hablar de la justa retribución del trabajo efectuado por alguien.

⁴¹ BURGOA IGNACIO, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, 41ª ed., Ed. Porrúa, México 2009, p. 257.

⁴² BURGOA IGNACIO, Op. cit. supra (41) p. 307.

Art. 6º Habla de la libertad de expresión, excepto si se ataca la moral, derechos de terceros, provoque un delito o altere el orden público.

Art. 7º Libertad de escribir y publicar sobre cualquier materia

Art. 8º Los funcionarios y empleados públicos respetaran el ejercicio del derecho de petición, siempre y cuando, sea por escrito y de manera pacífica.

Art. 9º Libertad de asociación y reunión libre con objetivos lícitos, que no sea reunión armada, sin producir amenazas.

Art. 10º Derecho a poseer armas por seguridad y defensa propia, a excepción de las prohibidas y las reservadas para el ejército.

Art. 11º Libertad de tránsito, de entrar y salir del país, viajar por el y mudar de residencia cuanto se desee.

Art. 16º La correspondencia cubierta por estafetas estar libre de registro.

Art. 24º Libertad de creencia religiosa.

Art. 25 prohibición de monopolios.

4.4.1.3 GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

Las garantías de seguridad jurídica son la base principal para cualquier sistema jurídico ya que ante la imposibilidad material de que en un artículo se contengan todos los derechos públicos subjetivos del gobernado, lo que no se contenga en un precepto constitucional, debe de encontrarse en los demás, de tal forma, que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por tanto en estado de indefensión.

La seguridad jurídica es la certeza que debe tener el gobernado de que sus personas familias y posiciones o sus derechos están respetados por la autoridad, y si esta debe producir una afectación en ellos debe ajustarse a los procedimientos que la ley le obliga.⁴³

⁴³ BURGOA IGNACIO, Op. cit. Supra (41) p. 504.

Estos son derechos y principios de protección a favor del gobernado.

Art. 14º Dice que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, libertad y de sus propiedades, a menos que se llegue a esto por algún delito. Que la ley debe ser aplicada exactamente como es, y que las sentencias deberán ser según la interpretación de la ley, si no la hubiera sería por el derecho.

Art. 15º No se puede extraditar reos políticos, ni delincuentes de del orden común que hayan estado en él termino de esclavos en otro país, ni la celebración de convenios en virtud de alterar sus garantías y derechos establecidos.

Art. 16º Prohíbe el que alguien (autoridad) quiera molestar a alguien o irrumpir en su casa sin una orden judicial, la cual no podrá ser expedida a menos que haya alguna denuncia. Las visitas domiciliarias están permitidas pero solo para revisar el cumplimiento de las normas (esto es un cateo).

Art. 17º Nadie puede hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos. Pero se tiene derecho a recibir justicia, gratuitamente. Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter civil.

Art. 18º Solo habrá lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal. Los gobiernos de la Federación y los estados organizaran el sistema penal. La federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones para menores infractores.

Art. 19º Ninguna detención podrá sobrepasar los 3 días sin haberse declarado una auto de formal prisión (se aclararan el delito, lugar, tiempo, circunstancias y los datos de la averiguación). Todo proceso se seguirá por el delito señalado, si hubiese otro, se tendría que repetir el proceso con el otro delito.

Art. 20º consagra 10 garantías de seguridad de todo procesado:

Libertad bajo fianza.

Derecho a no declarar en su contra.

Derecho a conocer el delito del que lo acusan y quien le acusa.

Derecho a tener un careo con los testigos que declaren en su contra.

El que se reciban los testigos y las pruebas que ofrezcan.

Ser juzgado en audiencia pública.

Que le faciliten todos los datos que solicite para su defensa.

Ser juzgado antes de 4 meses, si su condena no excede los 2 años de prisión y 6 meses si lo excede.

Poder defenderse solo o por un abogado suyo o de oficio.

No se podrá prolongar la prisión por ninguna cosa de dinero, y tampoco la prisión preventiva por ninguna cosa.

Art. 21° Solo la autoridad judicial podrá imponer penas. La persecución de delitos es del ministerio público (con la policía judicial). Si se trata de multas se tendrá que tomar en cuenta el ingreso o sueldo que tenga el infractor.

Art. 23° Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias, nadie puede ser juzgado por el mismo delito. Queda prohibida la práctica de absolver la instancia.

Art. 29° Habla de cuando se cancelan ciertas garantías individuales, que sería en caso de guerras o invasiones, que atenten contra nuestra sociedad, será por tiempo limitado, determinados lugares o todo el país.

4.4.1.4 GARANTÍA DE PROPIEDAD.

Las garantías de propiedad dan reconocimiento de la propiedad privada que la nación puede establecer sobre las tierras y aguas a favor de los particulares.

La propiedad de las tierras y aguas nacionales corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ella a los particulares constituyendo la propiedad privada.

La expropiación, solo se hará en utilidad pública y con indemnización. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.⁴⁴

Esta clasificación es solo para el artículo 27.

4.4.2 PARTE ORGÁNICA.

La parte orgánica, determina la estructura del Estado, jerarquías, procedimientos y las competencias de los diversos órganos que integran el poder público. Por consiguiente tiene un énfasis instrumental y mecánico en el buen sentido de estas palabras pues organiza los poderes, sus funciones, competencias y hasta procedimientos.

4.4.2.1 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

Toda constitución, por el hecho de serlo, goza del atributo de ser suprema. Para poder constituirse requiere estar por encima de toda institución jurídica, es preciso que todo le sea inferior; lo que no lo es, de una u otra forma, es parte de ella. En lo normativo a nada se le reconoce como superior a ésta. Constituye, organiza, faculta, regula actuaciones, limita y prohíbe. Esto va con su naturaleza.

El principio de supremacía constitucional se establece de forma expresa en el artículo 133: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones

⁴⁴ BURGOA IGNACIO, Op. cit. Supra (41), p. 457.

en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados. Queda reiterado en los artículos 40 y 41.

La Constitución, en lo que se refiere a determinado tipo de violaciones a su texto, establece vías en virtud de las cuales se anulen: el amparo, que se limita, principalmente, a derechos humanos y sociales; la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, para otra clase de violaciones. Para otras, que son graves, no existe vía para enmendarlas. Esto no impide que aquélla se considere suprema.

El atributo de ser superior es imponible a particulares y órganos de autoridad; todos estas sujetos a lo que disponga su texto. Hay sanciones para quienes lo desconozcan o infrinjan.⁴⁵

4.5 PIRÁMIDE DE KELSEN.

Hans Kelsen es considerado como el padre del positivismo jurídico. Según esta corriente el Derecho es una obra que proviene del Estado, ya que éste es el único facultado mediante una norma primigenia constitucional para el diseño del cuerpo normativo jurídico, el cual le dará forma y contenido a la regulación de la vida social.

