



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MEXICO



FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

**"ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN
I DEL ARTICULO 462 DE LA LEY GENERAL
DE SALUD."**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALEJANDRA VELÁZQUEZ TORRES

ASESOR: LICENCIADO JOSÉ DIBRA GARCÍA CABREJA

ACATLÁN, EDO. DE MEXICO.





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A mi Rey Eterno Invisible al Único y Sabio Dios, porque gracias a él, al fin veo concedido el deseo de mi corazón de haber concluido el presente trabajo.

"Todo tiene su tiempo, y lo que se quiere debajo del cielo tiene su hora"

ECLESIASTÉS 3:1

El Creador del cielo y de la tierra y de todo lo que en ellos hay, es y ha sido el motor que me impulsa a caminar día a día, ha puesto en mí el querer como el hacer, por su buena voluntad.

¡ GRACIAS MI SEÑOR !

A mi amado esposo JUANITO, de quien percibo diariamente su amor, hacia mí y hacia los hijos que Dios nos dió, quien me alienta y motiva constantemente y de quien estoy encantada de tener a mi lado.

¡ GRACIAS MI AMOR, DOY GRACIAS A DIOS POR TU VIDA !

A mi querida JOYCE, porque aún para ella imperceptible, me impulsa, cuando veo su carita sonreír ilumina y transforma mi vida.

¡ GRACIAS HIJITA, ERES UN BELLO REGALO DE DIOS !

A mi pequeño JUAN ARNUL, quien su ternura e inocencia lo caracteriza; al abrazarme con sus diminutas manos, que aún no me alcanzan a rodear, y decirme "mamita te quiero mucho" me hace feliz.

**¡ GRACIAS HIJITO, TÚ TAMBIÉN
ERES UN BELLO REGALO DE DIOS!**

A mis padres, RAMÓN VELÁZQUEZ y MARÍA EUGENIA TORRES; por enseñarme y guiarme de acuerdo a los lineamientos que consideraron convenientes

¡ GRACIAS PAPITOS !

A mis hermanos: JOSÉ LUIS, PATY, LETY, MARÚ Y BLANQUITA VELÁZQUEZ TORRES, de quienes recibí apoyo y cariño.

¡ GRACIAS HERMANITOS !

A mis abuelitos paternos, Seno y Lorenzo; quienes viven en el cielo

¡ GRACIAS!

A mi asesor de tesis, el Licenciado JOSÉ DIBRAY GARCÍA CABRERA, a quien admiro y de quien recibí toda la disposición de apoyarme con el presente trabajo.

¡ GRACIAS LICENCIADO POR SU BUENA DISPOSICIÓN !

Al Doctor JOSÉ JESÚS SALVADOR RUANO Y ORTIZ, de quien recibí comentarios que han enriquecido el presente trabajo.

¡ GRACIAS DOCTOR POR COMPARTIR
CONMIGO SUS CONOCIMIENTOS !

Al Licenciado MOISÉS MORENO RIVAS, amante de la dogmática jurídica penal y quien gentilmente se dió a la tarea de revisar el presente trabajo.

¡ GRACIAS LICENCIADO !

Al Licenciado ERNESTO ANÍBAL RIVAS ROMERO, a quien acudí y, aún cuando fui insistente, siempre me atendió amablemente.

¡ GRACIAS LICENCIADO !

Al Licenciado LORENZO ESTEBAN MAYA ROMERO, quien me mostró su apoyo para que se llevara a cabo el presente trabajo.

¡ GRACIAS LICENCIADO !

A mis hermanos en Cristo, porque su oración de intercesión me ha sostenido.

"Nadie tiene mayor amor que este, que uno ponga la vida por sus amigos"

JUAN 15:13

¡ GRACIAS !

A mis compañeros de trabajo, personal del Juzgado Quincuagésimo Noveno de Paz Penal del Distrito Federal, Defensor de Oficio y Agentes del Ministerio Público adscritos; especialmente a quienes iniciaron conmigo al crearse el Juzgado.

¡ GRACIAS MUCHACHOS !

A mis amigos, de quienes no sé a quien enunciar primero y mejor omito hacerlo; pero cada uno sabe a quien me refiero.

¡ A TODOS GRACIAS !

**ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 462
DE LA LEY GENERAL DE SALUD**

INTRODUCCIÓN.....1

**1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I
DEL ARTICULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.**

1.1 Código Sanitario de 1891.....7
1.2 Código Sanitario de 1894.10
1.3 Código Sanitario de 1902.11
1.4 Código Sanitario de 1926.....12
1.5 Código Sanitario de 1934.....13
1.6 Código Sanitario de 1950.....15
1.7 Código Sanitario de 1955.....16
1.8 Código Sanitario de 1973.....17
1.9 Ley General de Salud.....25

**2. ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA
LEY GENERAL DE SALUD.**

2.1 Concepto Jurídico de Delito.....37
2.2 Elementos Positivos del Delito y Aspectos Negativos del delito.....41
2.2.1 Conducta en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud
.....44

