

301809

33



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO



ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



**"RESPONSABILIDADES PENALES EN LA DISPOSICION
DE ORGANOS DEL CUERPO HUMANO"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ISMAEL XOCHITIOTZIN ALCALA ORTEGA

MEXICO, D. F.

1986

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

"RESPONSABILIDADES PENALES EN LA DISPOSICION DE ORGANOS DEL CUERPO HUMANO"

PROLOGO	1
INTRODUCCION	3
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS	6
A) EN EL DERECHO ROMANO	6
B) EN EL DERECHO ESPAÑOL	17
C) EN EL DERECHO ARGENTINO	24
D) EN EL DERECHO MEXICANO	30
CAPITULO II	
CONCEPTO DE DERECHO PENAL VIGENTE.	44
A) RESPONSABILIDAD PENAL	47
B) TEORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	52
C) SUJETOS IMPUTABLES EN LA RESPONSABILIDAD PENAL	61
D) REGULACION EN EL CODIGO PENAL VIGENTE	68
CAPITULO III	
LA PENA EN EL DERECHO MEXICANO	74
A) DEFINICION DE PENA	74
B) CLASIFICACION DE LA PENA	77
C) TIPOS DE PENA APLICABLE AL PROFANADOR DE CADAVERES ..	83
CAPITULO IV	
PROBLEMAS PRACTICOS	91
A) CONCEPTO DE TRASPLANTES	91

B) DISPOSICION DE ORGANOS POSTERIOR A LA MUERTE	92
C) CONVENIOS CELEBRADOS EN VIDA Y EJECUTADOS DE ACUERDO A- LA LEY.	110
CONCLUSIONES	114
BIBLIOGRAFIA	117

PROLOGO

Ante la diversidad de temas que para su desarrollo - presenta el vasto campo del derecho en su universidad jurídica, y de los cuales se ha escrito en sobreabundancia, aportando doctrinas brillantísimas que conforman el acervo jurídico de los especialistas en la materia; llamándose poderosamente la atención el tema que corresponde a este estudio por cuanto a la disposición de órganos del cuerpo humano y sus implicaciones penales.

Aparentemente son dos campos diferentes el de la medicina y el del derecho, sin embargo, siento que en el ámbito profesional no solamente están ligadas sino que se complementan uno al otro para cuidar y defender la integridad del ser humano en su nacimiento, desarrollo y muerte.

Muchas de las funciones que tiene el licenciado en derecho se sustentan en la participación y dictaminación del médico, pudiendo hablar así de los menores y mayores de edad incapacitados para ejercer sus derechos por alguna limitación o enfermedad que requiere de la designación de un tutor, de los certificados prenupciales que acredita que los contrayentes se encuentran clínicamente sanos para celebrar el matrimonio perpetuando la especie de aquellos que desgra

ciadamente se encuentran en demencia total o parcial, y en cuanto a nuestro estudio por la conveniencia o dificultad a la disposición de órganos del cuerpo humano para su transplante con previa autorización del donante, además de contar con la intervención quirúrgica de un especialista en la materia.

Sostengo que la medicina va de la mano con el derecho para la conservación y preservación de la especie humana con un alto sentido de responsabilidad y dentro de un marco de orden legal, contemplado básicamente en nuestra Constitución Política que es de donde emanan todas las demás leyes -- aplicables y para cada caso concreto.

INTRODUCCION

Consideramos establecer en primer término qué es la capacidad jurídica y cómo se adquiere, así como la disponibilidad que el individuo tiene respecto de su persona, en el -- ejercicio de sus derechos como ciudadano dentro del marco de la ley.

El artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la capacidad jurídica de las personas físicas, se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, agregando que, desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en este ordenamiento jurídico.

El artículo 23 del Código mencionado, preve que el menor de edad, el que se encuentra en estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica, pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

El artículo 24 del Código antes citado indica que el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su

persona y de sus bienes salvo las limitaciones que establece la ley.

La capacidad de las personas físicas como se puede apreciar de las disposiciones antes comentadas, es un bien jurídicamente tutelado, en virtud del cuál, nuestros legisladores estimaron que la misma depende de su desarrollo físico e intelectual, que a su vez se determina por el factor peculiar de raza, de clima, de costumbre, de tradición, de idioma y de otras disposiciones. Por estas circunstancias las leyes que rijen su capacidad deben ser leyes nacionales, que han sido hechas en vista de las cualidades inminentes y distintivas de los individuos a quienes se dan.

Como es del conocimiento de los señores catedráticos que integran el jurado, estas disposiciones han sufrido diversas modificaciones, siendo que en el último de los mencionados se presentaron como cosa novedosa la extensión uniforme -salvo algunas excepciones en robos, fraudes y abusos de confianza de cuantía distinta, y en lesiones de resultados progresivamente agravados del arbitrio judicial, por medio de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones y la consiguiente regulación legal de dicho arbitrio, para fijarlas individualizadamente, el perfeccionamiento de la condena condicional, de la fórmula de la tentativa, del encubrimiento, de la participación y de algunas excluyentes, el uniforme carác-

ter de pena pública de la reparación del daño. Naturalmente con posterioridad y hasta la fecha distintas reformas han enriquecido el contenido del Código Penal, con las que se pretende clarificar la impartición de justicia para que ésta sea, más justa, más oportuna y más expedita.

El título de la tesis que presento, a la consideración del jurado cuenta con muy poco material de investigación siendo apasionante el tema y de gran actualidad en aquellos países cuya investigación científica ha sido desarrollada con alta técnica y la idiosincracia de las personas permite la realización de trasplantes sin lesionar la costumbre, la tradición o los atavismos religiosos a que se encuentran sujetos algunos pueblos, cuyas costumbres por otra parte son muy respetables.

Este estudio en sus primeros temas integran la base para posteriormente entrar de lleno a la parte medular de la tesis y estar en condiciones de formular algunas conclusiones que me parecen de interés jurídico.

CAPITULO PRIMERO
ANTECEDENTES HISTORICOS

A) EN EL DERECHO ROMANO

A efecto de entrar al estudio de los antecedentes -- históricos del presente trabajo, es necesario remontarnos a -- los orígenes del Derecho Romano; en la antigua Roma encontramos delitos públicos llamados (Crimina), y delitos privados -- denominados (Delicta), de los cuales, los primeros ponían en -- peligro evidente a toda la humanidad y se perseguían de ofi-- cio, por las autoridades de aquella época, o en su defecto a -- petición de cualquier ciudadano romano, y la forma de sancio-- nar los citados delitos anteriormente a través de penas públi-- cas denominadas también decapitación, ahorcamiento arbor infe-- lix, que no era otra cosa que el lanzamiento de una persona -- desde la roca tarpella, así podemos constatar las sanciones -- y la potestad que tenía el Estado ya que éste tenía orígenes-- militares y religiosos.

Los segundos delitos citados anteriormente causaban -- daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una -- perturbación social, y así la historia nos narra que se perse-- guía a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa pri-- vada en favor de ella; así se hace notar que dichos delitos --

fueron evolucionando desde la venganza privada, como ha quedado claramente expuesto, pasando por el sistema del talión y - por el de la composición voluntaria, cuando finalmente la ley fijó la cuantía de las composiciones obligatorias alcanzó su forma pura el sistema de multas privadas; así entendemos que por el desarrollo del sistema pretorio en la época clásica encontramos con mucha frecuencia que el magistrado fijaba el monto de la multa privada o comunmente llamada *ex-bono-et-aequo*.

Así, se entiende que los delitos privados no eran - - otra cosa que actos humanos, que en su esencia como es de ver se eran contrarios al derecho y a la moral, de consecuencias materiales algunas veces intencionadas, pero que por dichas -- condiciones traían consecuencias jurídicas no intencionadas y que daban lugar además, de una indemnización a una multa privada en favor de la víctima, quedando claro que únicamente podían perseguirse a petición de esta última, aclarando que no se trataba de actos dolosos, sino que entraban dentro de ésta categoría, actos meramente culposos.

A medida que fue pasando el tiempo de las correspondientes acciones privadas surgió la intervención discrecional de los magistrados los cuales opinaban si algún delito privado ponía en peligro el orden público ya que en la época clásica la víctima u ofendido tenía opción entre dos vías; las -

cuales era una por persecución privada, o bien una persecución pública, gradualmente se impuso la opinión que los delitos privados, que eran actos que afectaban la paz pública, - por lo que en consecuencia el Estado debía perseguirlos independientemente de la actitud u opción que la víctima pudiera y que ésta tenía derecho a una indemnización, pero que no -- era lógico concederle ventajas, tales como; las multas privadas, por lo que actualmente el proceso de conversión de delitos privados en públicos ha concluido.

Para poder entender la clasificación de los delitos en el derecho romano, diremos que los delitos privados se -- distinguen en tres; del jus civile y cuatro del jus honorarium, así se puede distinguir que el jus civile adoptaba los delitos que se indican a continuación; que eran el robo, el daño en propiedad ajena y las lesiones. (1)

De los delitos cometidos por los Alieni Juris, como los esclavos y por los hijos de familia. Los esclavos como los hijos de familia se obligaban civilmente por sus delitos, pero la parte lesionada apenas podía sacar partido de esta - obligación persiguiendo directamente al autor del delito, ya

(1) Floris Mangadant S., Guillermo, Derecho Romano, Editorial Esfinge Méx. 1981, págs. 432 y 433.

que el esclavo era considerado como una res (cosa), incapaz de figurar por su propio derecho en justicia, mientras permaneciera en esclavitud y así se tenía que el hijo de familia no poseía nada propio, con lo que hubiera podido pagar la pena a que hubiese sido condenado; desde la época de la ley de las Doce Tablas, el Derecho Civil ya consagraba otra solución que consistía en dos hipótesis, siendo la primera, si el delito se ha cometido por orden del amo es él quién queda obligado o contra él la obligación se puede ejercitar directamente la acción derivada del delito, y era el mismo caso, si ha dado el amo su aprobación al acto delictivo, así se tiene que la segunda hipótesis se entiende de la manera siguiente: cuando el esclavo o el hijo de familia obraba espontáneamente la parte ofendida o lesionada puede perseguir al amo, pero en estas circunstancias el amo no está obligado personalmente, ya que su obligación es entregar al culpable, se le puede dispensar de ello, pagando a la víctima la pena, como consecuencia del delito, en estas condiciones la acción ejercitada se le denomina acción noxal, porque el amo contra quien se ejercita esta acción tiene el derecho de abandonar al autor del delito y este abandono es calificado de noxal. (2)

(2) Petit, Eugene, Derecho Romano. Editorial Porrúa, Méx.-1985, pags. 482 y 483.

Efectos de las acciones noxales para poder entender su origen; este lo tienen en la ley de las Doce Tablas, las que ya, para el robo y para ciertos daños, con el tiempo fue aplicado el mismo sistema para la Ley Aquila, por el pretor en caso de injuria. Así se puede concluir que el ejercicio de las acciones noxales cae contra el autor del delito. (3)

OBLIGACIONES NACIDAS DEL DELITO

Delito es la contravención voluntaria a una ley penal. Es un hecho ilícito castigado por la ley.

Todo el que lo comete está obligado a reparar el daño que ha ocasionado y a sufrir, la pena que establece el Derecho. Esta responsabilidad ya sea civil, penal o de cualquier otra índole sigue a cada transgresor, de modo que en el caso de que hayan sido varios los que cometieron el delito la pena será personal, y todos los autores tendrán que reparar el daño causado, no pudiendo invocar el beneficio de división ni recurrir contra los que con ellos cometieron el delito.

(3) *Ibíd*em, pág. 483.

Así se observa que de las fuentes de las obligaciones de la época clásica, el delito es una de las más antiguas y principales, pero a diferencia de los contratos, es una - - fuente no convencional, es decir; el delito reclama la sanción del legislador, por el daño causado injustamente y toda mala acción que perjudique a los demás, debiendo obligar a su autor a una reparación en beneficio de la víctima, pudiendo - indicar que el castigo de los actos ilícitos fueron en principio una fuente muy activa de las obligaciones, si la llegáramos a comparar con los contratos, éstos eran pocos, en un pueblo rudo eminentemente dedicado a la agricultura y a la guerra, se entiende que los romanos siempre consideraron al delito como fuente de obligación civil, porque en los primeros - - tiempos intervenían los familiares de la víctima y del victimario, para fijar una compensación pecuniaria, sin que el poder público interviniera, siendo este último el que posteriormente intervino, para fijar el monto de la reparación ya que el poder de la gens era muy grande y sus miembros muy numerosos, ya que estos delitos privados no eran contra la seguridad del Estado, por tal motivo este último no intervino, - dejando la composición en manos de los particulares, dando - como consecuencia que la reparación del daño quedara a merced de los particulares, y por ende la venganza privada se excedía, dando lugar a nuevas venganzas, siendo estas causas los que originaron la célebre ley del talión.

Así podemos resumir que el talión establece que el mal infringido del autor del delito debía ser igual al que había causado a la víctima.

La historia nos reporta que la ley de las Doce Tablas se estableció el talión para unos delitos privados, tales como; para el caso de la mutilación, y así se indica que se da otro paso a la civilización cuando el Estado establece la compensación pecuniaria substituyendo al Talión, siendo la sanción de trescientos ases. Cuando se trata de una persona libre y ciento cincuenta ases, por un esclavo, para la lesión leve la compensación es de veinticinco ases y cuando el autor del delito era una persona alieni juris el padre podía reparar el daño entregando al culpable Noxae Deditio; como se puede ver en estos casos ya se habla de compensación pecuniaria.

En el Derecho Romano los delitos para su estudio se clasificaron en públicos y privados, siendo el delito el tema a tratar en el desarrollo del presente trabajo y para entender la responsabilidad penal es importante remontarnos a la clasificación de los delitos, siendo éstos, los delitos públicos llamados (crimina), que fue muy restringida en el derecho romano, y comprendía los delitos que afectaban la seguridad de la ciudad, tal como; la perdisello o alta traición que estaban en contra de la seguridad del Estado, y parricidium o muerte de un pater o señor de una gens de cuya generación habían sur-

gido las civitas, en este caso intervenía el Estado, para evitar una fuerte guerra civil entre dos o más grupos de familias.

Con posterioridad se fue ensanchando y es así como nace el crimen maiestatis o la esae, cuando no se respetaban la maiestas del tribuno de los ediles y de los iudice deservire, el crimen repetundarum, que cometía el funcionario que aceptaba o pedía dadas. El crimen pecutatus cometido por el que disponía de los fondos públicos.

En general, se puede decir que los delitos públicos eran los que atentaban contra el orden público, la organización político-administrativa, o la seguridad del estado.

La persecución de estos delitos se ejercía según reglas propias ante los tribunales especiales, como las cuestiones perpetuae u otros órganos como el Senado, cualquier ciudadano podía hacer la acusación aunque en la práctica sólo los personajes de importancia lo hacían, como ejemplo de esto tenemos el caso histórico de Cicerón contra Catalina, así se dice que la pena para los delitos públicos solía ser la pena de muerte.

Supplicium y multa Dammun que no beneficiaba a los particulares que hubieran sido víctimas del crimen.

Delitos privados o delicta maleficia, eran una ofensa al particular lesionado y la persecución de éstos era por cuenta del propio lesionado y por cuenta del Estado quien después reglamentó esta reacción del particular ofendido o lesionado, ofreciéndole una actio para que obtuviera una compensación pecuniaria, es como se reglamenta en la tabla número ocho que se impone como sanción en contra de Inuria, veinticinco centercios, y por lesión de un hueso a un hombre trescientos centercios y de un esclavo ciento cincuenta centercios. Así se puede decir que cuando el Estado es fuerte, puede imponer su autoridad sobre los grupos menores, lo que en nuestro derecho, es la potestad del Estado.