La piedra angular en la cual descansa todo orden normativo jurídico, según Kelsen, se llama Constitución y debido a que desde la perspectiva positivista el Derecho surge del Estado y el Estado a su vez se configura mediante el Derecho a través de una norma constitucional, se genera así una identidad en donde el Derecho es igual al Estado y el Estado es igual al Derecho.

El sistema positivo de normas legales en el cual se funda un Estado se estructura de manera jerarquizada en la denominada Pirámide de Kelsen, aun cuando él mismo nunca la haya denominado así. El padre del positivismo jurídico se refería más bien a una jerarquía de normas legales en la cual un

⁴⁵ NAVA ARTEAGA ELISUR, Op. cit. Supra (29) p. 3.

estamento depende del anterior, apoyándose todo el cuerpo de leyes en una base conformada por la norma constitucional.

La jerarquía de normas jurídicas propuesta por Kelsen es la siguiente: En primer lugar coloca la norma constitucional seguida de las normas federales, generales y reglamentarias; en tercer lugar coloca la norma orgánica y secundaria, y por último las normas individuales.

La norma constitucional es la base en la cual descansa todo el aparato de normas jurídicas. En ella reside la supremacía jurídica estatal y es el pacto que todos hemos celebrado para depositar en un tercero, denominado Estado, parte de nuestras libertades fundamentales a fin de que éste las garantice y preserve la observancia del orden legal.

La Constitución también es conocida como norma fundamental, madre o suprema y es el basamento en el cual descansa todo el aparato estatal. Una constitución como la nuestra, de carácter federal, tiene dos grandes apartados, el relativo a los derechos humanos o fundamentales de los individuos, también llamadas garantías individuales. La otra consiste en las atribuciones y estructura del poder público, el cual según la teoría de la separación del ejercicio del poder en órganos públicos delimita las funciones ejecutiva, legislativa y judicial o jurisdiccional. Las partes constitucionales descritas reciben el nombre de dogmática y orgánica respectivamente.

En la norma constitucional se apoyan las leyes federales, generales y reglamentarias.

Las primeras son aquellas que se aplican indistintamente en las treinta y un entidades federativas que comprende nuestra federación, así como en el Distrito Federal, es decir su aplicación es en el territorio nacional.

Las normas generales son los ordenamientos que regulan situaciones jurídicas de manera amplia, estableciendo principios de validez legal cuya aplicación es

extensiva a todos los supuestos jurídicos que pertenezcan a la materia que regula. Como ejemplo de norma general se encuentra el Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece las disposiciones aplicables en materia de sujetos, hechos y actos jurídicos en relaciones de derecho privado civil o común.

Mientras tanto, las disposiciones reglamentarias son aquellas que detallan el contenido de un artículo de la Constitución, en otras palabras desarrollan de manera explícita el objeto y regulación de un precepto constitucional en una norma jurídica especial. Como ejemplos de una ley federal se encuentra la Ley Federal de Correduría Pública y de una ley reglamentaria encontramos la Ley Federal del Trabajo, reglamentaria del apartado A del artículo 123 constitucional.

Generalmente toda ley establece en sus primeros artículos cuál es su objeto de regulación. Por lo que cuando un ordenamiento normativo señale que le corresponde regular o reglamentar lo dispuesto en un determinado precepto de la Constitución Federal, se tratará entonces de una ley reglamentaria.

Como un dato relevante cabe mencionar que ni toda ley reglamentaria será una ley federal y ni toda ley federal será una ley reglamentaria, tal como ocurre con la Ley Federal de Correduría Pública que se ha mencionado anteriormente.

La siguiente categoría es la norma orgánica y la ley secundaria. Por ley orgánica se entiende el ordenamiento jurídico que establece y desarrolla las atribuciones y facultades de las unidades administrativas que comprende el aparato estatal, ya sea en su función ejecutiva, legislativa o judicial. Así se encuentra como ejemplo clásico de ley orgánica a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. En tanto la ley secundaria es aquel conjunto de normas que regula una materia en específico, sin tener necesariamente el carácter de norma general. Tal es el caso de la Ley para regular las sociedades de información crediticia.

Finalmente, se localizan las normas individualizadas entendiendo por éstas las que regulan una situación jurídica específica, dirigida a sujetos de derecho determinados y cuyos alcances legales sólo le afectan a estos. Tal es el caso de las sentencias y los contratos. En las primeras, la resolución pronunciada por un juez sólo afecta a las partes que intervinieron en un proceso ante un tribunal, mientras que en un contrato las obligaciones y derechos únicamente recaen en los sujetos contratantes.

Esta estructura jerárquica de normas jurídicas se encuentra tanto a nivel federal como en el fuero local, sólo que en este último caso la norma constitucional será la que tenga la entidad federativa, por ejemplo Chihuahua, Morelos o Colima, la ley federal pasa a ser una disposición local, la general permanece igual, la reglamentaria detalla algún artículo de su constitución estatal y el resto de los ordenamientos jurídicos no sufre cambio alguno, es decir también cuenta con leyes orgánicas, secundarias e individualizadas.⁴⁶

⁴⁶ JORGE CARPIZO Y JORGE MADRAZO, Op. cit. Supra (34) pp. 155- 161.

CAPÍTULO V.

HOMICIDIO EN RELACIÓN CON LA EUTANASIA.

5.1 ¿QUÉ ES HOMICIDIO?

Es un delito que consiste en una acción u omisión mediante la cual se priva de la vida a otra persona ya sea dolosa o culposamente. El término procede etimológicamente del latín homicidium, un compuesto de homo, "ser humano", y caedere, "matar", de modo que literalmente significa "matar a un ser humano". Es una conducta reprochable, es decir típica, antijurídica y por regla general culpable, que consiste en atentar contra el bien jurídico de la vida de una persona física.⁴⁷

En el artículo 138, del Código Penal para el Estado de Guanajuato, cita: Comete homicidio quien priva de la vida a otro.

El Código Penal no da una definición de homicidio pero de entre sus líneas podemos interpretar que homicidio es privar de la vida a otro.

5.2 CLASIFICACIÓN DE HOMICIDIO.

En el Código Penal para el Estado de Guanajuato clasifica este delito de la siguiente forma:

- A) Homicidio simple.
- B) Homicidio calificado.
- C) Homicidio con consentimiento valido del sujeto pasivo.
- D) Homicidio culposo.
- E) Homicidio doloso.

⁴⁷ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Op. cit. Supra (1) p. 770.

F) Homicidio en razón de parentesco o relación familiar.