Las compensaciones en caso de delito, se hacían forzosas y su cuantía era fijada de antemano por el poder público-representado por el estado, a partir de este momento, la función de perseguir y castigar fue función del propio Estado sin perjuicio del daño sufrido por la víctima, y que fuese reparado como lo debe de ser todo daño causado, con el delito o sin él por una persona a otra; los caracteres principales de las obligaciones delectivas son: la intransmisibilidad, el de la acumulación, en caso de varios autores del delito; el de la supervivencia de la obligación, en el que la obligación delectual se concedía como simple pacto. Así se concluye que los delitos privados se dividían para su estudio, según la fuente que los sancionaba, en delitos civiles y pretorios,

siendo los civiles el *furtum*, la *inuria* y el *dammun inuria, - dactum*; entre los segundos mencionados tenemos la rapiña, el *dolus*, el *metus* y el *fradus creditorum*.

Al entrar al estudio de los delitos hemos podido - - constatar con toda claridad que desde la época romana, el ponerse al margen de lo establecido en los delitos mencionados, traía como consecuencia al individuo una responsabilidad, -- por la no observancia de la ley ya sea de carácter penal, civil u otra y por ende el individuo se hacía acreedor a una - pena, aclarando que el tema fundamental de este trabajo es - la responsabilidad penal como tema principal, a tratar.

Así se puede decir que al tratar los antecedentes -- históricos de los delitos en el derecho romano, con toda claridad se piensa que es la responsabilidad penal. (4)

Por otro lado al entrar al estudio de los anteceden- tes históricos del derecho penal español, es importante ha-- cer notar que el derecho penal romano común, debió haberse - aplicado en España, como en otras regiones sometidas al imperio romano, tanto es así, que en el derecho penal español --

(4) Bravo González, Agustín y Bravo, Beatriz, Derecho Romano Segundo Curso, Editorial Pax Méx, 1980 pág. 185 a 188.

llegaron algunos preceptos penales de escasa importancia, la mayor parte de ellos emanados de Roma, para ciertas localidades españolas, que estos preceptos se hayan en leyes y constituciones, siendo las leyes que se conocen en España, tienen un carácter predominantemente local y administrativo, en éstas son la *lex coloniae genitivae juliae* dada por Julio César a la colonia de ciudadanos romanos establecida en Osuna, así podemos notar la influencia romana en la legislación española, a través de estos antecedentes.

La *lex Flavia malacitana* dada a Málaga, por Domiciano y que se castigaba con pena pecuniaria, al impedir la celebración de los comicios, en esta ley se reglamentó la institución de la clientela conocida actualmente.

La *Lex Flavia Salpensana* de la misma época, *lex metalli Vispacensis*, que no contiene disposiciones penales; así se dieron con posterioridad constituciones imperiales relativas a España en las que se hallaron preceptos penales tales como: el rescripto de Antonio Pfo, Aurelio Marciano, el rescripto de Adriano al cincilio o asamblea provisional de la vética. (5)

(5) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Parte General -- Editorial Bosh. Barcelona 1971, págs. 114 y 115.

B) DERECHO ESPAÑOL

Tenemos que para efectos de un amplio panorama del Derecho Español, a través de sus antecedentes históricos se puede decir que el tratadista Luis Jiménez de Asúa, en su obra - Tratado de Derecho Penal, expone que para el estudio del mismo, éste se dividió en cinco períodos, siendo el primero la época primitiva o romana, período visigótico, período de la reconquista, clasificándose a la vez éste en derecho penal en el período de los fueros, la legislación alfonsina, derecho territorial castellano, derechos regionales, derecho penal de los musulmanes españoles, ordenamientos y recopilaciones.

Para tener una noción general acerca de estas épocas, este tema lo trataremos de una forma muy sintética, ya que el tema a desarrollar en este trabajo, es lo relacionado a las responsabilidades penales; pudiendo decir que sin antes estudiar este apasionante tema de los antecedentes históricos de nuestra ciencia jurídica a través del derecho penal español; y así se puede decir que los rasgos de la penalidad primitiva española, se remonta al hecho de que la España primitiva estuvo habitada por una multitud de tribus de origen distinto y de una variada civilización, lo que sí se puede afirmar según los estudios de Galo Sánchez, es que entre los iberos predominaba la organización gentilicia y la potestad penal en los gentilistas se ejercía sin perjuicio de la corres-

pondiente al padre, como jefe de familia mediante la exposición del que era considerado indigno de seguir perteneciendo a ella.

Se hace notar que en este derecho la venganza y la --responsabilidad, según el maestro Dorado Montero dice, colectivas y solidarias de grupo contra grupo, como si cada uno --fuera más que un sólo individuo. La independencia entre unas gentilitatis y otras hace suponer que la justicia la administraba cada uno a sus gentiles como el patrono a sus clientes.

Asimismo Don Joaquín Costa Dorado nos dice que entre los celtíberos la penalidad era muy cruel, ya que como formas de ejecución de la pena de muerte se usó la lapidación por la comunidad. Así también se sabe que el homicidio era más grave el cometido contra el extranjero, que contra el ciudadano del país, y que cada uno se hacía acreedor a una pena distinta, siendo el primero con la muerte y el segundo con el destierro; así se puede decir que las acciones delictivas fueron en la siguiente forma; el parricidio, el hurto de la cosecha que se manifestaba comunmente y se castigaba con la muerte, - el hurto y el robo fueron considerados como un asunto privado entre el delincuente y la víctima, de lo que se considera en resumen que los delitos se distinguen de los que perjudicasen directamente a la seguridad y en delitos particulares siendo este caso la sociedad la que aplicaba la pena y en el segundo

la sanción, era la venganza privada del inmediato perjudicado.

(6)

Período Visigótico, dentro de este período tenemos el Derecho escrito y vivido. Código Eurico y Lex Romana Visigothorum, Lex Visigótica, el delito, la responsabilidad, faida y talión, la desigualdad de las clases y la composición. Lo que se puede decir que la responsabilidad fue trascendente en el antiguo derecho germano y se hace personal en la ley visigótica.

Período de la Reconquista: dentro de este importante período se mencionarán como fuentes de nuestra disciplina la ley y la costumbre, en este período de reconquista manifiesta el Maestro Galo Sánchez, que no se aplicaron ciertos códigos, como ejemplo de ello las partidas y el fuero real, aclarando que en esta época ya abundan las redacciones del derecho consuetudinario local o territorial, y más que otra cosa los documentos de aplicación de derecho, asimismo se puede decir -- que desde el punto de vista del Derecho Penal las redacciones más interesantes del derecho territorial en España, fueron -- con el libro de los Fueros de Castilla y el Fuero Viejo de fn

(6) Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal págs. - 699 y 705. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1964.

dole privada.

Periodo del derecho penal de los musulmanes españo--
les, sólo se puede estudiar este derecho según el autor a ba--
se de tratados doctrinales, y éstos tratan de los derechos, -
los dos códigos escurialenses con los números 1238 y 1246, -
siendo el primero del Doctor Nomatallah Venot Hman y el se--
gundo anónimo, asimismo se hace notar que en el antiguo dere--
cho penal musulman se encuentra la venganza de sangre y la -
privación de la paz, con carácter social de las penas primi--
tivas, así también se citan las obras de Fic, que junto a la
venganza de sangre algunas de las penalidades y determinacio--
nes islámicas, hacen seguir el derecho público y el religio--
so.

Por otro lado tenemos dentro de esta importante épo--
ca la venganza del talión y la composición.

En el derecho penal privado debemos hacer notar és--
te orden penal, ejerciendose por la venganza medida con el ta--
lión y los delitos, dando lugar a ella son: el homicidio y --
las lesiones. Añadiendo que los delitos en el derecho divino
y la penalidad tasada por la ley, los musulmanes la conocie--
ron en esos términos, que no es otra cosa que varias formas -
de comisión de homicidio que suplen la ausencia de la ley de--
un concepto preciso. Podemos manifestar que existieron las -

penas discrecionales y penitenciarias, como claramente lo explica el Maestro Jiménez de Asúa, en su obra citada con antelación.

Se considera que es de mayor importancia hacer notar que en el derecho penal musulmán español, ya se hablaba de -- las causas de la exención de la responsabilidad penal, tal como; la legítima defensa, el estado necesario, la enfermedad mental, el error, la impunidad, llamadas estas últimas excusas absolutorias, por lo que se considera que a través de -- nuestra investigación, el derecho floreciente, en este período fue muy basto y fructífero, ya que sus resultados hasta -- esta época tienen vigencia. Y es digno de reconocer, los -- que nos dedicamos a la Ciencia del Derecho, que en esta época ya se contempla de igual forma las atenuantes y agravantes, siendo las primeras, la minoría de edad, la esclavitud y el sexo femenino, castigando estas dos últimas con la mitad de la pena, y el ser hembra, esto se hacía notar como -- una atenuante, por otro lado se contempla la figura de la extinción de la pena, lo que conocemos hasta nuestros días como prescripción de la pena, condicionada únicamente al tiempo y a la buena conducta.

En el período de ordenamiento y recopilación, se habla del ordenamiento de Alcalá, sobre el derecho territorial castellano, para penetrar en seguida en el período de recopi-

laciones que se inicia en el reinado de los Reyes Católicos- y que llegó hasta las Cortes de Cádiz.

No podemos pasar por alto las Ordenanzas Reales de - Castilla, ya que después de publicado el Ordenamiento de Alcalá, los monarcas tuvieron que dictar nuevas leyes, para la recopilación y reprimir la criminalidad, no prevista en las disposiciones jurídicas anteriores, en las que intervino el famoso jurisconsulto Don Alfonso Díaz de Montalvo y cuyas -- obras se publicaron en el año 1485.

Por otro lado se hablaba también de las leyes del To ro, que se llevaban a cabo a petición de las Córtes de Toledo de 1502, preparadas por el Doctor Pálacios Rubios, publicadas en tiempo de Juana la Loca, de las cuales en las últimas disposiciones ya se habla sobre el adulterio y sobre los testigos falsos.

Al hablar de esta nueva recopilación se pidió por -- parte de los procuradores de las Cortes de Valladolid en el año de 1523, que todas las leyes se cumplieran en un volumen para que todos las conocieran y los jueces tuvieran elementos necesarios para determinar los pleitos y los abogados po der hacer una defensa, en forma ordenada.

Como disposiciones locales de esta época se citan --

las Ordenanzas de Madrid, en las que prohíbe y se castiga la blasfemia, el disparo de arma de fuego, el juego de naipes, - la recaptación y en esta ley se regulaba ya la prostitución- y la responsabilidad civil de los posaderos, asimismo debemos mencionar la novísima recopilación, que era un instrumento urgente, por lo cual el Rey Carlos IV, encargó la formación de un nuevo código, lo cual fue la nueva recopilación, - en la cual se compiló el derecho existente, con un sin fin - de disposiciones de todo orden, por lo cual en el Libro XII- se consagra el Derecho Penal, en el que se hayan algunos preceptos en los tiempos de Carlos III, así se puede decir que la novísima recopilación contiene numerosas disposiciones de severo castigo contra los gitanos y vagos, a los que castigaban con azotes y mutilaciones, y en algunos casos con la - - muerte, de lo antes estudiado se ha notado que dentro de los antecedentes históricos que se contemplan en el capítulo I - de este trabajo, el derecho español por sus antecedentes es- rico, fructífero e inclusive se puede ver que se adelanta -- hasta nuestros días, ya que como es de observarse, algunas - de las figuras jurídicas antes descritas, tienen vigencia -- hasta nuestra época y en particular en nuestra legislación - penal mexicana. (7)

(7) *Ibidem*, págs. 698-748.

C) EN EL DERECHO ARGENTINO

Al entrar al estudio del derecho argentino es importante estudiar en su esencia lo correspondiente a la parte histórica.

Así nos podemos dar cuenta que históricamente el derecho penal argentino tomó su origen en la legislación española, que rigió mucho tiempo en dicho país, después de proclamada la independencia de éste, no obstante dicha situación debe tenerse cuidado en no confundir por un lado el origen histórico doctrinario sufrido por el derecho penal actual, el cual es muy variado y en su esencia como lo es del conocimiento de todos, tiene vínculo con legislaciones de distinto origen del derecho español de esa época.

Cabe aclarar que la importancia en la legislación Argentina proviene inminentemente del derecho ibérico, que como quedó claro, fue para el pueblo argentino derecho vigente, -- por mucho tiempo, así como el haber contribuido en el derecho penal argentino actual.

Las costumbres de los pobladores aborígenes de Argentina no tuvieron influencia sobre una legislación que venía a América, dictada por un país culto y lejano, el desenlace de la lucha de las razas consistió según Don Raúl A. Orgaz, -

en la instauración institucional española, pues la gran distancia cultural que mediaba entre ambas razas contrapuestas - en Argentina, hizo nula en la faz jurídica, la multicitada influencia aborígen. Asimismo se verá que la instauración institucional en materia penal es prácticamente relativa y no se puede descartar que en cierto grado de supervivencia temporal de algunas formas jurídicas autóctonas o de ciertos compromisos, como el que indica el informe del jurista Juan Matienzo, al referirse a la conducta de algunos caciques, ilegal y delictiva en materia de poligamia, de conformidad con la ley española, pudiendo decir que el derecho penal argentino debe ser referido a los campos de legislación vigente en la ciudad, a las disposiciones de la corona, que fueron destinadas para -- América, y algunas disposiciones tomadas por los virreyes y gobernadores de carácter policial, no obstante la gravedad de las penas que algunas veces contenía y que en casos especiales llegaron hasta la pena de muerte.

Así pues estas condiciones no deben sorprender, ya - que durante la colonia y aún tiempo después se verán las disposiciones de carácter extraordinario por la dificultad que - representaba el uso y manejo de los cuerpos legislativos.

Desde el punto de vista teórico las leyes vigentes, - tuvieron como base la recopilación de 1567, no obstante que - ésta dejó subsistentes las legislaciones anteriores, por lo -

que fue muy destacada la Legislación de las Partidas.

Al entrar a la nueva recopilación promulgada por Felipe II, ésta tuvo como principal objeto salvar el desorden -- que regía en la legislación ya que las leyes del fuero y -- otros ordenamientos no estaban bien compilados, las cuales -- juntó el Doctor Montalvo y de esta causa, los jueces daban va rias y diversas sentencias.

Las leyes penales de la nueva recopilación fueron es critas en 26 títulos del Libro VIII, que eran muy semejantes-- a las Siete Partidas, con demasiada influencia canónica de pe nas muy rígidas y de consecuencias graves, sin arbitrio judi cial, es decir una ley que caracterizaba esa época.

Así se debe añadir, que el defecto grave de esta re copilación, fue precisamente el mismo que se intentara con -- ella remediar, basándose desde luego al progreso, lo cual en esencia vino a ser una reelaboración de Montalvo, por no acla rar cuáles eran los nuevos elementos incorporales, cuáles fue ron los subsistentes y cuáles fueron los derogados.

Así se puede decir que la confusión subsistió, y el derecho legislado fue en apariencia una cosa y en la realidad otra.

Por otro lado, Altamira concluye que el crédito en - que cayó la recopilación fue un justo incumplimiento por parte de los tribunales, ya que si eso sucedía en España, con ma yor razón debió de suceder en sus colonias que le pertenecían.

Por lo que no es extraño el manifestar que durante - la Colonia se aplicara una especie de derecho consuetudinario inspirado en las Siete Partidas, con vigencia precaria, con - disposiciones arbitrarias y nacidas de autoridades locales. - Aclarando que el orden de las leyes era la recopilación de -- Faidas, Recopilación Castellana, el Fuero Real y los fueros - municipales, así como las Siete Partidas.

Por otro lado se puede decir que el procedimiento pe nal, en el derecho penal argentino consistía en la recepción- de unas cuantas declaraciones testimoniales y del imputal, de trás de lo cual se dictaba una sentencia sumarísima y sin ci- tas legales.

Con lo que se explica que en el año de 1834, las cau- sas judiciales instruidas, si bien eran sumarísimas, después- de concluido el procedimiento sumario fuesen elevadas al Go-- bernador el cual dictaba la sentencia, por lo cual se demues- tra que el desorden jurídico y legislativo en Argentina, era- grande y no exclusivamente imputable a situaciones de natura- leza política y por ende es de suponerse que las disposicio--

nes tomadas por los gobiernos de carácter general y a veces local, fueron fragmentadas en leyes españolas y determinadas por las inminentes necesidades inmediatas.

Dentro de las leyes y decretos dictados a partir de la Constitución del gobierno declarado como propio, hay muchas lo cual no es posible transcribirlas en este capítulo, en virtud de que el tema a desarrollar en este trabajo es distinto al mismo, sin embargo mencionaremos algunas de las más importantes, y así tenemos El decreto de 1810, recordando la prohibición existente sobre duelos, el decreto en el que se prohibía a los duques arrojar piedras de lastre, lo cual originaba una pena de cien pesos de multa, el reglamento de 1812 referente a la policía, decreto de 1812 sobre compras de armas hasta la pena de muerte, decreto de 1826 sobre publicaciones de sentencias, decreto de 1830 contra ladrones asesinos y salteadores, decreto de 1834 referente a la preparación de un Registro Nacional y la ley aboliendo la prisión por deudas, etc.

Así se pasa al período constitucional, el cual puso mayor interés al superar el desorden existente, pero las dificultades políticas retrasaron dicho propósito, y así se encargó en el año de 1865 y 1868, un proyecto de Código Penal, aclarando que tal reforma era muy lenta y las necesidades imperiosas, y así fué como nació el proyecto tejedor en honor -

al destacado jurista Doctor Carlos Tejedor, el cual tenemos conocimiento, tuvo poca fortuna. Y así se dio origen al Código Penal de 1886 sobre la base del proyecto del jurista citado anteriormente y que por la sanción de las legislaturas era código vigente casi en todo el país.

Asimismo en 1891, surge un proyecto, y en 1921 se promulga el primer código como dicen los historiadores argentinos, cargado de desprestigio oficial y en medio de las voces que antes de ser sancionado ya se pedía su reforma.

Con posterioridad surgieron otros proyectos y para el año de 1936, el Poder Ejecutivo designó dos juristas: Eusebio Gómez y Eduardo Coll, a efecto de que prepararan un proyecto de reforma al Código Penal, el cual realizó él mismo, inspirado en las ideas positivistas y posteriormente en 1941, presentó ante la Cámara un proyecto de Código Penal y se llama neopositivista.

Así pasó el tiempo y en el año de 1951, se envió un nuevo proyecto al Congreso de Código Penal, en el cual el mismo adoptaba la idea positivista.

En el proyecto de 1960, que se llevó a cabo por decreto de 1958, aprobó el convenio celebrado por el Secretario de Justicia Don Sebastián Soler, para la redacción de un nuevo -

Código Penal, invitando a los diferentes colegios, sociedades y facultades de derecho, a efecto de constituir una comisión-asesora.

Como todo ordenamiento jurídico estuvo sujeto a revisión y se le hicieron algunas reformas y este Código alcanzó sanción en el auge de las ideas positivistas que culminaron - en el año de 1921, y así sucesivamente se han venido haciendo alusiones y reformas a dicha legislación argentina hasta nuestros días, de acuerdo a las necesidades socio-políticas, culturales y económicas del país.

Manifestamos que en esencia y de acuerdo al tema a -- tratar, se puede decir que la legislación ibérica ha tenido y sigue teniendo un gran auge en la elaboración de los diferentes proyectos de la ley penal argentina. Como se ha asentado en el desarrollo y evolución del derecho argentino. (8)

D) EN EL DERECHO MEXICANO.

Analizando los antecedentes históricos del Derecho Penal Mexicano, es necesario remontarnos al surgimiento y evolución del mismo, hasta nuestros días en forma muy extractada,-

(8) Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino. Editorial - TEA, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1978.

y así tenemos que los períodos que comprenden el adelanto de las ideas penales, al pasar el tiempo, la función represiva se ha llevado hacia diversas rutas, según los pueblos distintos, los estudiosos del derecho penal, clasifican en cuatro períodos las tendencias que ofrecen algunas notas comunes y estos son: la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública, y el período humanitario.

Hay discrepancia en cuanto a estas épocas, ya que algunos estudiosos de nuestra disciplina jurídica, consideran que se deben sumar la corriente científica, en virtud de los perfiles y caracteres propios y otros penalistas le llaman la etapa científica. (9)

Por otro lado como es bien sabido, nuestro país antes de la Independencia estaba regido por la legislación española.

Así tenemos que la legislación vigente al consumarse la Independencia entre México y España, iniciada el 16 de septiembre de 1810, y que se consuma el 21 de septiembre de 1821, como era la legislación heredada de su antecesora, es

(9) Castellanos, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1981 pág. 31.

decir con las adaptaciones propias de la colonia, como es de suponerse España, por regla empleó para sus colonias un régimen asimilador es decir las consideró como parte de su territorio nacional, pero permitió que se fuera formando una especie de persona particular, en cada uno de sus virreynatos y que da como consecuencia el nacimiento de normas jurídicas - propias, con sus problemas particulares de cada una de ellas.

Es como se dice que el México independiente continuó con el uso de las principales leyes españolas, tales como la Novísima Recopilación de 1805, las Siete Partidas, que eran las principales leyes españolas. Igualmente estuvo en vigor el Fuero Juzgo, ésto quiere decir que su importancia fue porque en nuestro país normaba toda la materia mercantil.

De lo que se puede decir, que en cuanto a la legislación particular de nuestro país, además de la ya conocida -- por todos nosotros, tales como la Recopilación de Indias y -- que contenía normas de aplicación general a toda la Nueva España, contenía permisiones especiales, a esta última y de -- los autos acordados que las complementaban eran disposiciones dictadas por el Consejo Real, y que se le daba el carácter de ley y se hallaban en vigor como leyes especiales, como de la Nueva España, tales como las Ordenanzas de Minería y la de Intendentes de 1786.

La decadencia jurídica de España, se tradujo en México en un gran retraso de trabajo de codificación, por lo que dichas normas jurídicas españolas, como nos los dice el Maestro Francisco González de la Vega, estuvieron en vigor hasta el segundo tercio del Siglo XIX.

Así tenemos que la legislación propiamente mexicana, antes de la codificación, como era natural que el nuevo estado nacido con la independencia se interesara en forma primordial en la legislación que tendiera a su propia organización, tales como el establecimiento de su existencia y funciones.

Y por ende que todo el empeño legislativo sumara con supremacía al derecho constitucional, el derecho administrativo, de ahí nace que dicha legislación impuso como primera reglamentación la portación de armas de fuego, el uso de bebidas embriagantes, represión de la vagancia y la mendicidad, así como la organización policial.

El orden de la prevención de la delincuencia se atendió a la organización de la policía preventiva, a través de los regidores de los ayuntamientos y de sus auxiliares los cuales hacían rondines en diferentes sectores en que quedó dividida la ciudad.

Así fue que en el año de 1834, fué organizada la Poli

cía de seguridad como cuerpo permanente y especializado. En el año de 1932 se llevó a cabo la ley sobre responsabilidad civil de los delincuentes; y así es que se tiene conocimiento, que el procedimiento penal fue reformado en relación a los -- salteadores de caminos en cuadrilla, a los ladrones en despo-- blado y en poblado, que fueran aprehendidos por las autoridades locales.

Por otro lado tenemos la ley del 27 de septiembre de 1823, en la que se dispuso que se les juzgaba, mutilándoseles en un consejo de guerra y la pena aplicada a los ladrones era el trabajo en obras públicas de fortificación del servicio de las bajeles; asimismo se les reconoció jurisdicción militar a los delitos de robo y homicidio, y se dispuso el turno diario a los jueces de la ciudad de México y se dictaron reglas para substanciar las competencias, y así se tiene que las leyes de 1833 y 1831, establecieron que el principio de la ejecución -- de la sentencia correspondía al poder ejecutivo y que la ju-- risdicción cesaba al dictar la sentencia irrevocable, por -- otro lado se tiene que en 1826, se dictó un artículo que re-- glamenta las cárceles de la Ciudad de México.

En el año de 1824, se reglamentó también la concesión de los indultos del Poder Legislativo, con apoyo del Poder Eje cutivo, de lo que ya se sabe, que el Ejecutivo estaba faculta do, para conmutar penas comunes ya fuera total o parcial, y -

aplicar las penas especiales tales como el destierro.

Así pasamos a la Constitución de 1857, la que establece en forma sistematizada las bases del derecho penal mexicano, algo importantísimo para nuestra disciplina y que fueron empleadas en leyes del 4 de diciembre de 1860 y del 14 de diciembre de 1864, era una necesidad urgente codificar la materia penal, en aquellos tiempos como lo apuntaban los ministerios de justicia y la Suprema Corte, es como surgen a la vida jurídica en México, la clasificación de los delitos y las penas, situación que alaba el entonces presidente Don Valentín Gómez Farias, que se alcanzaba un logro en la cuestión jurídica.

Así pasa el tiempo y se puede añadir que vencida la intervención francesa, el presidente Juárez en 1867, llevó a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública al ilustre jurista Don Antonio Martínez de Castro, a quien le correspondió en ese momento histórico de nuestro país, a presidir la Comisión Redactora del primer Código Penal Mexicano Federal, para toda la República y común para el Distrito y Territorios Federales. Siendo éste el de 1871, para evitar continuar hasta ese momento, sin más ley que el arbitrio prudente a veces y otras caprichoso, de las personas encargadas de administrar justicia.

En cuanto al caos legislativo al que dio origen, dicho código consigna estas notables palabras: "solamente por -- una causa muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro", Montesquieu, sin embargo ésto se descartó que se diera como una legislación formada en un tiempo remoto, lo cual traería como consecuencia, a través del tiempo una situación bastante, para que una buena ley hubiera sido y por consiguiente deje de ser adecuada al momento histórico de un pueblo, ya que la finalidad de cualquier comisión en cargada de hacer una determinada legislación es para beneficio de México y para el pueblo mexicano.

Por eso se dice que Martínez de Castro y sus colaboradores no se podían inspirar en la nada, para crear el Código de 1871, sino que fue necesario tomar la idea de la Escuela de Derecho Penal, que era una fuente alentadora de todas las legislaciones penales vigentes de esa época y acabadas de dar nacimiento al Código Español de 1870 del jurista Pacheco.

Así fue como el código mexicano se inspiró en la teoría de la justicia absoluta y de la utilidad social y consideró al delito como entidad propia y aceptó doctrinariamente el dogma del libre albedrío.

La pena la contempló, como un doble objeto, ejemplar y correctivo, por lo que en esencia la fuente inspiradora del

Código de Martínez de Castro fue la Escuela Clásica.

Este código reglamentó la participación en el delito conforme a las categorías de autor, complice o encubridor, y definió cada una de ellas. Por otra parte reglamentó los grados del delito intencional, distinguiendo entre el conato, el delito intentado, el frustrado y el consumado, y consagró penas variables. Sin embargo el mérito más importante de este Código fue el haber creado la figura del delito intentado como intermedio entre el frustrado y el conato.

Así como cuando se intenta la realización o ejecución de un delito y se presenta la imposibilidad absoluta o relativa hacia el sujeto o individuo, en este se origina un estado de alarma o de inconformidad y que definitivamente no debe -- quedar sin castigo.

Respecto a la métrica penal este código la estableció rigurosa, tomando en cuenta las circunstancias atenuantes y - agravantes de responsabilidad; a efecto de que el juez las -- apreciara en unidades, cuyas sumas enfrentara a otras, dando como resultado del balance, la medida matemática de la pena - imponible.

Por este contenido a que se ha hecho referencia, el - Código de 1871 definitivamente trajo un avance positivo en el

campo de las instituciones jurídicas mexicanas, porque el tratadista Martínez de Castro se anticipó a otros posteriores estudiosos de nuestra ciencia jurídica, como fue el caso de la libertad preparatoria o dispensa condicional de una parte del tiempo de prisión, de los reos que demostraban buena conducta la retención por una cuarta parte más del tiempo de prisión - para los sentenciados que observaran mala conducta, figuras - que se adelantaron o anticiparon a la pena indeterminada y a la condena condicional reglamentadas posteriormente en nuestras legislaciones.

Posteriormente las necesidades y cambios que se suscitaron en el país desde la promulgación del Código de 1871, en el año de 1912 hicieron necesario que se revisara dicho código, precidiendo dicha comisión el licenciado Don Miguel S. Macedo que realmente elaboraron un acucioso proyecto, respetando los principios generales del Código de 1871, conservando - el núcleo de su sistema y de sus disposiciones. Y se limitó dicha revisión a incorporar nuevas instituciones tales como - la protección a la propiedad de la energía eléctrica, la condena condicional, la protección a los teléfonos y su uso, y a subsanar las obscuridades, las incoherencias, contradicciones y los vacíos que se notaban en el texto del Código de referencia. Sin embargo dicha revisión no recibió consagración legislativa, en virtud de que no tomó en cuenta los nuevos logros de la sociología, la filosofía y la penología modernas,-

ni las necesidades sociales exigentes al no contemplar las medidas relativas a los menores delincuentes, ni combatir vicios como la toxicomanía, ni evito ni sancionó el tráfico de enervantes, tampoco desarrolló adecuadamente el arbitrio judicial, como medio de llegar a la individualización de las sanciones.

Los movimientos internos del país de diversa naturaleza y valor, originaron graves preocupaciones a los gobiernos.

La Revolución de 1910, con sus postulados reivindicatorios populares, libertades efectivas para todos los mexicanos, igualdad y justicia social, tuvo que luchar arduamente con la clase privilegiada hasta lograr dominarlas e imponerles el estatuto de 1917, y al ir recuperando el país la paz pública, surgió nuevamente el deseo reformador, y así fue como en 1925, el C. Presidente de la República nombró las comisiones revisoras de Códigos, concluyendo ese deseo de reforma penal por todos los grupos cultos del país en la promulgación del Código Penal de 1929, que hizo el C. Presidente Licenciado Emilio Portes Gil, trayendo como consecuencia la derogación del Código de 1871.

En este Código se afirma por sus principales redactores que adoptó el principio de responsabilidad de acuerdo con la escuela positivista. Y declaró delincuentes a los locos,-

a los alcohólicos y a los toxicómanos, porque sin esta declaración, ninguna autoridad podría constitucionalmente coartar sus derechos patrimoniales o de libertad con disposiciones, - ya se llamen tutelares, protectores o defensivas, porque si lo hubiesen hecho, darían lugar a un amparo por violación de garantías, y así se consideró responsable toda esta clase de individuos, que con sus actos demostraran hallarse en estado peligroso. El Código de 1929 aplicó en toda su pureza la -- doctrina del estado peligroso, fundándose en el principio de que "no hay delitos sino delincuentes" y adoptó también la -- de la defensa social de la escuela positiva, por lo tanto es te Código no cumplió con su objeto ni técnicamente ni prácti camente en su aplicación, en relación a la técnica de los -- principios esenciales en que se inspiro, se encontraron nuli ficadas, negados, definitivamente como se observa en su propio articulado en cuanto a su aplicación práctica o diaria -- por el gran número de omisiones, contradicciones, yuxtaposiciones y definiciones teóricas.