A) Homicidio simple: se configura cuando un ser humano, con dolo o intención pone fin a la vida de otro ser humano, sin que se configuren las circunstancias que la ley prevé para atenuar la figura, o agravarla. Esta figura del homicidio se encuentra regulada en el artículo 139.

B) Homicidio calificado: a contrario sensu del homicidio simple, éste se da cuando se configuren las circunstancias que la ley prevé para atenuar la figura, o agravarla. Esta clase de homicidio lo encontramos en el artículo 140 y las hipótesis para que se perfeccione y sea calificado las encontramos en el artículo 153.

C) Homicidio con consentimiento válido del sujeto pasivo: Se encuentra regulado en el artículo 141 y cita lo siguiente: A quien cometa homicidio con consentimiento válido del sujeto pasivo se le aplicará de tres a doce años de prisión y de treinta a ciento veinte días multa.

D) Homicidio doloso: Se da cuando exista la intención positiva de inferir la muerte a la víctima. Es decir, que el sujeto activo tiene la capacidad de querer y entender las consecuencias de su conducta y producir el resultado de muerte. Se encuentra tipificado en el artículo 151.

E) Homicidio culposo: Se perfecciona cuando se conoce el posible resultado de muerte y sin embargo se cree poder evitarlo, pero falla y esta se produce. También se presenta cuando definitivamente se ignora dicho resultado, pero de igual forma se mata. La punibilidad en este caso surge amparada por el deber que toda persona tiene de abstenerse de causar daño a otra, y las acciones carentes de intención y omisiones que conlleven a la muerte serán susceptibles de juzgarse conforme a las leyes penales.

F) Homicidio en razón de parentesco o relación familiar: Se encuentra contemplado en el artículo 156: A quien prive de la vida a su ascendiente o

descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubinario o concubina, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación, se le sancionará con prisión de veinticinco a treinta y cinco años y de doscientos cincuenta a trescientos cincuenta días multa.

5.3 ¿QUÉ ES EUTANASIA?

La palabra eutanasia deriva del griego eu-thánatos cuyo término acuñado a la voz castellana eutanasia, eu (bien) y Thanatos (muerte), buena muerte, tal concepto en el tiempo actual tiene una gran connotación, cuando entra en pugna el derecho a morir con dignidad sin necesidad de recurrir a sofisticados adelantos médicos y tecnológicos, el tema de la eutanasia tiene un enorme interés, no solo académico, filosófico, ético, legal, sino que principalmente práctico, para el médico que atiende y da tratamiento a los enfermos, muchos de ellos con dolencias malignas, degenerativas neurológicas entre otras más por consiguiente incurables.⁴⁸

Criterios que existen a cerca del concepto de Eutanasia:

A) Los que establecen que la eutanasia es un derecho que debe de tener cada individuo, para dar muerte a un enfermo incurable:

a) Francisco Bacón. La eutanasia es un derecho que asiste a una persona para dar muerte a otra por motivos de piedad, cuando los dolores son insoportables y no hay esperanza de salvación.

b) Osvaldo Romo Pizarro, es la práctica que se traduce en el supuesto derecho para matar a una persona anticipándose a la llegada de la muerte a fin de suprimir su dolor, provenientes de una enfermedad o lesión incurable.

B) Los que hacen referencia a la voluntad del enfermo, la cual siempre debe de existir:

⁴⁸ MARCELO PALACIOS, SOY MI DIGNIDAD, EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO, Ed. Libros en red, España 2009, p. 68.

a) León Lattes, la muerte dada a petición del enfermo doloroso e incurable, para acortar su tormentosa agonía.

b) Juan Palomar De Miguel, muerte sin sufrimiento físico y en sentido estricto, provocada de esta manera o voluntariamente.

C) Aquellos individuos que actúan por piedad y provocan la muerte del enfermo:

a) Quilino M. Polaino Lorente, es una muerte dulce y tranquila que se procura dar a los enfermos incurables y a los moribundos antes de que su vida se extinga en una agonía amasada con sufrimientos y sin esperanza.

b) Guillermo Cabanellas De Torres, Muerte sin dolor canónicamente, muerte sin remordimiento o en la especie humana, en la generación de la misma.

c) Raúl Goldstein, muerte sin dolor, sin sufrimiento, muerte dulce, en sentido estricto, es la muerte provocada por un sentimiento de piedad para acortar el sufrimiento del agonizante.

D) Los que comparten criterios similares:

a) Luis Jiménez De Asua, él asegura que su concepto contiene cinco elementos:

- Enfermedad incurable.
- Padecer dolores crueles.
- Que la muerte se dé a petición del sujeto, por su familia o por sus guardadores.
- Por un profundo sentimiento de piedad humana.
- Que se procure una muerte exenta de sufrimiento.

5.4 ORIGEN DE LA EUTANASIA.

La eutanasia no es una práctica surgida en la actualidad, sino que estaba presente ya en las primeras sociedades humanas. A lo largo de la historia este término ha servido para referirse a infinidad de conceptos relacionados con la muerte.

Se distinguen tres grandes bloques de forma paralela a la historia.

A) Eutanasia ritualizada.

Se conocen prácticas eutanásicas en pueblos primitivos que van desde la eutanasia piadosa hasta la eutanasia eugenésica. La muerte era un suceso muy temido e incluso muy ritualizado.

En Grecia surgió como objeto de deseo y de petición de una serie de personas que luchaban por una muerte buena y no provocada, sino asumida y esperada para cuando, por naturaleza llegase. Heráclito prohibió a los médicos quitarle la vida a un paciente aunque este mismo se lo pidiera. Sin embargo Platón consideraba que los menos sanos deberían dejarse morir.

En la otra gran civilización, la romana, esta práctica fue múltiple por la creencia de que era mejor la muerte que una vida de sufrimiento. Con la llegada de la Edad Media y durante los principios del renacimiento (Siglo XIV), aparece el pensamiento cristiano.

La eutanasia tiene otro valor, el de buen morir, es decir, la muerte como último proceso de la salud y de la vida del hombre. Por ello es necesaria la ayuda al moribundo con todos los recursos disponibles para una muerte digna y sin sufrimiento.

B) Eutanasia medicalizada.

Una vez surgida la medicina científica, en el Siglo XIII, los médicos serán los responsables de la práctica de la eutanasia que se medicalizará siendo permisible y común en las actuaciones médicas.

Ya en el Siglo XIX, Marx trata el tema en su tesis doctoral "Eutanasia Médica" proponiendo la obligación de enseñar a los médicos a cuidar técnica y humanamente a los enfermos en estado terminal.

A mediados del Siglo XX en Alemania con la dictadura de Hitler, se practicó la eutanasia con el fin de exterminar a numerosos discapacitados físicos y mentales con la disculpa "piadosa" de que su vida sólo les reportaría un inútil sufrimiento. Fue una etapa dura y de corrupción. Esto se hizo sin tener en cuenta la opinión de los pacientes ni de los familiares. Fue una etapa de dominación que marcó una etapa para los alemanes muy dura de recordar.

La práctica fue llevada a cabo por médicos, muchas veces, con graves cargos de conciencia. Era una situación insostenible que tenía que cambiar, dando origen a otra etapa.

C) Eutanasia autonomizada.

Es la etapa actual que ha surgido recientemente, a finales del Siglo XX. La práctica de la eutanasia en esta era es responsabilidad del paciente terminal y, en ocasiones, para los profesionales y los familiares. Nunca se le podrá practicar sin la voluntad del paciente, aunque sean personas indefensas, vulnerables o ancianas.

Hay que tener en cuenta que en muchos países esta práctica no es legal por lo que cualquier decisión que se adopte con el objetivo de finalizar de modo activo con la vida de una persona aunque ella misma lo desee, tendrá sus detractores, porque están en juego la libertad y la vida humana.

La eutanasia no es algo nuevo: está ligada al desarrollo de la medicina moderna, es un problema persistente en la historia de la humanidad en el que se enfrentan ideologías diversas.

La eutanasia no planteaba problemas morales en la antigua Grecia: la concepción de la vida era diferente. Una mala vida no era digna de ser vivida y

por tanto ni el eufemismo, ni la eutanasia suscitaban grandes discusiones. Hipócrates representó una notable excepción: prohibió a los médicos la eutanasia activa y la ayuda para cometer suicidio.

Durante la Edad Media se produjeron cambios frente a la muerte y al acto de morir. La eutanasia, el suicidio y el aborto bajo la óptica de creencias religiosas cristianas son considerados como “pecado”, puesto que la persona no puede disponer libremente sobre la vida, que le fue dada por Dios. El arte de la muerte en la cristiandad medieval, es parte del arte de la vida el que entiende la vida, también debe conocer la muerte. La muerte repentina se consideraba como una muerte mala. Se quiere estar plenamente consciente para despedirse de familiares y amigos y poder presentarse en el más allá con un claro conocimiento del fin de la vida.

La llegada de la modernidad rompe con el pensamiento medieval, la perspectiva cristiana deja de ser la única y se conocen y se discuten las ideas de la clásica. Hay pensadores que justifican el término activo de la vida, condenado durante la Edad Media. El filósofo inglés Francis Bacon, en 1623, es el primero en retomar el antiguo nombre de eutanasia y diferencia dos tipos: la eutanasia exterior como término directo de la vida y la eutanasia interior como preparación espiritual para la muerte. Con esto, Bacon se refiere, por una parte, a la tradición del “arte de morir” como parte del “arte de vivir”, Tomás Moro, en la Utopía (1516), presenta una sociedad en la que los habitantes justifican el suicidio y también la eutanasia activa, sin usar este nombre.

El darwinismo social y la eugenesia son temas que también comienzan a debatirse. En numerosos países europeos se fundan, a comienzos del siglo XX, sociedades para la eutanasia y se promulgan informes para una legalización de la eutanasia activa. En las discusiones toman parte médicos, abogados, filósofos y teólogos.

La escasez económica en tiempos de la primera guerra mundial sustenta la matanza de lisiados y enfermos mentales. La realidad de los programas de

eutanasia ha estado en contraposición con los ideales con el que se defiende su implementación. Por ejemplo, los médicos durante el régimen nazi hacían propaganda en favor de la eutanasia con argumentos tales como la indignidad de ciertas vidas que por tanto eran, según aquella propaganda, merecedoras de compasión,(cita requerida) para conseguir así una opinión pública favorable a la eliminación que se estaba haciendo de enfermos, considerados minusválidos y débiles según criterios médicos. Por eso, ante la realidad de los crímenes médicos durante el régimen nazi, en los Juicios de Núremberg (1946 – 1947) se juzgó como criminal e inmoral toda forma de eutanasia activa y además se estableció de manera positiva, es decir expresamente, que es ilegal todo tipo de terapia y examen médico llevado a cabo sin aclaración y consentimiento o en contra de la voluntad de los pacientes afectados.⁴⁹

5.5 CLASIFICACIÓN DE LA EUTANASIA.

La eutanasia se clasifica atendiendo a tres aspectos: respecto del modo, respecto de la intención y respecto de la voluntad del paciente.

A) Respecto del Modo. Atiende a la forma como se realiza, ya sea por acción u omisión y puede ser:

a) Eutanasia Activa: Conocida también como eutanasia positiva. Se produce cuando se da una acción encaminada a provocar la muerte del moribundo; ejemplo: mediante la aplicación de una inyección letal.

b) Eutanasia Pasiva: Se le denomina igualmente, como eutanasia negativa. Consiste en una omisión del tratamiento que lleva implícito, causar la muerte; ejemplo: la abstención o suspensión terapéutica. La primera consiste en no iniciar el tratamiento; la segunda se basa en la suspensión del tratamiento iniciado, ya sea que no se trate la afección inicial o, que no se trate la enfermedad emergente que surja coetánea a la principal.

⁴⁹ MONTES L., MARIN F., PEDROS F., SOLER F., QUÉ HACEMOS PARA CONSEGUIR QUE LA LUCHA POR LA VIDA DIRGA INCLUYA LA EXIGENCIA DE UNA MUERTE DIGNA, Ed. Arkal S.A., Madrid 2012, pp. 16-19.

Esta forma de eutanasia pasiva no lleva aparejada el abandono total del enfermo, en virtud de que se le continúan brindando cuidados higiénicos y el suministro de drogas sedativas del dolor, etc.

B) Respecto de la Intención: Esta clasificación está vinculada a dar soluciones más humanas a casos dramáticos y complejos. Se subdivide en:

a) Eutanasia Directa: Alude a la realización de un acto en que de forma deliberada se provoca la muerte. Ésta se pretende como un fin que se busca intencionalmente.

b) Eutanasia Indirecta: Es la acción en que la muerte o la abreviación de la vida resultan como efecto secundario no pretendido en sí. En principio lo que se persigue es el alivio al dolor, a través de la utilización de medios que lo supriman o atenúen, como es el caso del empleo de analgésicos.

C) Respecto de la Voluntad del Paciente:

a) Eutanasia Voluntaria: Es la que se realiza a instancia o voluntad propia del enfermo, ya sea por insistentes peticiones o al menos con su consentimiento.

b) Eutanasia no Voluntaria: En sentido contrario al anterior, es la que se practica sin contar con el consentimiento o la voluntad del paciente.⁵⁰

5.6 ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA EUTANASIA.