El Código de 1929 se caracterizó por un criterio objetivo del crimen, como el que contemplaba el código que le precedió, ya que la pena se aplicaba no en razón de la mayor o menor gravedad del peligro, sino de las circunstancias -- agravantes y atenuantes, que realmente regulaban su duración y alcance, y también fue una situación irrealizable, lo refe rente a la reparación del daño, causado por el delito, esto-

se debió a lo poco feliz de la tabla de indemnizaciones, que contenía un procedimiento totalmente inadecuado para tal - - efecto, y así se puede afirmar que este Código no contempló procedimientos legales adecuados, para la liquidación o ejecución de la condena, ya que las medidas que contenía fueron concretas e ilusorias a nuestro medio. También estableció - la individualización de la pena pecuniaria, según la situación económica del delincuente, en razón de la utilidad diaria, como unidad de la multa.

La utilidad diaria, es la cantidad que obtiene un individuo cada día, por salario, sueldos, rentas, intereses, - emolumentos o por cualquier otro concepto. Así como las necesidades personales y familiares de un individuo a otro año cuando la utilidad diaria sea idéntica. El hecho más importante del Código de 1929, fue lograr aglutinar todas las inquietudes científicas aisladas y despertó en los juristas mexicanos el deseo de una reforma integral en todas las instituciones jurídico-penales.

Ese deseo general, de los diferentes grupos de estudios del derecho penal mexicano, instó al licenciado Por--tes Gil, a organizar a una comisión que revisara totalmente el código de 1929, dando como resultado el nacimiento del Código Penal de fecha 14 de agosto de 1931; en los trabajos - de la comisión redactora del vigente código, para lograr su-

consagración, no se tomó como base ninguna escuela, doctrina o sistema penal determinado, sino que adoptó una tendencia -- ecléptica y pragmática, con su fórmula: "no hay delitos sino delincuentes", ya que los fracasos originados por la escuela clásica, no fueron subsanados por la escuela positivista ni -- por otro sistema penal imperante en esa época.

Así tenemos, que el Código de 1931, con elementos jurídicos realizables buscó principalmente la solución de:

La ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales, la disminución del casuismo con los mismos límites, individualización de las sanciones, efectividad de -- la reparación del daño, simplificación del procedimiento y or ganización del trabajo en las oficinas judiciales, organiza-- ción práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados, dejar a los niños -- al margen de la función penal represiva, quedando sujetos a -- una política tutelar y educativa, contemplar la función de -- las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social, como es el caso de la libertad preparatoria o condicional, reeducación y medidas sociales y económicas de prevención. (10)

(10) González de la Vega, Francisco, Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, S.A. Méx. D.F. 1985, págs. 18 a 25.

Por lo que se puede concluir que el Código de 1931 vigente hasta la fecha es el que está más apegado a las necesidades del pueblo mexicano, por la incorporación de las nuevas figuras anteriormente enunciadas que permiten al delincuente más rápidamente su readaptación a la vida social.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO DE DERECHO PENAL VIGENTE

Respecto al concepto del derecho penal vigente consi
deramos necesario, antes de entrar en materia dejar claro, --
que es una rama del derecho público, no por emanar del Estado
las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni
tampoco por corresponder su imposición a los órganos estata--
les. Sino porque al cometerse un delito la relación se forma
entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre --
aquél y el particular ofendido, en concreto puede decirse que
el derecho penal es público por normar relaciones entre el po
der y los gobernados.

Por otra parte el derecho penal está dirigido a los
súbditos dentro de los límites jurisdiccionales del Estado.

Y se le considera una rama del derecho interno, sin-
constituir excepción, los convenios celebrados entre los paf-
ses, para resolver cuestiones de naturaleza penal, ya que --
esos convenios o tratados, no son sino actos de voluntad sobe
rana de quienes los suscriben.

Así tenemos que el término derecho penal no es el --
único con el cual suele denominarse o designarse a esta disci

plina, sino que también se le denomina derecho criminal, derecho de la defensa social, etc.

Los estudiosos del derecho penal no únicamente por razones de tradición, sino de fondo prefieren conservar el nombre de derecho penal, ya que las demás denominaciones se prestan a confusiones y resultan equívocas.

El derecho penal sólo se distingue de otras ramas del Derecho por la mayor reacción del poder del Estado. Este responde con más energía frente al delito, que ante las violaciones a normas civiles, administrativas o de otra índole.

El Derecho Penal, en sentido objetivo según Cuello - Calón, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad, con que aquéllos son sancionados. (11)

Para Edmundo Mezger, el Derecho Penal objetivo, "es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la

(11) Castellanos, Fernando. Ob. Cit. pág. 21

pena como su consecuencia jurídica" (12) Raúl Carrancá y Trujillo, estima que el Derecho Penal objetivo, "es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes, regula la -- aplicación concreta de los mismos a los casos de incriminación." (13)

En sentido subjetivo, el derecho penal se identifica con el jus puniendi, es el derecho a castigar y consiste en la facultad del Estado de conminar la realización del delito con la amenaza de las penas y, en su caso imponerlas y ejecutarlas.

Para cuello Calón, "es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad". (14)

Por lo tanto debe entenderse por derecho penal vigente, como el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas que se imponen a los delincuentes, en un determinado período y lugar por la-

(12) Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1986. pág. 16

(13) Ibidem, pág. 17.

(14) Castellanos, Fernando. Ob. Cit. pág. 19 a 22

autoridad que las declara obligatorias. Así tenemos que el Maestro Eduardo García Máynez, lo define como "el conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado, la autoridad política declara obligatoria".

(15)

A) RESPONSABILIDAD PENAL

En relación al estudio de la responsabilidad penal, es necesario explicar de donde surge la expresión responsabilidad, se sostiene que proviene del latín *respondere*, que significa: estar obligado. Sin embargo este concepto tan amplio no es el que técnicamente interesa al derecho penal vigente, porque en este significado queda comprendido todo tipo de responsabilidad, por lo que es necesario dar el concepto de responsabilidad jurídica.

De acuerdo a la gran gama de estudios que se han realizado, respecto a la responsabilidad jurídica, se entiende el tramo obligacional que nace con el incumplimiento de las obligaciones y violaciones, a toda legislación vigente.

(15) García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, Méx, 1982. pág. 37

DEFINICION DE RESPONSABILIDAD PENAL

Así se puede decir, que la consecuencia específica - del delito lo constituyen la responsabilidad penal, es decir- que esta responsabilidad penal recae únicamente sobre el de-- lincuente, la cual no debe confundirse con la responsabilidad civil, emergente del delito que impone la obligación de indem-- nizar a la víctima del mismo.

La consecuencia específica del delito es la pena, la que sólo puede imponerse al autor o partícipe de un delito, - que sea penalmente responsable, es así que conforme a derecho se puede decir que la consecuencia específica del delito es - la pena, para que a un sujeto se le considere penalmente res-- ponsable, es necesario que el delito que se le impute, aparez-- ca configurado con todos los elementos esenciales, para su -- existencia tales como: una acción positiva o negativa, la - - cual se le puede atribuir al sujeto activo como una forma de-- expresión antijurídica, típica, es decir que se adecúe a una-- figura delictiva e imputable, con capacidad de comprender la-- criminalidad del acto y dirigir sus acciones y culpabilidad, - es decir que dicha conducta sea reprochable por no existir -- causa de exclusión de culpabilidad, o elementos constitutivos descritos anteriormente, en conjunto constituyen los tres su-- puestos de la responsabilidad penal, apareciendo esta última-- como una consecuencia del delito, lo que determina que el su-

jeto activo deba de cargar con la consecuencia específica del delito, es decir con la pena que la sociedad le impone como un reproche, por su acto culpable.

Así que si ésta no es típica o concurre una causa de justificación de ininputabilidad o de inculpabilidad no puede haber responsabilidad penal para el sujeto.

Por otro lado si existe ausencia de alguna de las -- condiciones de punibilidad, que exige el tipo penal o la concurrencia de alguna excusa absolutatoria, que dé como consecuencia la exclusión, produce también como efecto directo la falta de responsabilidad penal, en razón de que el sujeto activo del delito, queda exento de pena en esos casos.

Así se puede decir que el concepto de responsabilidad penal, estudiado anteriormente se ajusta a la acepción -- más generalizada que se le ha asignado a tal terminología jurídico-penal, es decir la responsabilidad penal.

A mayor abundamiento y a efecto de ahondar en esta -- figura jurídico-penal, mencionaremos alguna de las acepciones de los tratadistas más destacados en esta materia y así decimos:

Que Don Luis Jiménez de Asúa, define a la responsabi

lidad penal como la consecuencia de "la causalidad material - del resultado de la injusticia del acto". (16) Aclarando, dicho maestro, que si alguno de éstos llegara a faltar, no se está dentro de la responsabilidad penal. Es decir si falta alguna consecuencia, la responsabilidad penal no se produce, - cabe aclarar que la mayoría de los tratadistas confunden la - culpabilidad con la responsabilidad penal, manifestado que la - culpabilidad penal, es uno de los elementos constitutivos del delito, dado que aquélla recae sobre todo delito y está fuera de él. La responsabilidad penal es la conjugación de una valoración objetiva y una noción normativa objetiva.

Don Carlos Fontán Balestra, adopta un criterio similar cuando afirma "que un individuo es penalmente responsable cuando pueden cargarse a su cuenta el delito y sus consecuencias". (17)

Por otro lado Don Ricardo C. Núñez, afirma que la -- responsabilidad penal, "es la consecuencia del hecho típico, - antijurídico y culpable." (18)

(16) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXIV, Real-Retr. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1967. pág. 903.

(17) *Ibidem*, pág. 903

(18) *Ibidem*, pág. 903

Así Don Juan P. Ramos, atinadamente dice que la responsabilidad penal, "es el estado subjetivo del individuo, poniendo de manifiesto, que no hay responsabilidad penal, sin imputabilidad, pero que a contrario sensu, puede haber imputabilidad sin que exista responsabilidad penal", (19) aclarando dicho autor, que la responsabilidad penal es la relación de un individuo con una sanción, que se da como consecuencia del delito.

Don Jorge Frías Caballero, en forma muy sintética manifiesta que "la responsabilidad penal, es la consecuencia -- del delito, a la cual se vincula la aplicación de la pena". - (20) Uno de los tratadistas de mayor importancia en el campo de las ciencias penales, Vincenzo Manzini, establece en una -- forma muy clara la diferencia que hay entre imputabilidad penal y responsabilidad penal, aclarando que la primera "es el conjunto de condiciones materiales y psíquicas requeridas por la ley, para que una persona capaz pueda ser tenida como causa eficiente de un delito. Mostrando que la responsabilidad penal es la obligación de someterse a la pena, a consecuencia de la imputabilidad comprobada en el delito". (21)

(19) *Ibíd*em, pág. 903.

(20) *Ibíd*em, pág. 903

(21) *Ibíd*em, pág. 904

Asimismo Francesco Carrara, considera que para declarar a una persona responsable de un delito, es necesario una cuádruple imputación: "física, moral, política y civil, entendiéndose por imputar el poner una cosa cualquiera en cuenta de alguien". (22)

Por otro lado, Mezger, adopta igual que la mayoría de los autores modernos, a que se refiere la responsabilidad penal, al tratar la culpabilidad, la define como "el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal del hecho punible cometido" (23). Explicando que no toda conducta antijurídica, está sancionada con una pena, sino que para ello es necesario que dicha conducta sea personalmente imputable. Concluyendo dicho autor que esta imputabilidad da lugar a la responsabilidad jurídico-penal.

B) DIFERENTES TEORIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL

A efecto de poder estudiar las diferentes teorías sobre la responsabilidad penal, es importante mencionarlas en su esencia, algunas de ellas desde luego exponiendo las más importantes de este tema de la responsabilidad penal.

(22) *Ibidem*, pág. 905.

(23) *Ibidem*, pág. 906.

Así se puede decir que siendo tema de discrepancia - entre los estudiosos de esta ciencia jurídica, tenemos dos -- teorías fundamentales.

La del libre albedrío y la del determinismo, las cua les son dos polos opuestos dentro de las cuales se han centra do el debate proliferado, además se hace notar que entre am-- bas doctrinas extremas, un número considerable de teorías in-- termedias o eclépticas.

Así tenemos, la teoría del libre albedrío la cual es sustentada por los penalistas de la Escuela Clásica, quienes-- para fundamentar la responsabilidad penal del delincuente, -- parten de la premisa de que éste es un hombre normal, en po-- cas palabras quiere decir que es un hombre inteligente y li-- bre, lo cual le permite comprender el sentido y el alcance de sus actos, y dirigir libremente sus acciones, en consecuencia pudiendo decir que si el hombre posee una inteligencia que lo faculta para discernir y darse cuenta del carácter delictuoso del acto y una voluntad que le permite escoger libremente en-- tre la ejecución y la abstención de la conducta ilícita, si - opta por cometer el delito debe ser responsabilizado del mis-- mo, porque procedió a sabiendas del carácter delictuoso del - hecho y porque podía no hacerlo, cometido el hecho es respon-- sable de acuerdo a esta teoría, porque el mismo conoce el al-- cance de sus actos y le es factible dirigir libremente sus ac

ciones, su responsabilidad moral.

Por consiguiente si el autor de un hecho delictuoso no ha podido determinarse libremente, ya sea por inmadurez o por tener sus facultades alteradas y por haber sido expulsado por una causa externa, contra la cual no pudo reaccionar o desconocía el alcance del hecho ejecutado penalmente, sólo es responsable penalmente el hombre normal, que posee una inteligencia y una voluntad que le permite comprender y dirigir sus acciones.

La existencia e inexistencia del libre albedrío, es una cuestión que excede del marco jurídico que los penalistas de la llamada Escuela Clásica eluden, dando por aceptada su existencia sin la cual no se concibe la existencia del derecho penal. En ese sentido Carrara decía "yo no me ocupo de cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo como aceptada la doctrina del libre albedrío y la de la imputabilidad del hombre, como asentada sobre esa base", (24) la ciencia criminal que mal se construiría sin aquella.

Vick Meller, también afirmaba que no es posible dar una justificación al derecho penal, cuando se suprime la

(24) Cuello Calón, ob. cit. pág. 48.

libertad del querer, añadiendo que el que negaba el libre albedrío, no podría justificar el derecho penal.

Por el contrario los que sostienen la tesis del Determinismo de la conducta humana, niegan categóricamente la existencia del libre albedrío y la libertad del hombre, cuyos actos consideran provocados por causas individuales y ambientales que excluyen la intervención de la libertad del sujeto.

Hacemos notar que esta posición fue sustentada con especial énfasis por los corifeos de la Escuela Positiva, tiene precursores remotos, ya Sócrates afirmaba que nadie es malo porque sí. Y Platón negó la libertad del ser humano, diciendo "que el que tiene una alma buena, obra bien y el que la tiene mal, procede mal".

Aristóteles sostuvo, que si bien el hombre no era libre, en el momento de cometer el delito lo era con anterioridad, cuando no podía contraer malos hábitos. Y San Agustín, decía que el hombre sólo tuvo libertad absoluta antes del pecado original, es de hacerse notar que la teoría del determinismo es introducida en el ámbito de las ideas penales, por los positivistas más destacados tales como Enrique Ferri, en su tesis doctoral intitulada "La teoría de "imputazione e la-

del libero arbitrio" (25), publicada en Florencia - en el año de 1876, intenta destruir la teoría que fundamenta la responsabilidad penal en el libre albedrío, negando la - existencia de este, en pocas palabras cree Ferri mostrar la inexistencia del libre albedrío sosteniendo que el delincuente está fatalmente determinado al delito, al que considera como un fenómeno natural ocasionado, por causas antropológicas y sociales, y totalmente ajeno a la libre voluntad del hombre, que es sólo una ilusión que se basa en la ignorancia según te^usis, del hombre no es más espontáneo en su conducta, que la - piedra que cae o la amiba que se enquistas, cuando se vierte - una gota de ácido en el medio en que ella vive.

Así vemos que Ferri, para fundamentar la responsabilidad penal recurre a su teoría de la responsabilidad social.

Expone en una forma muy clara en su sociología criminal, de acuerdo a la cual el hombre es responsable de sus actos exteriormente delictivos, sólo porque vive en sociedad y mientras vive en ella. Ya que la sociedad tiene derecho y al mismo tiempo la visión de proveer a la propia defensa, apenas se dan las condiciones de imputabilidad física, por lo cual - el determinismo y la responsabilidad social no implican la ne

(25) *Ibíd*em, pág. 50

gación del derecho de penar, sino de cambiar su fundamento y su carácter.

La sanción penal, en vez de tener un carácter retributivo, pasa a ser un medio de defensa social, ya que así como el delincuente es llevado fatalmente al delito, por causas individuales y ambientales, la sociedad también está determinada a defenderse de los ataques que atenten contra su existencia.

La teoría de la Escuela Positiva dice Florián, "enseña que en la defensa contra los delincuentes, es necesario -- prescindir del libre albedrío". (26)

No es posible dar a la imputabilidad penal y por consiguiente a la defensa social, un fundamento tan inseguro, de él se derivarían consecuencias peligrosas y dañinas, para la sociedad que tendría que permanecer desordenada cada vez que la libertad del querer apareciese suprimida o disminuida.

La responsabilidad penal agrega el citado autor, se deriva de la existencia misma de la Sociedad, cuando se haya de mostrar que en el hombre fue causa física de una determina

(26) Enciclopedia Jurídica OMEBA. Ob. cit. pág. 910.

da acción calificada por la ley, entre los delitos surgirá para la responsabilidad ante la sociedad, de ahí se deduce el principio de que el hombre es penalmente imputable, porque lo es socialmente y que la indagación sobre el elemento subjetivo del autor del hecho suministrará sólo el criterio para la elección del medio defensivo y tratamiento más idóneo y también para la resolución de no adoptar ninguna medida protectora.

La consecuencia de esta teoría, es que todos los que cometen un hecho típicamente antijurídico son responsables penalmente, con la presidencia de que el autor del hecho sea imputable o inimputable, lo cual sólo servirá, para determinar el tipo de sanción aplicable para decidir la no imposición alguna, si en el caso no es necesaria su aplicación.

Así podemos ver que la tesis expuesta por Ferri, para fundamentar la responsabilidad penal, no resultaba muy convincente, ya que los neopositivistas, tiempo después elaboraron la teoría de la peligrosidad criminal.

Entre los positivistas más destacados se puede mencionar como uno de los precursores, a Rafael Garófalo, que fundamenta la responsabilidad penal en la temeridad o sea en la perversidad constante y activa del delincuente, y la cantidad de mal previsto que debe temerse por parte de él.

Más modernamente los neopositivistas, desarrollan el precepto de la peligrosidad criminal, como fundamento, medida de la responsabilidad penal y considerando que el autor de un delito es responsable criminalmente porque es peligroso y en la medida de su peligrosidad, ésta no es otra cosa según lo dice Filippo Graspini, que la muy relevante probabilidad de -- que una persona determinada se convierta en autora de un delito, para Florián la peligrosidad debe entenderse como la actitud de la inclinación y la tendencia de dilynquir de nuevo, - que objetivamente se traduce en la 'alarma y en la preocupa- - ción que un individuo despierta entre sus asociados, la teoria de la peligrosidad criminal, como fundamento de la responsabilidad penal, no nos parece aceptable, porque ella se traduciría en última instancia en la supresión de las figuras delictivas y en la derogación lisa y llanamente del principio - "Nullum crimen, nulla poena, sine lege", que es uno de los pilares en que se asienta todo el derecho penal moderno y una - de las conquistas más modernas del hombre en defensa de su libertad, contra los posibles abusos del poder estatal.

La teoría de la identidad del delincuente; esta teoría es desarrollada por Gabriel Tarded, el cual afirma que la responsabilidad penal, no está necesariamente a la existencia del libre albedrío, sino que se funda con otros criterios y - en otros elementos, la identidad del delincuente consigo mismo antes y después del delito y su semejanza social con aque-

llo entre los que vive y actúa, y que debe ser castigado.

Para Von Litz, el concepto de responsabilidad penal es completamente independiente de la hipótesis del libre albedrío, por lo cual la pena no debe aceptar de ningún modo, - para su fundamentación en el determinismo sin causa, como tampoco en el libre albedrío que escaparía a la ley de la causalidad.

La doctrina de la capacidad penal, sostenida por - - Vizenso Manzini, considera que para que un individuo sea responsable penalmente, debe reunir las condiciones necesarias, - por lo cual los incapaces penales, no son responsables ya que las penas están hechas para los hombres normales o ciudadanos.

Así para concluir este inciso mencionaremos. La teoría de la voluntariedad, la cual sostiene que la responsabilidad penal, surge como consecuencia del hecho que ha sido voluntario, esta tesis es sostenida por Antón, que es el que -- acoge el Código Español al establecer que son delitos y las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley. (27)

(27) *Ibidem*, pág. 908-924

C) SUJETOS IMPUTABLES EN LA RESPONSABILIDAD PENAL

Una vez que estudiamos las diferentes teorías sobre la responsabilidad penal, es el momento que en este inciso -- "C" del capítulo II del presente trabajo, entremos al estudio de los sujetos imputables en la responsabilidad penal, activos y pasivos, consideramos pertinente definir qué es un sujeto conforme al procedimiento penal mexicano.

Y así diremos que son sujetos de derecho penal, las personas físicas y jurídicas que figuran en la relación de un proceso, y que constituyen normalmente esta relación los mismos sujetos y los órganos jurisdiccionales.

Consideramos pertinente aclarar que para ser sujeto de derecho, en una relación de carácter procesal, es requisito indispensable el de la capacidad y personalidad jurídica de las personas físicas, morales o jurídicas, tratándose de las personas físicas, la personalidad y capacidad se obtienen por el nacimiento y se pierde por la muerte.

En relación a las personas morales o jurídicas, la capacidad y personalidad jurídica, se obtiene por el reconocimiento de la ley y se pierde por el desconocimiento de ésta.

Por lo tanto entendemos como sujeto de derecho al ente físico, moral o jurídico, capaz de cometer una infracción penal.

Al entrar al estudio de los sujetos imputables en la responsabilidad penal, podemos decir en términos muy generales que estos mismos sujetos en un momento dado son activos - cuando ejercitan un acto u omisión, o ejercitan en su caso alguna acción o derecho, en la cual consideran que les asiste el derecho y la razón, y en cuanto a los sujetos pasivos en la responsabilidad penal son los que nuestra legislación vigente los denomina ofendidos, jurídicamente conocidos por la costumbre como denunciante, haciendo notar que en estos términos los sujetos pasivos son los receptores del delito directos o indirectos de un resultado material, jurídicamente tutelado por nuestra legislación penal, aunando al respecto los sujetos imputables activos y pasivos, en la responsabilidad penal son los contendientes en un determinado proceso, en el caso concreto de nuestro trabajo, es decir en materia penal, tenemos al presunto responsable, sujeto activo, denunciante u ofendido como sujeto pasivo, a efecto de tener mayor panorama respecto al inciso en cuestión, transcribiremos algunas definiciones y consideraciones de los estudiosos de esta materia en nuestra legislación.

Así tenemos que el Maestro Fernando Castellanos Tena,

sostiene que unicamente el hombre es capaz de ser sujeto activo en las infracciones penales, porque tiene voluntariedad, - ya que esta cualidad es indiscutible en nuestro tiempo, aún - cuando al principio carecía de validez, según los anteceden--tes de nuestra historia jurídica.

Y así tenemos que históricamente hablando se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres etapas. Fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); Simbolismos (se entendía que los animales no delinquen pero se les castigaba para impresionar), y por último unicamente se sanciona al propietario del animal dañoso.

En el año de 1474, por ,falta de definición sexual, - fue quemado vivo, en Basilea el gallo a quien se le imputaba haber puesto un huevo.

En la actualidad existe el pensamiento unánime de -- que unicamente las personas físicas pueden delinquir, sin embargo hay otros que sostienen que las personas morales o jurídicas, son o no responsables frente al derecho penal, situa--ción que hasta en nuestros días está en discusión, ya que - - unos autores están convencidos de la responsabilidad de las - personas morales y otros la niegan en forma sistemática.

El maestro Castellanos Tena, considera que definiti-

vamente las personas morales o jurídicas, no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, independientemente de la de sus miembros, dando como resultado la falta del elemento conducta, factor primordial para la existencia del delito. Aclarando que el artículo 11 del Código Penal, en su esencia dice que cuando algún miembro o representante legal de una persona moral o jurídica, cometa algún delito con los medios proporcionados por ésta, o bajo el amparo o en beneficio de la sociedad de que se trate, el juez podrá decretar la suspensión o disolución de la agrupación si fuera necesario para la seguridad pública.

De lo cual se deduce claramente que quien perpetre el delito si es un miembro o representante de la persona moral, quienes vienen siendo en estricto derecho una persona física y no moral, por lo cual estaríamos en un caso de participación o codelincuencia.

El jurista Villalobos estima, que si la ley autoriza la imposición de penas a la persona moral o jurídica, es lógico y jurídico considerar que la persona jurídica es responsable de los delitos.

El profesor Carlos Franco Sodi, manifiesta que de acuerdo con el contenido del artículo 13 del Código Penal Vigente, las sociedades que presten auxilio, cooperen y se beneficien con la comisión de un delito son responsables del mis-

mo. Porque son responsables los autores materiales, intelectuales, los que presten auxilio o cooperación de cualquier índole en la comisión de determinado ilícito.

Para el maestro Francisco González de la Vega, estima que el artículo 11 del Código Penal, "contiene una apariencia de responsabilidad colectiva, pero no contraviene el criterio de los grandes estudiosos de la responsabilidad penal"-(28), en el sentido de que únicamente las personas físicas -- pueden ser sujetos activos del delito, en virtud de que si se comete un delito en nombre o en representación de una sociedad, las sanciones que se imponen tienen el carácter de medidas de seguridad, es decir medida preventiva de nuevas actividades criminales. Sin embargo afirma que las personas morales, sí pueden ser sujetos pasivos del delito, como las personas físicas, como ejemplo tenemos tratándose de las violaciones penales de carácter patrimonial y contra el honor.

De lo anteriormente expuesto, entendemos como sujeto activo, a las personas físicas, morales o jurídicas capaces - de cometer una infracción penal, ya sea por un acto u omisión.

En relación al sujeto pasivo y ofendido, nos dice el jurista Fernando Castellanos Tena, que el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente tute

(28) González de la Vega, Francisco, ob. cit. pág. 67

lado por el derecho, y el ofendido es la persona que recibe el daño causado por la infracción penal, normalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y ofendido, sin embargo hay casos en que se trata de personas diferentes, como por ejemplo en el delito de homicidio, el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se le ha privado de la vida, y el ofendido u ofendidos son los familiares del occiso.

Para el profesor Celestino Porte Petit Candaudap, entiende por sujeto activo al que interviene en la realización del delito, como autor, coautor o cómplice, clasificando al sujeto activo en cuanto a la calidad que puede ser cualquiera, y en este caso estamos frente a un delito común o indiferente, pero en ocasiones en tipo exige determinado sujeto activo, y en tal situación origina los delitos propios, especiales o exclusivos, es decir que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de formar el tipo con relación a aquel que no tiene tal calidad exigida por el derecho.

El sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico -- protegido por la ley. Bettiol dice "que en todo delito existen dos sujetos pasivos, que son uno constante es decir el -- Estado-administrativo, que está presente en toda clase de delitos y uno eventual proporcionado por el titular del interés

concreto violado por la infracción penal." (29)

Doctrinariamente se pueden presentar las siguientes-hipótesis, en relación al sujeto pasivo.

- a) Que el sujeto activo y pasivo sean los mismos.
- b) Que el sujeto activo y pasivo sean distintos.
- c) Que el sujeto pasivo sea el objeto material.
- d) Que el sujeto pasivo sea distinto al objeto material.
- e) Que el sujeto pasivo sea distinto de la persona sobre la cual se lleva a cabo la conducta o hecho.

Con lo anteriormente expuesto, estimamos haber abordado en una forma concreta, clara y precisa todo lo relacionado al tema de los sujetos imputables en la responsabilidad penal. (30)

(29) Castellanos Fernando, ob. cit. págs. 149 a 152.

(30) Porte Petit Candaudap Celestino, Apuntamientos de la -- Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A.- Méx, 1985. págs. 441 y 442.

D) REGULACION EN EL CODIGO PENAL VIGENTE

Nuestro Código Penal vigente en su artículo 8, claramente nos indica en sus tres fracciones correspondientes, la responsabilidad de los delitos en base a sus grados de culpabilidad, dolo, imprudencia y preterintencionalidad, aclarando que anteriormente existían delitos intencionales o no intencionales o de imprudencia, lo que el legislador en un momento determinado reguló fueron los delitos dolosos y culposos, pero dándose cuenta el propio legislador de lo revolucionado en nuestra ciencia del derecho en las reformas del año de 1985, legisla sobre los delitos preterintencionales y nuestro código reformado actualmente ya lo regula. (31)

Podemos decir que en el Código Penal de 1871, expresaba en su contenido que existían únicamente delitos intencionales y de culpa, en otras palabras podemos decir que la culpabilidad como elemento del delito reconoce dos grados el dolo y la culpa, y por otro lado la intención y la no intención o imprudencia, en el cual se dice que una de las dos debe - - existir en forma sistemática al momento de realizar el acto o la omisión, para los efectos de que sean entendidas como delictuosas es decir si en dicha situación hubiera culpabilidad,

(31) González de la Vega, Francisco, ob. cit. pág. 59.

no existirá incriminabilidad de la conducta. Reconociendo el Código Penal vigente únicamente tres grados de culpabilidad que son: el dolo, la culpa y la preterintensidad. Culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (32)

Eugenio Cuello Calón, dice que el dolo "es la voluntad conciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso". (33) Para el jurista Luis Jiménez de Asúa, define al dolo como "la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizarla acción y con representación del resultado que se quiere oratifica". (34)

Por lo tanto el dolo, consiste en el actuar conciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado antijurídico.

(32) Castellanos, Ferandno, ob. cit. pág. 231.

(33) *Ibidem*, pág. 239.

(34) *Ibidem*, pág. 239.

Así tenemos que los elementos del dolo son los siguientes: ético y volitivo o emocional. El primero está constituido por la conciencia de que se viola el deber. El volitivo o psicológico, consiste en la voluntad de realizar el acto, en la volución del hecho típico.

Existen varias clasificaciones del dolo, y que cada tratadista establece su propia clasificación. Doctrinariamente hablando el dolo se clasifica en directo, indirecto, simplemente indirecto, indeterminado, alternativo, genérico, específico y calificado.

Dentro de las especies que tienen mayor importancia-práctica están:

El dolor directo es aquél en el que el sujeto se representa el resultado, penalmente tipificado y lo quieren.

Para el tratadista Cuello Calón, dolo directo es cuando el resultado corresponde a la intención del agente.

Se entiende por dolo eventual, 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.

Dolo indirecto, es cuando el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

Nosotros consideramos, que el dolo se da cuando una persona tiene la intención de delinquir con el fin de obtener un resultado delictivo, directo, indirecto, determinado, indeterminado y eventual según el deseo del sujeto.