1. El argumento de la pobre calidad de vida. Aquellos que defienden la eutanasia, argumentan que en algunas circunstancias vivir es peor que morir, ya que el dolor y el sufrimiento causado por una enfermedad terminal pueden hacer la vida tan agonizante y difícil de llevar que la muerte puede parecer un "acto humanitario" y se considera racional que el médico ayude al suicidio como una forma de morir con dignidad. Para el enfermo terminal, el sufrimiento

⁵⁰ GÓMEZ SANCHO MARCO, MORIR CON DIGNIDAD, Ed. Arán, Madrid España 2005, pp. 184-191.

puede ir más allá del dolor como resultado de las condiciones en que se encuentra y estas hacer la vida insoportable, como por ejemplo: la progresiva pérdida de movimiento y actividad, la pérdida de libertad asociada con la dependencia de otros, molestias físicas como náuseas, vómitos o disnea, la incapacidad de tragar o de hablar, el miedo a morir, la incontinencia, la debilidad, la pérdida de la dignidad personal, la demencia. La vida pierde toda calidad y significado, de forma que la muerte es preferible.

Respuesta crítica: En el argumento de la calidad de la vida se confunde el valor de la calidad de la vida con la calidad que la vida tiene. La vida humana tiene un valor intrínseco en sí misma. La buena salud no puede dotar de dignidad a la vida humana, ya que la salud no posee vida en sí misma, más bien participa de la vida. La salud es un bien que se ha de disfrutar y cuidar, pero no es un bien absoluto al que haya que subordinar todo. La salud es para el ser humano y no el ser humano para la salud. La dignidad de la persona no desaparece por la enfermedad. Más bien, la pérdida de dignidad se imputa al enfermo por las reacciones de los profesionales de la salud y de la familia del enfermo a la apariencia externa que este ofrece. El enfermo mismo nos enseña con su estado que la salud, aun siendo muy importante, no es un valor absoluto. Juzgar qué calidad tiene una vida, tiene un fuerte carácter subjetivo. Muy fácilmente el profesional de la salud puede sustituir sin darse cuenta su concepto de calidad de vida con aquel que tiene el paciente. No es posible juzgar que a partir de conceptos existenciales individuales de la calidad de vida se pueda decidir el acabar activamente con una vida. El morir con dignidad no ha de entenderse como un derecho a la eutanasia activa o el suicidio asistido, cuando uno se encuentra bajo una pobre calidad de vida por el dolor y el sufrimiento, sino como un derecho a morir en un entorno digno del ser humano, recibiendo de las personas cercanas contactos humanos sencillos y el derecho a no prolongar la vida por medio de una tecnología que no puede sanar. El sufrimiento no es solo causado por el dolor, a la persona se la ha de ayudar atendiendo a los valores que expresa que la hacen sufrir.

2. El argumento del respeto de la autonomía del enfermo. Los defensores de la eutanasia consideran que el respeto por la autonomía de las personas requiere el reconocer su derecho a decidir cómo vivir sus vidas. Esto incluye el proceso de la muerte y la habilidad de elegir el destino propio. De tal forma que se propone el derecho de evitar el sufrimiento intolerable ejerciendo un control sobre la forma de morir. Lo que está en juego es ser libre para tomar responsabilidades sobre la propia vida, parte de la cual la constituye la muerte. Cada persona tiene un nivel de tolerancia para el sufrimiento y por tanto no existe una respuesta objetiva que se pueda aplicar a todos acerca de cuándo la vida se hace insoportable. Por ello es necesario que el paciente se manifieste ejerciendo su autonomía. Algunos autores creen que existe el derecho a cometer suicidio y que no debe haber restricciones irrazonables sobre la forma en que uno puede ejercer este derecho. El Estado no tendría derecho a privar al paciente de su libertad de quitarse la vida. Battin ha argumentado que existe un derecho fundamental al suicidio, pero no hay igualdad en su distribución. El derecho del paciente a la autodeterminación ha sido un argumento central en favor de la eutanasia. Pero a menudo se asume, sin argumento, que esto implica el derecho del paciente a pedir que otra persona intervenga en su ayuda para procurar la muerte. Un enfermo terminal puede no ser capaz físicamente por sí solo de ejercitar la opción del suicidio. Se considera que los enfermos terminales serían discriminados a causa de su incapacidad, ya que las personas con capacidad física sí tendrían la opción. Se disminuiría además la ansiedad en futuros pacientes si saben que existe la posibilidad de que un médico les asista en el suicidio. Además, hay que considerar que aun con un adecuado cuidado paliativo hay casos en que no es posible evitar el dolor.

Respuesta crítica: El enfermo terminal se encuentra en una posición extremadamente vulnerable, de forma que su capacidad de autonomía se halla comprometida, sufriendo de depresión, ansiedad, miedo, rechazo o culpabilidad. El pedir la muerte no tiene por qué reflejar un deseo duradero, voluntario, pasado por la reflexión. En las condiciones en que se encuentra el enfermo terminal o casi terminal es muy difícil tener una conciencia clara para

tomar decisiones, y la tendencia es a seguir casi ciegamente las indicaciones y sugerencias del médico. El enfermo podría desear la muerte por deficiencias en la atención médica, como el no poder aliviar el dolor, no por una decisión libre. Además no es lo mismo cometer suicidio que ayudar a un suicidio. Lo último es una forma de homicidio, aun cuando la razón por la que se haga sea por compasión. Aunque el intento de suicidio se haya descriminalizado, el Estado sigue teniendo interés en prevenir contra el suicidio, incluyendo la penalización de aquellos que ayudan a que otro se suicide. Por otra parte, tampoco tenemos derecho a cometer suicidio, simplemente porque la vida no nos pertenece por completo y, por tanto, nuestra autonomía se halla limitada. Nadie puede decir que se ha dado la vida a sí mismo. No todas las posibilidades acerca de la vida de uno mismo pueden ser consideradas como derechos que deben ser protegidos.

3. El argumento del principio de beneficencia o tener compasión por el que sufre. El médico actúa bajo el principio de beneficencia para aliviar el dolor y el sufrimiento de pacientes terminales. Bajo esta forma de pensar, la eutanasia es considerada un acto virtuoso. El no abandonar al enfermo ha sido parte del cuidado tradicional ejercido por el médico. Se juzga que el que el médico asista al enfermo en su suicidio es una forma de ejercer el principio ético de no abandonarlo. Hoy día, los médicos son considerados los candidatos lógicos para buscar ayuda en el morir, ya que para muchos enfermos terminales el asistir en la muerte es considerado como una extensión del rol del médico de aliviar el sufrimiento y como una forma de ejercer su cuidado, consistente con la profesión.