Nuestro Código Penal vigente en su artículo 9, nos dice claramente, en relación al dolo que obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico que quiera o acepte el resultado prohibido por la ley.

Obrar imprudencialmente es el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen.

Obra preterintencionalmente, el que causa un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce -- por imprudencia.

De lo anteriormente se deduce que nuestro Código Penal vigente únicamente contempla el dolo directo, indirecto e indeterminado. Aún cuando varios estudiosos de esta figura jurídica consideran que existen otras especies de dolos.

Sin embargo nuestra legislación únicamente consagra estas tres clases de dolo.

La culpa es una de las formas de la culpabilidad, ya que sin ésta no hay culpabilidad, y por lo tanto el delito no se integra, hay culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, cuando con un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Cuello Calón dice que se actúa culposamente, cuando se infringe un deber de cuidado, que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever, para determinar la naturaleza de la culpa se han elaborado diferentes teorías.

Dentro de las más importantes se encuentran la de la predicibilidad y evitabilidad, y del defecto de la atención.

Para que la culpa exista es necesario que reúna los siguientes elementos que son: El de la existencia de una conducta voluntaria que se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Los resultados del acto han de ser predicibles y evitables y tipificarse penalmente, y por último que exista una relación de causalidad entre el hacer o no hacer inicial en el resultado no querido.

Las principales especies de culpa son dos: conscien-

te, con previsión o representación e inconciente, sin previsión o sin representación.

La culpa conciente, con previsión o con representación, se da cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá, como por ejemplo de esto tenemos el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente.

La culpa inconciente, sin previsión o sin representación, se da cuando no se prevee un resultado predecible, como ejemplo podemos mencionar el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta, se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaba en el lugar.

Nuestro Código Penal vigente, al clasificar los delitos en su artículo 8 equipara la imprudencia a la culpa, es decir se entiende como sinónimo de ésta. Sin embargo consideramos que nuestro código, no es claro al explicar lo relacionado a la clasificación de los delitos, al dolo y a la culpa, por lo que es necesario que el legislador actualice dichas figuras jurídicas, a la realidad y necesidad del pueblo mexicano. (35)

(35) Castellanos, Fernando, ob. cit. págs. 231-251

CAPITULO TERCERO
LA PENA EN EL DERECHO MEXICANO

A) NOCIÓN DE LA PENA

Existe diversidad de ideas respecto de la pena, ya que grandes estudiosos del Derecho Penal, han dado respecto a la definición de la pena, y a efecto de dar una muy breve explicación, sólo mencionaremos algunas definiciones, así tenemos: que para Bernaldo de Quiroz, "la pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito, es decir, es el sufrimiento impuesto, por el Estado en la ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal". (36)

Por otro lado tenemos de la definición que adopta -- Cuello Calón, y nos dice que la pena "es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor". (37)

El Maestro Fernando Castellanos Tena, define a esta última, como "el castigo legalmente impuesto por el Estado al

(36) *Ibidem*, pág. 306.

(37) *Ibidem*, pág. 306

delincuente, para conservar el orden jurídico" (38). Así - se entienda que las penas, son los medios fundamentales de lucha, contra el delito, medios de represión, defensa contra el peligro de nuevos delitos, sea de parte del delincuente o de parte de la víctima, sea de la colectividad, no atiende sólo al delincuente sino a toda la sociedad.

En relación a los fundamentos de la pena se han elaborado numerosas doctrinas para justificar la pena en tres, - teles como las teorías absolutas, las teorías relativas y las mixtas, para las primeras la pena carece de una finalidad - - práctica, se aplica con la exigencia absoluta si el bien mere ce el bien y el mal merece el mal.

Las segundas consideran a la pena como un bien y lo toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Y las mixtas intentan la conciliación de la justicia absoluta, de estas teorías la que más se conoce hasta nuestros días es la de Rossi, quien toma como base el orden moral - - eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas, así puede manifestarse que el Maestro Cuello Calón parece adherirse a - las teorías mixtas al afirmar en su tratado que la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y de prevención del delito.

(38) *Ibíd*em, pág. 305

El tratadista antes mencionado dice que la pena debe inspirar los siguientes fines, obrar en el delincuente creando en el mismo por el sufrimiento motivos que le aparten del delito, en el porvenir para reformarlo y readaptarlo a la vida social de lo cual se desprende que el fin último de la pena es salvaguardar la sociedad, es decir; evitar la delincuencia por el temor de su aplicación.

Por otro lado el tratadista Villalobos, señala como caracteres de la pena los siguientes: aflictiva, legal, cierta, pública, educativa y humana.

La pena se clasifica por su fin en intimidatorias, - correctivas y eliminatorias, según se aplique a sujetos no corruptos e individuos ya maleados pero susceptibles de corrección e inadaptados peligrosos.

Por el fin jurídico, las penas según dice Carrancá y Trujillo, pueden ser contra la vida, (pena capital); corporales (azotes, mutilaciones y marcas); contra la libertad - (confinaciones y prohibición de ir a determinados lugares); - pecuniarias (privar de un bien patrimonial como la multa y la reparación del daño en contra de ciertos derechos); destitución de funciones o suspensión de la patria potestad y la tutela.

Y así tenemos que nuestra legislación vigente en su Artículo 24 del código adjetivo establece las penas y medidas de seguridad. (39)

B) CLASIFICACION DE LA PENA

A efecto de entender en una forma más general la clsificación de la pena a continuación indicaremos uno a uno, a efecto de tener un amplio panorama al respecto.

Tenemos por un lado la prisión, el confinamiento, la sanción pecuniaria, la amonestación, el apercibimiento, caucción de no ofender, suspensión o privación de un derecho, inhabilitación de funciones, suspensión o disolución de sociedades, y las demás a que se refier nuestro código vigente, -- son tipos de pena, aclarando por otro lado como claramente lo indica el maestro Francisco González de la Vega, en el Código Penal vigente, en su catálogo general no establece concretamente la diferencia entre penas y medidas de seguridad y la explicación que el Maestro da es la siguiente: es optativo -- porque su distinción entre una y otra corresponde a la doctrina. Aclarando que las medidas de seguridad constituyen una defensa contra el peligro de nuevos delitos por parte del de-

(39) Ibidem, págs 305-308

lincuente, cosa distinta que las penas son una defensa contra el peligro de la perpetración de delitos, pero no únicamente por parte del delincuente sino también por parte de la víctima, como podría decir por parte de la colectividad tales como la prevención general. Aunando un poco en esta cuestión el estudioso Stoos, hace notar que entre penas y medidas de seguridad existen varias diferencias, ya que la pena se establece y se impone al culpable, a consecuencia de un delito. Y la medida de seguridad se fundan en el carácter dañoso del agente.

Así tenemos que una cosa muy importante en el desarrollo de este estudio, la ley fija las penas según su importancia del bien lesionado, según la gravedad del ataque y según la culpabilidad del autor.

Y así la ley, determina la pena de un modo relativo y el juez la determina en la sentencia, con arreglo a los mismos principios y se nota en esa acepción que la pena es la reacción política y la lucha del riesgo protegido, penalmente causado por el culpable.

Es interesante la jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, marcada con el número 176, visible a fojas 374 de la Segunda Parte de la Primera Sala, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, publicado en el año 1985, que sostiene:

"PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, SEGUN LA PELIGROSIDAD". La peligrosidad del sujeto activo constituye uno de los fundamentos del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones, el que no sólo debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, sino que deben evaluarse también los antecedentes del acusado, pues el sentenciador, por imperativo legal, debe individualizar los casos criminosos sujetos a su conocimiento y con ellos, las sanciones que el agente del delito debe ser aplicadas, cuidando que no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos completo de las características ostensibles del delincuente, sino la conclusión racional resultante del examen de su personalidad en sus diversos aspectos y sobre los móviles que lo indujeron a cometer el delito". (40)

Así diremos que la prisión, consiste en la privación de la libertad corporal y siendo esta prisión preventiva y de detención, aclarando que la primera consiste en la privación de la libertad, para fines solo asegurativos, y la segunda --

(40) JURISPRUDENCIA, Última recopilación de 1917 a 1985, -- Apéndice al Seminario Judicial a la Federación, 2a. parte, la Sala pág. 374.

consiste en la privación de la libertad como retribución por el delito cometido, conforme a la sentencia condenatoria y según nuestra Carta Magna manifiesta que ambas penas deben ejecutarse en sitios distintos, completamente separados.

El confinamiento, consiste en la obligación de residir en un determinado lugar y no salir de él, aclarando que en el lugar de residencia no ha de ser una colonia penitenciaria, ya que este lugar debe ser una ciudad, villa o poblado, es decir que el confinamiento no es otra cosa que una limitación a la libertad de traslación sin encarcelamiento y bajo la vigilancia de la policía.

La sanción pecuniaria, no es otra cosa que la multa o la reparación del daño, aclarando que la reparación del daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la reparación deba exigirse a --terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil. Con la pena de prisión, la multa, pago al Estado de una cierta --cantidad de dinero, con carácter de pena, constituyen la otra situación sobre la cual gira el sistema penal mexicano.

La amonestación, es la advertencia que el juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito --que cometió, exitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor, si reincidiera, aclarando --

que esta amonestación será pública o privada, según el arbitrio del juzgador, la sanción preventiva en cuanto al futuro y accesoria y aplicable es una de las diferencias del apercibimiento.

Apercibimiento y caución de no ofender, el apercibimiento, consiste en la comunicación que hace el juez a una persona cuando se teme con fundamento que está en disposición de cometer un delito, ya sea por su actitud o por amenazas que en caso del delito que se propone u otro semejante será considerado como reincidente, esto se aplica siempre al arbitrio del juzgador.

Cuando los jueces consideran que no es suficiente el apercibimiento, exigirán al acusado una caución de no ofender, lo que comúnmente llamamos apercibimiento agravado.

La suspensión de derechos, es de dos clases: la que por ministerio de la ley resulta de una sanción, como consecuencia necesaria de ésta y la que por sentencia formal, se impone como sanción. En el primer caso veremos que la suspensión comienza y concluye con la sanción que es consecuencia, y en el segundo caso si la sanción se impone con otra sanción privativa de libertad, comenzará al terminar ésta y será la señalada en la sentencia.

La suspensión de derechos, limita temporalmente la capacidad jurídica del condenado o capacidad de ser titular de derechos y deberes jurídicos o bien limita su capacidad de obrar o capacidad de ejercitar sus propios derechos, una y otra pueden verse afectadas en cuanto a la patria potestad, tutela y los derechos conyugales, el patrimonio y su disposición o administración según los casos concretos de que se trate, la suspensión de derechos, tiene el carácter de pena principal.

Así tenemos que la suspensión de derechos derivados de la prisión, la pena de prisión produce la suspensión de derechos políticos, tutela y curatela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario, interventor judicial síndico, árbitro o representante de ausentes.

La suspensión comienza desde que causa ejecutoria la sentencia y durará todo el tiempo de la condena.

La Constitución General de la República, en su Artículo 35, establece claramente los derechos y prerrogativas de los ciudadanos mexicanos y de los extranjeros. Y así concluimos con la clasificación de las penas, dando una explicación general de las más importantes consagradas en nuestro Código-

Penal vigente. (41)

C) TIPOS DE PENA APLICABLES AL PROFANADOR DE CADAVERES

Una vez establecido y quedado claro, sobre la responsabilidad penal, los tipos de pena, así como su clasificación, ahora entraremos al estudio de las penas que se refieren concretamente a los profanadores de cadáveres. Como lo establece nuestra muy reducida ley penal, en concreto pasaremos al estudio del numeral 280 y 281 de nuestro Código Penal vigente, y así tenemos que el primer numeral antes citado, nos describe la penalidad y los tipos de delito en relación al capítulo único de violación a las leyes sobre inhumaciones, exhumaciones y el artículo 280 nos dice: la penalidad que se le impondrá será prisión de tres días a dos años y multa de cinco a dos mil pesos.

"I.- Al que oculte, destruya o sepulte un cadáver, o feto humano, sin la orden de la autoridad que deba darle o sin los requisitos que exijan los Códigos Civil y Sanitario o las leyes especiales.

II.- Al que oculte, destruya, o sin la licencia co--

(41) González de la Vega, Francisco ob. cit. págs 107-139.

rrespondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esta circunstancia. En este caso - no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, -- cónyuge o hermanos del responsable del homicidio, y

III.- Al que exhume un cadáver sin los requisitos - legales o con violación de derechos;" es decir que sobre las - actas de defunción quede claro, que a falta de éstas no se ha rá ninguna inhumación, sin autorización escrita del oficial - del Registro Civil, haciendo mención en el acta de defunción- que debe llenar todos los requisitos a que se refiere nuestra legislación civil, así podemos agregar que la exhumación ile- gal, consiste en un hecho de desenterrar un cadáver o restos- humanos o trasladarlos a un lugar distinto de donde estaban,- inhumándolos sin observar o cumplir los requisitos que la pro- pia legislación establece.

Diciendo de esta forma que el bien jurídico tutelado es el interés de la comunidad vinculado al orden jurídico es- tablecido por el Estado, por medio de sus leyes y reglamentos, respeto que merece el cuerpo humano y la salubridad general,- es decir son los deudos del fallecido los que tienen el dere- cho de la exhumación del cadáver, en los casos previstos por- la ley.

Así tenemos que en base a esta situación la legislación vigente es muy pobre, y de acuerdo a las necesidades actuales, consideramos que se necesita legislar al respecto como posteriormente lo trataremos en el capítulo correspondiente de este trabajo.

El artículo 281 de nuestro ordenamiento jurídico vigente dice, en su esencia respecto a la penalidad y tipos delito, lo siguiente:

"Se impondrá de uno a cinco años de prisión: I-AL - que viole un túmulo, sepulcro, una sepultura o féretro, y

II.- Al que profane un cadáver o restos humanos -- con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia. Si los actos de necrofilia consisten en la realización del -- coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años".

En cuanto a la penalidad de este numeral de la fracción II, es la novedad jurídica que existe en cuanto a su regulación, ya que de acuerdo al término medio aritmético el -- presunto responsable, no tiene el beneficio a la libertad provisional consagrada como garantía individual en nuestra Carta Magna, la reforma es adecuada desde nuestro punto de vista, - ya que como quedó establecido con antelación el bien jurídico

tutelado de este delito es la colectividad la cual afecta a todos.

Asimismo el Maestro Francisco González de la Vega, - dice en su obra titulada Código Penal comentado, que los túmulos, sepulturas o féretros, suponen contener cadáver o restos humanos o en caso contrario, el delito perpetrado será de simple daño en propiedad ajena; con estas reformas añade el mencionado maestro que el legislador estimó necesario aumentar la penalidad, cuando la profanación de cadáveres reviste caracteres graves y ofensivos como ocurre con la práctica necrofflica.

De lo antes mencionado podemos manifestar que la definición más adecuada que nosotros consideramos es la siguiente: profanador es toda persona que da un trato distinto al -- que la costumbre y la ley dispone. Es decir tratar una cosa o un bien jurídico tutelado por la ley sin el debido respeto originando con dicho acto una conducta antijurídica sancionada por la legislación penal. (42)

Y así se puede decir que el cadáver es: El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida.

(42) Ibídem, págs 393-394.

Respecto a esta misma situación, la Enciclopedia Jurídica Omeba en su Tomo II, manifiesta claramente que "cadáver humano es: el cuerpo humano privado de la vida". (43)

Así podemos decir que entendemos como cadáver, el cuerpo humano inerte de la persona, cuando clínicamente se ha declarado el cese total de todas las funciones vitales, siendo estas la circulación, la respiración, función motora y sensorial del sistema nervioso. Clasificándose éstas a su vez en cadáveres de personas conocidas y de personas desconocidas.