Respuesta crítica: La compasión de que hablan aquellos que defienden la eutanasia refleja una visión distorsionada de esta actitud. La verdadera compasión no puede ser eliminar al que sufre, sino buscar el aliviar la causa del sufrimiento. De otra forma, se devaluaría la vida de los enfermos. Además la compasión es una cualidad espiritual que significa "sufrir con", estar presente al que sufre, no se trata de un principio o una razón autojustificante. El elegir el

suicidio asistido corta toda posible relación y los lazos que nos unen a las personas que nos acompañan en los momentos difíciles de la cercanía de la muerte. Además procurar la muerte por eutanasia no es competencia de la profesión médica. Asistir al suicidio no es consistente con el compromiso del médico a curar y tratar la enfermedad, va en contra de los códigos tradicionales de ética médica (promesa hipocrática, Asociación Mundial de la Salud). Aceptar esto llevaría a una desconfianza de las personas en general hacia los médicos. El profesional de la salud también tiene su autonomía y no debe ser presionado para actuar en contra de los valores profesionales.

4. El argumento de la experiencia positiva de la aceptación de la eutanasia en Holanda. Las personas en general y la profesión médica en ese país considera positiva la despenalización de la eutanasia, de forma que ningún médico que siga ciertas líneas puede ser penalizado por la justicia por cometer un acto eutanásico. Estas líneas son: el enfermo tiene que ser competente y pedir voluntariamente la muerte después de haber sido aconsejado; su sufrimiento tiene que ser insoportable, no puede haber forma de hacérselo soportable al enfermo, y el juicio del médico con respecto al diagnóstico y el pronóstico debe ser confirmado por otro médico.

Respuesta crítica: La experiencia de la eutanasia en Holanda ha demostrado la realidad del argumento de la "colina deslizante" (slippery slope). Se han dado pasos sucesivos en la relajación de criterios por los que la acción eutanásica es permitida. De aceptarse solo para enfermos terminales que hayan expresado su voluntad de terminar con la vida, se ha extendido a enfermos no terminales, a menores, a personas con el síndrome de Down, a pacientes con enfermedades mentales o con depresión severa o demencia, y se ha extendido a casos de eutanasia involuntaria bajo ciertas condiciones. Esta realidad devalúa el efecto positivo que se argumenta tenga la despenalización de la eutanasia.

5. El argumento de la disminución del estigma de culpa asociado al suicidio. El estigma público adosado al suicidio ha disminuido en los últimos tiempos. En

muchas jurisdicciones el suicidio o el intento de suicidio es un acto que no está penalizado. Los estudios de investigación demuestran que la mayor parte de los suicidios resultan de enfermedades mentales transitorias, generalmente la depresión. Sin embargo, se argumenta que la razón por la que los enfermos terminales desean acortar el proceso de la muerte es terminar con su sufrimiento. Esto hace surgir el concepto de suicidio racional.

Respuesta crítica: El suicidio sigue considerándose un mal en la sociedad y cuando se tiene noticia de que alguien intenta suicidarse se toman medidas para prevenirlo. No importa cuán enferma una persona esté, el hecho es que todavía se encuentra entre los vivos y por lo tanto tiene el derecho a vivir. Los resultados de la investigación sugieren que el interés de los enfermos por la eutanasia se debe en la mayoría de los casos a depresiones o estrés psicológico, más que al dolor. Esto sugiere que la mayor parte del debate acerca de la eutanasia está siendo manipulado, ya que se enfoca en el dolor y se usa la eutanasia como una forma de liberarse del dolor, cuando de hecho el motivo principal por el que se pide la eutanasia no es el dolor. El sufrimiento de origen psicológico puede ser tratado con el aconsejamiento adecuado y por intervención psiquiátrica o psicológica. Con el soporte adecuado, incluyendo el alivio del dolor, la terapia psicológica y espiritual, y la amistad, el enfermo puede morir de forma digna como miembro de la familia humana sin intervención eutanásica. Ninguna legislación presente permite el ayudar al suicidio a una persona que sufre de un período transitorio de depresión. Más bien, su depresión debe ser tratada. El legalizar la eutanasia contribuiría a hacer a la sociedad insensible al hecho del matar.

6. El argumento de la no diferencia moral entre matar y dejar morir. La distinción entre eutanasia "pasiva" y "activa" ha sido criticada por depender de concepciones de causación que son consideradas problemáticas y que se basan en la creencia de que la diferencia entre matar y dejar morir es relevante moralmente. El discontinuar las medidas de soporte vital y la eutanasia

voluntaria activa son similares bajo el punto de vista del paciente en que su deseo fundamental es una muerte más rápida y más confortable. Son también moralmente similares en que ambas son hechas con la intención de acabar con la vida. Se argumenta que la intención es moralmente irrelevante en la evaluación de la moralidad de la acción. Por ejemplo, en el caso de dejar de alimentar artificialmente a un enfermo en coma, claramente se atenta contra su vida con la intención de acabarla, ya que la persona moriría de hambre. En el caso de discontinuar mecanismos de soporte vital y permitir que el enfermo muera, esto ocasiona días o semanas de sufrimiento. Bajo esta forma de pensar, la eutanasia activa parece ser preferible moralmente. Para algunos, discontinuar la ventilación mecánica no puede ser considerado negarse a recibir un tratamiento, sino una petición de procurarse la muerte. Para Patrick Hopkins no existe una diferencia moral intrínseca que sea esencial entre una máquina que sustituya funciones orgánicas y órganos naturales del cuerpo; así que omitir un tratamiento, en que intervenga una de estas máquinas es una forma de matar, ya que priva a la persona de un órgano que puede solamente funcionar con la ayuda de una máquina o de tecnología médica y, por tanto, necesitamos poner a un lado nuestros prejuicios en contra de lo artificial y extender la opción de la buena muerte (eutanasia activa) a aquellos que han sido atrapados por la naturaleza al encontrarse en estado terminal. Si nuestra sociedad ha sido capaz de reconocer que la vida puede ser lo suficientemente irresistible bajo tratamientos de sostenimiento vital, tales como la ventilación mecánica o las máquinas de diálisis, y que estas intervenciones médicas pueden ser discontinuadas o abstenerse de ellas (lo que algunos llaman eutanasia pasiva), entonces también la vida puede ser lo suficientemente irresistible como para justificar la eutanasia activa.