Por otro lado y para entrar en materia enumeraremos algunos conceptos de interés que reglamenta la Ley General de Salud y podemos decir que la misma establece que la inhumación y exhumación de cadáveres, sólo podrá llevarse a cabo con la autorización del encargado o juez del Registro Civil que corresponda, quien debe asegurarse del fallecimiento solicitando el certificado de defunción, por otro lado podemos manifestar que desde el punto de vista médico-forense, se dice que por aseguramiento de la colectividad y para evitar alguna enfermedad o contaminación los cadáveres deben inhumarse, incinerarse o embalsamarse entre las doce o cuarenta y ocho -

(43) Enciclopedia Jurídica OMEBA Tomo II B-Cla. p. 480.

siguientes a la muerte, salvo autorización específica - de la autoridad sanitaria o por el representante social o autoridad judicial, cuando se trate de enfermedades contagiosas o de alguna otra causa que la propia autoridad considere pertinente, así tenemos que el depósito y manejo de cadáveres - incluía la inhumación, deben efectuarse en establecimientos - que reúnan las condiciones sanitarias que la ley señala, la - propia autoridad sanitaria en este caso nos referimos a la Se - cretaría de Salud, es la que determina las técnicas y procedi - mientos que deberán aplicarse para la conservación de cadáve - res tomando en cuenta estas autoridades, tener un riguroso con - trol sanitario respecto a las personas que se dediquen a la - prestación de servicios funerarios, y que los lugares que se dispongan para la prestación de este servicio, reúnan los re - quisitos plasmados en los reglamentos correspondientes, sien - do la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, la compe - tente para imponer las tarifas y autorizaciones para el ejer - cicio de esta actividad.

Aclarando que la inhumación e incineración de cadáve - res sólo podrá realizarse en los lugares autorizados por la - propia Secretaría de Salud, siendo esta última la que determi - nará cuánto tiempo deben permanecer los restos de una persona en las fosas respectivas. Estos plazos sólo podrán verificar - se por las autoridades competentes, así tenemos que para in - ternar y autorizar la salida de un cadáver del territorio na -

cional sólo podrá ser autorizado por la Secretaría de Salud, previa la autorización y los requisitos que establecen los tratados y convenios internacionales, así como los que señale la legislación federal.

Por otro lado, es importante hacer notar que para la necropsia de un cadáver humano, se requiere de la orden o autorización del disponente de conformidad con las disposiciones aplicables.

En relación al inciso "D", de nuestro capítulo III - de esta tesis, podemos manifestar que las sanciones que regula el Código Penal vigente en el Distrito Federal, con sus reformas que se llevaron a cabo en los años de 1983, 1984 y - 1985, quedaron explicadas en forma muy general al estudiar en una forma exhaustiva los artículos 280 y 281 del Código Penal invocado, con sus respectivas reformas, aclarando que dichas sanciones son las que definen el ordenamiento antes descrito, incluyendo la penalidad y las sanciones correspondientes al mismo.

Es decir, la penalidad y la sanción, regulación hasta este momento en sus diferentes acepciones, fracciones, reformas, como ha quedado claro sin antes reiterar que en materia sanitaria, relacionando el profanador de cadáveres, la legislación es basta, pero no así desde el punto de vista de la --

ciencia del derecho penal, materia de este trabajo de la cual nos hemos percatado que la legislación a ese respecto y su título único y sus dos artículos a estudio, es insuficiente de acuerdo al avance de la población de nuestro país. Y de -- otras disciplinas que tenemos conocimientos, por lo que nos proponemos internarnos más a esta investigación y proponer al legislador que plasme dichas necesidades a través de un título único y sean tipificadas estas necesidades, en la legislación penal vigente. Y poder asegurar y regular esta actividad tan importante en estos finales del Siglo XX, ya que de lo contrario consideramos que la falta de una amplia ley, en materia de inhumaciones y exhumaciones, disposiciones de órganos del cuerpo humano y de cadáveres, traería como consecuencia la clandestinidad y el tráfico con estos entes jurídicos protegidos por la ley, poniéndose los autores al margen de la ley y dando como consecuencia de dicha conducta a una sanción penal, siendo necesario su reglamentación en estos tiempos de la era atómica. (44)

(44) Ley General de Salud, Vol. II Número dos Talleres Gráficos de la Nación, México, 1984, pág. 83 a 86.

CAPITULO CUARTO
PROBLEMAS PRACTICOS

A) CONVENIOS CELEBRADOS EN LA VIDA Y EJECUTADOS EN CUANTO A LA LEY.

Al entrar a la elaboración de este capítulo IV de -- nuestro trabajo, consideramos necesario hacer mención que en el mismo quedará plasmado el contenido del tema central de esta tesis, en lo relacionado a la esencia del mismo.

Y así decimos que trataremos de explicar lo mejor posible los convenios celebrados en la vida y ejecutados en -- cuanto a la ley. Existen hasta nuestros días y según tenemos conocimiento, dos formas: convenios que las personas pueden celebrar en vida, para que su voluntad sea ejecutada después de su muerte, conforme a la ley; y así tenemos primeramente, -- que para poder celebrar desde el punto de vista jurídico una disposición para cumplirse, sólo existen dos formas, la primera a través de un testamento público abierto llenado ante notario público, el cual será llenado por este fedatario, en escritura pública con sus elementos esenciales y dado el testamento que es una disposición unilateral de voluntad, debe tener el mismo, la solemnidad por disposición de la ley por -- otro lado existe dentro de nuestras instituciones estatales --

el banco de ojos de la Dirección General de Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal, sito en esta ciudad capital en el cual, mediante un formato, el disponente, a través de una carta realizada la donación espontánea para que en caso de muerte, sean utilizados sus ojos por el banco, con propósitos humanitarios; en dicha institución; el cual anexamos a este trabajo llenado como un ejemplo imaginario, es decir el donante llevará en sus generales los datos requeridos por dicha carta, a efecto de poder en un momento dado dar una imagen más amplia a este respecto, y entender lo mejor posible nuestro inciso en cuestión, ya que el mismo se refiere a los convenios celebrados en la vida del donante o testador y ejecutados después de su muerte conforme a la ley, previos los trámites legales y administrativos, que nuestras propias leyes establecen.

B) DISPOSICION DE ORGANOS POSTERIOR A LA MUERTE.

Es menester que al entrar al estudio de la disposición de los órganos del cuerpo humano posterior a la muerte de una persona, nos remontemos a los antecedentes históricos de los trasplantes de órganos y tejidos humanos en México, así como al punto de vista que adoptaron nuestras autoridades competentes a este respecto, ya que entendemos que el trasplante de un órgano del cuerpo humano y la disposición de un órgano del mismo, va aparejada dicha situación por razones de origen.

Y así diremos que las consideraciones relativas a la ciencia médico-forense, en cuanto al tema de la muerte, ya -- que es la base de las posibilidades reales para disponer de -- órganos y tejidos de un cadáver, para efectos de trasplantes -- o de disposición de órganos del cuerpo humano así como de tejidos del mismo.

Definiremos primeramente lo que significa trasplante: la Real Academia de la Lengua Española, nos dice que trasplante es la separación de un órgano o parte de éste o un tejido de un ser vivo o recién muerto, estado vejetativo para -- aplicarlo en otra parte del mismo individuo o de otra persona, con la salvedad de que si dicho trasplante se efectúa en el mismo individuo, la ciencia médica lo denomina autoplastia, si el trasplante es entre individuos de la misma especie se denomina homoplastia y si el trasplante es en especie distinta se le llama heteroplastia.

Así diremos que la primera acepción indicada anteriormente, es la acción y efecto de trasplantar y trasplantarse.

Así se dice según los antecedentes históricos, que en la época prehispánica no tiene ninguna referencia a este tema,

Pero lo consideramos pertinente mencionar, por la razón de - que en nuestros ancestros no tenían ni idea de los trasplan- tes, aunque según se sabe, eran unos verdaderos conocedores- del cuerpo humano y que sus conocimientos en la ciencia mo-- derna fueron demasiado elevado ya que sus conocimientos de - medicina a través de hierbas y brevas fueron muy vastos y es así que hasta nuestros días las medicinas de patente y algu- nos fármacos son derivados de plantas.

La cultura maya fue la que más logró avances en este campo.

En la época del virreynato, es decir, en la Nueva Es- paña, como antecedente histórico sólo puede citarse la funda- ción de hospitales patrocinada por los jesuitas en favor de - los indios, obedeciendo a las condiciones en que éstos vivían, aunando en lo mismo hasta antes del porfiriato hubo un gran - letargo, es decir no hubo cambios.

Con posterioridad a la administración de Don Porfi-- rio Díaz, se empieza a regular la materia de salubridad y con ello lo relacionado al tema a desarrollar, es decir los tras- plantes en México, aclarando que en esa época la muerte fue - una pesadilla, una constante amenaza por la ignorancia del- pueblo, miseria, dando como origen un sin número de enfermeda- des que padecía el pueblo, de las cuales la mayoría eran fata

les, es decir en resumidas cuentas la pobreza e ignorancia -- del pueblo daban como origen el alcoholismo la insalubridad y otras situaciones que causaban la muerte y así tenemos que la población infantil, las enfermedades gastro-intestinales, -- eran de fatales consecuencias con lo que podemos concluir -- cual fue la situación en materia sanitaria en esa época.

Así nos transportamos hasta en el año de 1967, cuando se trasplanta el primer órgano del ser humano, esta situación se realiza fuera de nuestro país, pero de ahí en adelante México adoptó un punto de vista respecto al trasplante de órganos y tejidos del cuerpo humano.

Así podemos decir que Don Alfonso Quiroz Cuarón, manifiesta que primero existen las realidades y que posteriormente las debe regular el derecho. El Doctor Cristian Bernald, ha robustecido esta idea del Doctor Quiroz Cuarón al hacer sus trasplantes de riñón y corazón, de los cuales tenemos noticia a través de los medios masivos de comunicación, que han tenido un excelente resultado, salvándose así con estas situaciones muchas vidas.

Obedeciendo a estas ideas y como un antecedente histórico en el año de 1969 en nuestro país se lleva a cabo el primer trasplante, ya que un distinguido oftalmólogo a través de una autorización administrativa de un hospital obtuvo las-

córneas del cadáver de una niña que había muerto, a efecto de trasplantarlas a pacientes de la asociación que combate la -- ceguera en México y según tenemos conocimiento dicho galeno -- fue blanco de muchas críticas, sobre todo por medio de la -- prensa y los medios masivos de comunicación, llegando a car-- gar sobre sus espaldas el término de asesino. Asimismo la in dignación y reproches aumentaron y no se diga con la religión, así se sabe que dicho caso llegó hasta la Procuraduría Gene-- ral de Justicia del Distrito Federal y en su secuela legal se determinó que no había delito que perseguir.

Posteriormente en el mes de mayo de 1969, la adminis-- tración en turno intenta mayor importancia a esta necesidad -- formando una comisión integrada por la Secretaría de Salubri-- dad y Asistencia, Instituto Mexicano del Seguro Social, Ins-- tituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajado-- res al Servicio del Estado, Procuraduría General de Justicia-- del Distrito Federal y cada una de las instituciones con espe-- cialistas y asesores, para que se avocaran a la investigación de los asuntos médico-legales, para que de ser posible, tras-- plantar órganos y tejidos de seres humanos y en su caso pre-- sentar ante el H. Congreso de la Unión una iniciativa de ley-- que regulara dichas situaciones; según tenemos conocimiento -- de los estudios realizados por esta Comisión, no prosperaron-- por tiempo aproximado de cuatro años, es decir, nuestras auto-- ridades no hicieron nada, dando como resultado que muchas per--

sonas hayan perecido por falta de una regulación jurídica para trasplantar un órgano o tejido. (45)

Y así fue que en el año de 1973, se volvió nuevamente a desempolvar este tema, aclarando que en nuestro país no hay antecedentes fidedignos en cuanto a la historia de los -- trasplantes.

Y así diremos que en materia de trasplantes, nuestra muy reducida legislación es muy pobre, en el año de 1976 se -- llevo a cabo la iniciativa de ley para legislar en esta materia, es cuando se escribió el actual reglamento federal para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, el cual se publicó el 25 de octubre de 1976, entrando en vigor 180 días después, es decir el 23 de abril de 1977, vale la pena comentar que en 1975 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento del Banco de Ojos de la Dirección General de Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal, expedido por el honorable Congreso de la Unión el dos de enero del mismo año, de lo que se nota que existen dudas en cuanto a la creación de dichos reglamentos, ya que lo primero crea el Banco de Ojos y luego se expide, otro reglamento de carácter federal que reglamenta la disposición de ór

(45) Biblioteca Criminalia, Los Trasplantes de órganos humanos. Ediciones botas, Año 35 Feb - May. 1969. No. 2 -- Méx.

ganos y tejidos del cuerpo humano.

Es decir en materia de salud no se legisló en México, sino hasta en el año de 1891, esto lo tomamos en cuenta, en virtud de que el 15 de julio de 1891 se publicó en Primer Código Sanitario de México, obra del doctor Beker.

Así pasa el tiempo hasta nuestros días únicamente estudiando ésto a efecto de tener un amplio panorama acerca del tema en cuestión; por otro lado consideramos oportuno analizar el Código Sanitario de nuestro país, el reglamento del Banco de Ojos de la Dirección General de los Servicios Médicos del Departamento del Distrito Federal y el Reglamento General para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos; así tenemos que el artículo 188 de dicho código dice: que la investigación clínica en seres humanos deberá sujetarse a los principios éticos y científicos que justifiquen la investigación médica y fundamentarse en la experimentación previa en animales, en laboratorios o en otros estudios científicos y sólo podrá realizarse cuando la información que se busque y no pueda obtenerse por otro método, es decir se establece la posibilidad con el objeto exclusivo que a través de la investigación y experimentación se obtenga la información científica, es el sentido general de la norma que además ordena que sólo podrá practicarse en seres humanos cuando la información deseada no pueda obtenerse por otro me-

dio como debiera decir, en cuanto a la manifestación de voluntad que una persona puede expresar, para los efectos de este tema de tesis suponemos que dicha manifestación de voluntad - debe ser previa a las investigaciones o a realizarse y que habrá de expresarse verbalmente o por escrito, ya que lo adecuado es lo segundo. (46)

En el artículo 191 se indica que en el caso de que la investigación implique algún riesgo, será indispensable el -- consentimiento por escrito del sujeto, en que se realizará la investigación libre de coacción y después de que se haya explicado claramente el procedimiento a seguir y sus peligros.- En caso de incapacidad legal del sujeto a estudio, se deberá obtener el consentimiento por escrito de su representante legal; analizando este precepto podemos notar que según este -- dispositivo no es indispensable la voluntad del sujeto, salvo que la investigación implique algún riesgo, de otra forma podemos decir que cuando la investigación implique riesgos es - indispensable la voluntad del sujeto a experimentación y así podemos decir que los riesgos comunes pueden ir desde un traumatismo, un trauma psíquico y como consecuencia la muerte; independientemente de considerar que existen riesgos o no para-

(46) Ibidem.

este tipo de investigaciones, como norma se debe contar con la voluntad del sujeto que en un momento debe dar su consentimiento en forma escrita y en unión de dos testigos idóneos, - entendiéndose por idoneidad que dichas personas por principio - no trabajen en dicho lugar en el cual se lleven a cabo dichas investigaciones y estas personas deben ser designadas por la persona que se somete a la investigación en los casos de las personas incapaces conforme a derecho se debe hacer notar que para procurar obtener su voluntad deberá ser por conducto de su representante legal lo cual claramente lo define nuestra - Legislación Civil al establecer que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte.

El artículo 450 del código antes invocada enumera la incapacidad natural y legal y dice al respecto:

I. Los menores de edad.

II. Los mayores de edad, privados de inteligencia - por locura, idiotismo, imbecilidad aun y cuando estos tengan intervalos lúcidos.

III. Los sordomudos que no saben leer y escribir;

IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas y enervantes.

Nuestra Legislación Civil dice que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer es decir que la mujer no queda sometida por razón de sexo a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

En cuanto a los trasplantes de órganos y tejidos el reglamento general para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos al que me permitiré en lo sucesivo llamar Reglamento General de Salud, en su Artículo 52 dicho ordenamiento legal indica que la investigación en materia de trasplantes se ajustará a lo ordenado por el Artículo 9 de la Ley General de Salud de los Estados Unidos Mexicanos y así mismo el artículo 53 del mismo Ordenamiento establece que la investigación clínica en materia de trasplantes solo podrá hacerse cuando la información que se busque no pueda obtenerse por otro método y deberá estar fundamentada en la experimentación previa realizada en animales, laboratorios y otros centros científicos.

El artículo 1314 del Código Civil, establece que son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos - -

cuando no sean viables, conforme a lo establecido en el artículo 337 del mismo ordenamiento, los citados efectos son también materia de donaciones y es así que el artículo 2357 dice que los no nacidos pueden adquirir por donación, siempre y -- cuando hayan estado concebidos al tiempo en que se haya hecho la misma y sean viables de acuerdo a la ley. (47)

El artículo 10. en su esencia manifiesta que las disposiciones de esta ley son las que van a regir la salubridad general del territorio nacional y serán de orden público y de interés social.

El propio ordenamiento legal en su artículo 3 Fracción XXVI, dice que es materia de salubridad general esta Ley y para el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Una vez explicados en una forma general lo relacionado a los trasplantes de órganos, tejidos de cadáveres de seres humanos, pasaremos a tratar lo relacionado a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, entendiendo como disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, al conjunto de actividades relativas a la aten--

(47) Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, S.A. México, 1986 pags. 41 y 409. (47)

ción, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos con fines terapéuticos de docencia e investigación.

I. Cadáver es: el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida.

II. Embrión es: el producto de la concepción hasta las trece semanas de gestación.

III. Feto es: el producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de la gestación.

IV. Producto es: todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel.

V. Destino final es: la conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos.

Se considerará como disponente originario para efec--

tos de este título a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo.

Serán disponentes secundarios:

I. El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, los descendientes y los parientes colaterales - hasta el segundo grado del disponente originario.

II. A falta de los anteriores la autoridad sanitaria.

III. Los demás a quienes esta ley y otras disposiciones generales aplicables les confiera tal carácter con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.

Las personas y establecimientos que realicen actos de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos - deberán contar con la autorización de la Secretaría de Salud - en los términos de la Ley General de Salud y demás disposiciones aplicables.

Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos aquella que se realice en contra de la ley y el orden público.

Para efectuar la disposición de órganos y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario libre de coacción física o moral, otorgado ante el Notario Público o en documento expedido ante dos testigos idóneos y con las demás formalidades que al efecto señalen -- las disposiciones aplicables.

El disponente originario podrá revocar su consentimiento en cualquier momento y sin responsabilidad de su parte.

Cuando el disponente originario no haya otorgado su consentimiento en vida para la disposición de sus órganos, tejidos y su cadáver, se requerirá el consentimiento o autorización de los disponentes a que se refiere el artículo 316 de la Ley General de Salud.

No será válido el consentimiento para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres otorgado por:

- I. Menores de edad.
- II. Incapaces.
- III. Personas que por cualquier circunstancia no pueden expresarlo libremente.
- IV. Los establecimientos de salud previa autoriza--

ción de la Secretaría de Salud podrán instalar y mantener, para fines terapéuticos, banco de órganos y tejidos, los que serán utilizados bajo la responsabilidad técnica de la dirección del establecimiento de que se trate y de conformidad con las disposiciones aplicables.

Los órganos y tejidos de seres humanos en ningún caso serán objeto de exportación y únicamente podrán salir del territorio nacional con permiso de la Secretaría de Salud.

El control sanitario de los productos a que se ha hecho referencia se llevará a cabo de conformidad con las disposiciones de esta ley en lo conducente y de las disposiciones aplicables.

Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y -- siempre serán tratados con respeto y consideración.

Los cadáveres se clasifican de la siguiente manera:

- I. De personas conocidas.
- II. De personas desconocidas.

Los cadáveres no reclamados dentro de las 72 horas -- posteriores al fallecimiento y de aquéllos de los que se igno

re su identidad serán considerados como de personas desconocidas.

La Secretaría de Salud determina las técnicas y procedimientos que deberán aplicarse para la conservación de cadáveres.

Para la utilización de cadáveres de personas conocidas o parte de ellos, con fines de docencia e investigación se requiere permiso del disponente originario mismo que no podrá ser revocado por los disponentes secundarios a que se refiere la Fracción I del Artículo 316 de la Ley General de Salud.

Cuando el disponente originario no haya expresado su voluntad por lo que respecta a la disposición de su cadáver, las personas a que se refiere la fracción I del Artículo 316 de la Ley General de Salud, podrán consentir en que se destine a la docencia e investigación en los términos que al efecto se señalen en las disposiciones aplicables.

Tratándose de cadáveres de personas desconocidas, las instituciones educativas podrán obtenerlos del Ministerio Público o de establecimientos de prestación de servicios de atención médica o de asistencia social. Para tales efectos las instituciones educativas deberán estar autorizadas por la

Secretaría de Salud de conformidad con las disposiciones correspondientes.

Las instituciones educativas que obtengan cadáveres de personas desconocidas serán depositarias de ellos durante diez días con el objeto de dar oportunidad al cónyuge, concubinario, concubina o familiares para reclamarlo. En este lapso los cadáveres permanecen en las instituciones y únicamente recibirán el tratamiento para su conservación y el manejo sanitario que señalen las disposiciones respectivas.

Una vez concluido el plazo correspondiente sin reclamación serán considerados las instituciones educativas como disponentes secundarios. Los cadáveres de personas desconocidas los no reclamados y los que hayan sido objeto de docencia e investigación serán inhumados o incinerados.

Sólo podrá darse destino final a un feto previa expedición del certificado de muerte fetal. Para concluir este inciso en cuestión nos permitimos manifestar que es necesario que se actualicen todas y cada una de las leyes aplicables a la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, en beneficio de la propia sociedad. (48)

(48) Ley General de Salud, Edic cit. págs. 109-117.

- C) OMISIONES QUE DEBEN SER SUBSANADAS POR EL LEGISLADOR PARA LA DEBIDA REGULACION DE LA DISPOSICION DE ORGANOS DEL CUERPO HUMANO.

En cuanto a las omisiones que deben ser subsanadas -- por el legislador de nuestro tiempo, para la debida regulacion de la disposicion de los organos, tejidos y cadaveres -- del cuerpo humano, podemos decir que el tema a tratar es muy suigeneris en su esencia, en virtud de ser un tema discutido y discutible, pero lo que si podemos manifestar en lo futuro a nuestras autoridades municipales, locales y federales, es -- ver la posibilidad de unificar criterios, limar asperezas y en su caso hacer una sola reglamentacion sanitaria, uniforme, coherente, allegada a las necesidades imperiosas de nuestro pais, en materia de disposiciones de organos o tejidos del -- cuerpo humano y por otro lado adaptar nuestras realidades a -- la ciencia medica que sentimos, que a medida que transcurre -- el tiempo, ira avanzando a pasos agigantados en materia de -- transplantes y disposicion de los organos y tejidos posteriores a la muerte de un individuo, asimismo con dichos avances -- tanto medicos como legales permita en el caso concreto de -- nuestro pais salvar o quizá alargar por algun tiempo a un enfermo la vida o la conservacion de la salud, que en un momento dado es lo más preciado por el ser humano. Ejemplo de estas -- condiciones tenemos ya en la práctica el funcionamiento del -- Banco de Ojos de la Ciudad de México, que por razones ajenas-

a los estudiosos del derecho, consideramos que impide el pleno y sano desarrollo en esta materia, encontrando siempre barreras de carácter social que traen como consecuencia un retraso social el cual repercute en los sectores de la sociedad en caso contrario si se le da la debida importancia a esta -- disciplina en un tiempo no muy lejano, podremos percatarnos -- del beneficio para nuestro país y para nuestra sociedad.

Aclarando que para que exista este avance en materia de trasplantes y disposiciones de órganos y tejidos del cuerpo humano, consideramos muy convenientemente preparar no sólo a nuestros cuerpos médicos o actualizar a la realidad de nuestros tiempos la legislación sanitaria, sino que también proponemos se eduque a la gente desde el punto de vista moral, ético y principalmente religioso.

Respecto a este discutido tema, si bien es cierto que existen los convenios en los cuales en vida el testador o donante puede optar, también es cierto que al entrar al tema, -- las personas en términos generales al hablar de un testamento o legado específico de órganos y tejidos del cadáver del propio testador, como lo dejara de ser al enajenar un órgano o -- tejido.

Y así entendemos que nuestra lucha permanente será -- contra una sociedad mexicana que en su mayoría carece de cul-

tura en este aspecto y que de acuerdo a los principios que -- traemos arraigados, será muy difícil comprender tal situación es así que nosotros aportamos en este trabajo que la omisión -- que debe subsanar el legislador debe ser concretamente el -- crear y unificar en una sola legislación sanitaria, todo lo -- relativo a nuestro tema en cuestión.

Ya que el antecedente lo tenemos a la vista al mani-- festar que puede optarse, ya sea por disposición testamenta-- ria con legado específico o bien a través de los convenios; - caso específico con el Banco de Ojos. Por ende podemos decir que lo más difícil será su ejecución jurídica, teniendo como-- base para esto un fundamento legal. A mayor abundamiento no-- nosotros proponemos que la forma más segura de cumplir dicha -- disposición testamentaria es a través del acto jurídico de -- testar ya que en esencia es más libre, autónomo y seguro de - que se va a cumplir en los términos que lo determine el de -- cujus que se realice posteriormente a su muerte, ya que la-- practica nos indica que dicho fedatario público, tiene la -- obligación de comunicar dicha disposición a la sección del Ar-- chivo General de Notarías, Registro Público, así como al cuer-- po médico o institución médica que el testador haya destinado como órgano especializado para que efectúe el trasplante o do-- nación en caso de convenio o para que se conserven los órga-- nos o tejidos legados así como para la disposición de los mis-- mos.

Por lo tanto consideramos que el legislador, debe de unificar la legislación sanitaria en un sólo instrumento legal. E independientemente, proponemos que es necesario crear una comisión mixta de médicos especialistas en la materia, tales como fanatólogos, oftalmólogos, psiquiatras, psicólogos, cirujanos, y demás personas capacitadas, como es el caso de juristas especializados en la ciencia jurídico-penal, en conjunto dicha comisión forme el proyecto y sea remitido en su oportunidad al Honorable Congreso de la Unión, para los efectos legales procedentes, y en sí proponemos categóricamente, que en el Código Penal vigente se redacte un título especial relativo a las responsabilidades penales, en los trasplantes, disposición de órganos, tejidos y cadáveres del cuerpo humano. Previos los trámites de ley, su acatamiento y sanción respectiva, así como su correspondiente penalidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Dado el valor material y espiritual que para la humanidad representa el hombre en su individualidad y colectividad a pesar de los esfuerzos legislativos en la regulación y tratamiento que ha de darse en los individuos, en sus cuerpos y en sus órganos en vida y después de muertos, han de ampliarse los ordenamientos aplicables en los casos concretos por los más amplios conceptos que da la vida tiene la sociedad y por los avances científicos y tecnológicos que en medicina ha logrado la ciencia.

SEGUNDA. Aún cuando se trata de un delito especial, es pertinente que lo ilícito de la conducta del profanador de cadáveres, principalmente en anfiteatros o de médicos, sin escrúpulos en quirófanos de cirugía, sea sancionada en el Código Penal del Distrito Federal y de los Estados de la República.

TERCERA. Se hace extremadamente necesario dado el tráfico inhumano de órganos, que los bancos dedicados a la conservación para efectos de trasplantes de los mismos sean perfectamente regulados.

Los directamente responsables de dichos bancos en el control de los órganos serán sancionados conforme a los reportes que haga la Secretaría de Salud o los particulares ante las autoridades investigadoras correspondientes.

CUARTA. Debe quedar bien establecido que una cosa es la legislación sanitaria en la regulación, control y aportación de órganos y otras la penalidad que se sufre por el indebido manejo de los mismos.

QUINTA. Con el propósito de darle mayor claridad a la legislación sanitaria para su correcta interpretación habrá de invitarse a tantos médicos como especialistas existan de la medicina en general, que integrarían una comisión mixta de estudio y dictámen.

SEXTA. Por cuanto a la donación de órganos, las formas con que actualmente se trabaja, nos parecen de lo más simple, proponiendo que ello se haga ante la fe de un Notario Público o cuando la disposición de los mismos se realice con posterioridad a la muerte del donante.

SEPTIMA. La penalidad que en su caso pudiera surgir en este tipo de actividades debe alcanzar al profesionista que practique la intervención quirúrgica, tanto al donante como al receptor, de no haberse satisfecho todos y cada uno de los requis-

tos de la legislación aplicable contemple para cada caso con
creto.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Bravo Valdez, Beatriz y
Bravo González, Agustín.
Derecho Romano, Segundo Curso,
Segunda Edición,
Editorial Pax México,
México, 1980.
- 2.- Carranca y Trujillo, Raúl
Derecho Penal Mexicano, Parte General,
Decimoquinta Edición,
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1986.
- 3.- Castellanos, Fernando.
Lineamientos Elementales de Derecho Penal,
Decimoquinta Edición,
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1981.
- 4.- Cuello Calón, Eugenio.
Derecho Penal, Parte General,
Tomo I
Editorial Bosch,
Barcelona, 1971.
- 5.- Floris Margadant, Guillermo
Derecho Romano
Décima Edición,
Editorial Esfinge, S.A.
México, 1981.

- 6.- García Máñez, Eduardo.
Introducción al Estudio del Derecho,
Trigecimatercera Edición.
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1982.
- 7.- González de la Vega, Francisco.
Código Penal Comentado
Séptima Edición,
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1985.
- 8.- Jiménez de Asúa, Luis.
Tratado de Derecho Penal.
Tomo I,
Editorial Losada, S.A.
Buenos Aires, 1964.
- 9.- Enciclopedia Jurídica OMEBA.
Tomo II B-Cla y Toms XXIV Red-Retr.
Editorial Bibliográfica Argentina,
Buenos Aires, 1967.
- 10.- Petit, Eugene.
Tratado Elemental de Derecho Romano,
Segunda Edición,
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1985.
- 11.- Porte Petit Candaudap, Celestino.
Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal,
Decíma Edición,
Editorial Porrúa, S.A.
México, 1985.

- 12.- Soler, Sebastián.
Derecho Penal Argentino,
Octava Reimpresión,
Editorial TEA, Tipografía Editorial Argentina,
Buenos Aires, 1978.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Ley General de Salud.

Volumen II Número Dos, Divulgación Legislativa

Talleres Graficos de la Nación

México, D.F. 1985.

Código Civil para el Distrito Federal.

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F., 1986.

Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales.

Editorial Porrúa, S.A.

México, D.F. 1986.

Jurisprudencia, de 1917 a 1985.

Apendice al Servicio Judicial de la Federación,

Segunda Parte, Primera Sala

México, D.F., 1985.

HEMEROGRAFIA

**Biblioteca Crimínalfa, Los transplantes de Organos Humanos.
Ediciones Botas, Año 35 Feb-May. 1969 No. 2. Méx.**