Respuesta crítica: Existe una relación especial entre el médico y el enfermo. Una omisión, si resulta en daño, puede traer responsabilidad legal. Si un enfermo competente se niega a recibir un tratamiento o a continuar con uno, el

efecto legal es que el médico es absuelto de su deber de tratar al enfermo por el enfermo mismo. El médico deja de tratar al enfermo y la muerte resultante es causada por la enfermedad que tiene el enfermo. El médico por lo tanto no mata al enfermo, sino que deja que se muera. No puede ser prohibida la aceptación voluntaria de una muerte que la intervención médica solo puede posponer, ya que no hay posibilidad de curación. Una conclusión acerca de la causación simplemente refleja un juicio acerca de la forma correcta de asignar responsabilidades. Cuando una persona desconecta la ventilación mecánica de soporte vital sin autorización, está claro que causa la muerte del enfermo, pero cuando un médico sigue las directrices del enfermo de desconectar la ventilación mecánica cuando no hay esperanza de curación, no actúa equivocadamente, ya que no tiene el deber de continuar el tratamiento en contra del deseo del enfermo, aun cuando su acción está causalmente relacionada con la muerte resultante del enfermo. Además el derecho a poder negarse a un tratamiento médico está basado en el derecho a resistirse a invasiones físicas que sean consideradas desproporcionadas, no en el derecho a acelerar la muerte, el cual no existe. A menudo en el diálogo existe una confusión entre la eutanasia pasiva y la eutanasia por omisión. La última lleva consigo responsabilidad moral, pero no la primera, ya que la muerte natural no es un homicidio y por tanto no es ni ilegal ni inmoral y no está sujeta a responsabilidad. Se acepta el discontinuar la ventilación mecánica después de la muerte cerebral total, el no aplicar terapias en el caso de un coma irreversible, excepto los cuidados considerados ordinarios, la no aplicación e interrupción de las "terapias de sustento vital" en el caso de enfermos terminales, el no emplear técnicas de reanimación cuando su aplicación es considerada inútil u onerosa por la profesión médica, el no emplear terapias ineficaces que aumenten el dolor o claramente desproporcionadas en relación a los costos humanos y la utilidad para el enfermo. En este sentido, sería provechoso el que se evitase el término de eutanasia pasiva mientras que se

retiene el concepto de eutanasia omisiva, que implica un acto de negligencia. Un ejemplo de que la intención tiene su lugar en la vida moral es que cuando la persona no muere después de parar el tratamiento, a esta se la deja continuar viviendo. Esto no ocurre con el suicidio asistido. Una cosa es desear la muerte y actuar para que ocurra de forma activa y otra diferente desear la muerte y permitir que ocurra. Una cosa es respetar el deseo del enfermo de rechazar el tratamiento y otra el tomar su vida. No es simplemente una diferencia psicológica, sino moral. Matar constituye siempre una lesión del principio de no maleficencia, pero permitir morir, bajo ciertas condiciones, no constituye una lesión de este principio. El consentir que alguien muera de una enfermedad de la cual no es responsable y que no puede ser curada, es permitir que la enfermedad sea la causa de la muerte. La intención en permitir la muerte es por compasión y no por desear la muerte, mientras que la intención de la eutanasia activa es procurar la muerte como medio de ejercer la compasión. Continuar el tratamiento a un enfermo cuando no hay posibilidades de curación (tratamiento ineficaz) es una forma innecesaria de hacer sufrir al enfermo y por tanto va contra su dignidad. Un tratamiento ineficaz ya no produce ningún beneficio al enfermo, sino más bien daño. No es lo mismo ayudar a vivir a alguien que está viviendo que prevenir morir a quien está muriendo. Un tratamiento es considerado ineficaz si solo preserva la inconsciencia o no permite acabar con la dependencia de la unidad de cuidados intensivos. Cuantitativamente, un médico puede considerar infructuoso un tratamiento para el que los datos empíricos demuestran que tiene menos de un 1% de probabilidad de ser beneficioso para el paciente. El optar por el tratamiento o el dejarse morir no puede decidirse con absoluta certeza, simplemente porque no existe una relación estricta y específica entre la etiología y la enfermedad. Nuestro conocimiento de una realidad empírica es siempre aproximado, probable. No podemos pedir al médico un grado absoluto de certidumbre en sus decisiones. Por lo tanto el enfermo está en su derecho de continuar con un

tratamiento que es considerado ineficaz, ya que no existe una certeza absoluta. Para que una acción de omisión sea eutanásica, el tratamiento omitido o discontinuado debe haber sido considerado útil por la profesión médica.

7. El argumento de que el principio del doble efecto es una forma de eutanasia activa. A los médicos se les permite dar dosis en aumento de narcóticos cuando el dolor es severo o al menos se presume, siempre que la intención sea aliviar el sufrimiento, a sabiendas de que estas drogas pueden afectar la respiración y acelerar la muerte. Se argumenta que si la muerte de la persona que desea morir no es un mal que se inflige a la misma, entonces la doctrina del doble efecto no tiene relevancia para la permisividad de la eutanasia voluntaria.

Respuesta crítica: Se puede proveer un cuidado óptimo paliativo para aliviar el dolor a la mayor parte de los enfermos terminales. Las unidades de cuidado paliativo constituyen un ejemplo de cómo es posible proveer una existencia lo más confortable posible al final de la vida con cuidados de soporte que incluyen una atención integral a la persona. El legalizar la eutanasia desviaría los esfuerzos y los avances que se han logrado en el manejo del dolor y el cuidado paliativo hacia el camino fácil de acabar rápidamente con los enfermos difíciles por medio de la eutanasia. Por otra parte, el acelerar la muerte por intervenciones paliativas de manejo del dolor en pacientes terminales es aceptado ética y legalmente siempre que la intención del médico sea aliviar el dolor y otros síntomas y no el producir la muerte. Los médicos deben tener cuidado de no introducir drogas como la morfina en grandes dosis, sin darle tiempo al paciente de que desarrolle tolerancia, ya que puede deprimir la respiración. Una sedación desproporcionada, además, puede causar la interrupción de la alimentación y la hidratación del paciente, que morirá de hambre o sed en un estado de inconsciencia. En este caso, la eutanasia puede hacerse de una forma escondida y es efectuada por una acción u omisión que conduce a la muerte del paciente. A esta forma encubierta de eutanasia se la denomina "criptoeutanasia". Éticamente, el médico debe buscar el método de

alivio del dolor que tenga menos riesgo de abreviar la vida y todavía liberar al paciente de sufrimiento innecesario.

8. El argumento del deber de no imponer cargas pesadas a los parientes y seres queridos. John Hardwig ha argumentado que cuando la Medicina moderna nos permite sobrevivir por mucho más tiempo del que podemos cuidarnos a nosotros mismos, existe un deber o responsabilidad de morir en consideración a los seres queridos, en quienes recae el peso económico, para no imponerles cargas pesadas. En una sociedad en que la disponibilidad de recursos para la práctica médica se halla muy restringida, puede no ser ético el embarcarse en tratamientos extremadamente caros para enfermos terminales. David Thomasma considera que podría llegarse a considerar ético el pedir suicidio asistido o eutanasia por amor a los parientes cercanos, considerando que en la doctrina cristiana hay instancias en que matar está justificado y a que se puede considerar que la aceptación de Cristo de la cruz, o la aceptación de la muerte de los mártires, es un acto equivalente al suicidio, ya que pudiendo evitar la muerte, la aceptaron, donando su vida por los demás.

Respuesta crítica: Permitir que el médico asista al suicidio de enfermos terminales dejará un impacto en otras personas que sufren por enfermedad, edad o debilidad. Esto devaluaría las vidas de estas personas, que podrían verse presionadas a que ejerzan el suicidio asistido. Mayor presión es ejercida si existen dificultades económicas, pero el simple hecho de sugerir esto al enfermo es un signo de falta de generosidad. Los enfermos terminales perderían los lazos con las personas que les acompañan en los últimos momentos de la vida, tendrían que justificar su decisión de mantenerse vivos, en vez de aceptar que la familia y la comunidad tienen el deber de cuidar a la persona hasta el final, aunque resulte una carga y un sacrificio. El gesto de solidaridad que se pide a las personas que acompañan al enfermo es liberarlo de presiones extras, ya tiene suficiente con la enfermedad. Ayudar a descubrir, a través del sufrimiento, el significado de la vida en su condición presente,

puede liberar al enfermo del sentimiento de abandono y desesperación que significa encarar la muerte. Para que un enfermo se sienta tratado con dignidad, debe tener confianza en que las personas que lo acompañan van a estar con él hasta el final y proteger su derecho a la vida. Tampoco se puede interpretar la aceptación voluntaria de la muerte de Cristo como un acto de suicidio. Como ha señalado Tristram Engelhardt, Cristo nos ha enseñado que la vida tiene como meta la unión con Dios y su cruz fue una forma de ofrecimiento a Dios. El suicidio, en cambio, es un acto en que la persona se vuelve sobre sí misma y busca la muerte sin perseguir dicha unión. Los mártires nunca aceptaron la muerte bajo la premisa de evitar una carga sobre ellos mismos o sobre sus parientes o hermanos en la fe. Al contrario, aceptaron con humildad la indignidad y el sufrimiento de su muerte por una causa superior, la unión con Dios. Este criterio no tiene nada que ver con la eutanasia o el suicidio.⁵¹

⁵¹ GÓMEZ SANCHO MARCO, Op. cit. Supra (50) pp. 207-218.

CONCLUSIÓN

En nuestro país la aplicación de Eutanasia está prohibida y es castigada por la ley en el artículo 141 del Código Penal para el Estado de Guanajuato; citando - A quien cometa homicidio con consentimiento válido del sujeto pasivo se le aplicará de uno a quince años de prisión y de cincuenta a cien días de multa-. De aquí se entiende que la Eutanasia en México es un delito y se castiga con pena privativa de la libertad. En el Código Penal Federal también se encuentra tipificada la Eutanasia.

Mientras que en los Tratados Internacionales de los que México es parte en materia de Derechos Humanos se desprende que cada enfermo tiene derecho a decidir, informadamente, sobre los asuntos que pertenezcan a una esfera tan privada como su cuerpo y en virtud de esto; decidir cómo quiere seguir o no seguir viviendo, puesto que para los derechos humanos el principal objetivo es la protección de la dignidad humana, y dicho de esta manera no se puede considerar que una persona vive con dignidad cuando se encuentra sometida a tratamientos dolorosos e inútiles para preservar la vida cuando no se tiene la esperanza de una mejoría en la salud.

Después de analizar estos dos ordenamientos jurídicos es obvio que existe una discrepancia entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento internacional.

La Constitución Mexicana en su artículo 133 consagra el principio de supremacía constitucional expresando: -Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados-.

De manera que de lo establecido en los párrafos anteriores se desprende que se tienen que hacer modificaciones a la Ley ya que no pueden existir controversias entre Leyes Nacionales y Leyes Internacionales puesto que ambas son la Ley Suprema de la Nación.

BIBLIOGRAFÍA

- AHLF ORTÍZ LORETTA, DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, 3ª ed., Ed. Oxford, México 2010, pp. 684.
- BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México 1997, pp.1593.
- BURGOA IGNACIO, LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES, 41ª ed., Ed. Porrúa, México 2009, pp. 814.
- CAMPOR BIDART, J. GERMÁN, TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1989, pp. 447.
- CASTELLANOS FERNANDO, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, 3ª ed., Ed. Porrúa, México 2009, pp. 363.
- CARPIZO JORGE, MADRAZO JORGE, INTRODUCCIÓN AL DERECHO MEXICANO, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pp. 674.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Ed., Espasa Calpe, S. A., Madrid 2007, pp. 1449.
- GARCÍA MÁYNEZ EDUARDO, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, 61ª ed., Ed. Porrúa, México 2009, pp. 444.
- GONZÁLEZ NAZARIO, LOS DERECHOS HUMANOS EN LA HISTORIA, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona 1998, pp. 297.
- MARTÍN CLAUDIA, RODRÍGUEZ-PIZÓN DIEGO, A. JOSE, GUEVARA B., DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Ed. Universidad Iberoamericana, México 2004, pp. 785.
- MONTES LUIS, MARÍN FERNANDO, PEDROS FERNANDO, SOLER FERNANDO, QUE HACEMOS PARA CONSEGUIR QUE LA LUCHA POR LA VID DIGNA INCLUYA LA EXIGENCIA DE UNA MUERTE DIGNA, Ed. Akal S. A., Madrid 2012, pp. 62.

- NAVA ARTEAGA ELISUR, DERECHO CONSTITUCIONAL, 4ª ed., Ed. Oxford, México 2013, pp. 1142.
- PALACIOS MARCELO, SOY MI DIGNIDAD, EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO, Ed. Libros en red, España 2009, pp. 150.
- PLASCENCIA VILLANUEVA RAÚL, TEORÍA DEL DELITO, 3ª ed., Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México 2004, pp. 291.
- QUIROZ ACOSTA ENRIQUE, LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Ed. Porrúa, México 2002, pp. 447.
- SANCHO GÓMEZ MARCO, MORIR CON DIGNIDAD, Ed. Arán, Madrid 2005, pp. 357.
- VACA CONTRERAS FRANCISCO, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, PARTE GENERAL, 5ª ed., Ed. Oxford, México 2012, pp. 390.

LEGISLACIÓN:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.
- Código Penal Federal.
- Código Penal para el Estado de Guanajuato.
- Ley de la Voluntad Anticipada para el Estado de Guanajuato.

OTRAS FUENTES:

- REVISTAS UNAM:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/25/ard/ard1.pdf>
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/90/art/art6.htm>
- REVISTAS UDEM:
http://www.academia.edu/2985696/Revista_Internacional_de_Derecho_y_Ciencias_Sociales_N%C3%BAm_19_Texto_Completo
- INVESTIGACIONES UNAM:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/25/ard/ard1.pdf>