2.2.2	Ausencia de Conducta en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.....	56
2.2.3	Tipicidad en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.....	63
2.2.4	Ausencia de Tipo y Atipicidad en la fracción I del artículo 462 de la Ley Generalde Salud.....	104
2.2.5	Antijuricidad en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud... ..	113
2.2.6	Causas de justificación en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud	116
2.2.7	Imputabilidad en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.....	132
2.2.8	Inimputabilidad en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.....	143
2.2.9	Culpabilidad en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.....	147
2.2.10	Inculpabilidad en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.....	163
2.2.11	Punibilidad en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.....	167
2.2.12	Excusas Absolutorias en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.....	173

3. LA TENTATIVA Y EL CONCURSO DE DELITOS EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

3.1	Concepto de Tentativa.....	177
3.2	Formas de Tentativa.....	181

3.3	La tentativa en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.....	188
3.4	Concepto de Concurso de Delitos.....	189
3.5	Formas de Concurso de Delitos.....	193
4.	LA PARTICIPACIÓN EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.	
4.1	Concepto de Participación.....	205
4.2	Formas de Participación.....	210
	PROPUESTA.....	226
	CONCLUSIONES.....	231
	BIBLIOGRAFÍA	236

INTRODUCCIÓN.

El hombre, a través de la historia, ha desplegado una tenaz lucha contra las enfermedades y la muerte, este esfuerzo no únicamente se ha realizado por medio de la ciencia médica, sino también han incurrido normas de conducta, algunas morales, otras religiosas, otras jurídicas; u otras en las cuales concurren factores morales, religiosos, jurídicos y sanitarios; así encontramos en el libro de Deuteronomio, último libro del pentateuco bíblico, la siguiente prescripción: "Tendrás un lugar fuera del campamento adonde salgas; tendrás también entre tus armas una estaca; y cuando estuvieres allí fuera, cavarás con ella, y luego al volverte cubrirás tu excremento; porque Jehová tu Dios anda en medio de tu campamento, para librarte y para entregar a tus enemigos delante de ti; por tanto tu campamento ha de ser santo, para que él no vea en ti cosa inmunda, y se vuelva de en pos de ti." (Deuteronomio 23:12-14).

La salud publica comprende el estado sanitario de la población y la organización sanitaria de un país, en la que concurren autoridades y particulares, medidas sanitarias y preventivas, actividades de investigación científica en materia de salud, normas jurídicas, administrativas y técnicas. En el presente trabajo realizaremos un estudio dogmático del tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud; el referido precepto establece:

"Se impondrán de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

- I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos;"

En el primer capítulo abordaremos la terminología de órgano, tejido, cadáver y feto ; estudiaremos los antecedentes legislativos del tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, como lo son los Códigos Sanitarios de los Estado Unidos Mexicanos, el de 1891, el de 1894, el de 1902, el de 1926, el de 1934, el de 1950, el de 1955 y el Código Sanitario de 1973, este último fue el ordenamiento en el que por primera vez la legislación mexicano acoge un tipo en el que se prevé la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos o tejidos del ser humano vivo o de cadáver, de forma contraria a la ley. Se precisarán las diferencias entre la fracción I del artículo 500 del Código Sanitario de 1973, precepto antecesor a la actual fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud. Abordaremos también el estudio del Reglamento Federal para la Disposición de Órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de octubre de 1976, mismo que rigió hasta el 20 de febrero de 1985, pues el 21 de febrero de ese mismo año entró en vigor el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, tejidos y cadáveres de seres

humanos. También se analizará la Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, su estructura y sus disposiciones relacionadas con la fracción I del artículo 462 de la misma.

En el capítulo segundo se realizará el estudio dogmático de la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, analizando el concepto jurídico de delito, sus elementos positivos y sus aspectos negativos del mismo; se elaborará la definición de delito atendiendo al aspecto positivo, por lo que se analizará la conducta, elemento positivo del delito, en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, así como su aspecto negativo, que lo es la ausencia de conducta, se analizará la tipicidad en la fracción aludida, elemento positivo del delito, y su aspecto negativo, la atipicidad en dicho precepto, también la ausencia de tipo, por lo que, para una mayor comprensión, desarrollaremos lo concerniente al tipo, desde su raíz histórica en el concepto de *corpus delicti*, vertido posteriormente en *tatbestand* a la lengua alemana, traducido al italiano como *fattispecie* y al castellano como tipo. Abarcaremos también la evolución del tipo, atendiendo a las distintas escuelas o teorías sobresalientes que son la teoría causalista y la finalista, así como a la concepción lógico-matemática. Estudiaremos la antijuridicidad en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, así como las causas de justificación en el mismo; la imputabilidad, abordando a la acción libre en su causa, a la inimputabilidad, la culpabilidad, el dolo y la culpa como formas de ésta, y la inculpabilidad en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, sin faltar el estudio a la punibilidad y a las excusas absolutorias en dicho tipo penal.

En el capítulo tercero desarrollaremos la tentativa y el concurso de delitos en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud; partiendo del concepto de la tentativa, retomaremos nuevamente el dolo por requerirlo esta figura jurídica, veremos los elementos de la tentativa, las formas de la tentativa, el concepto de concurso de delitos, las formas de concurso de delitos, como lo son el concurso ideal o formal y el concurso real o material.

En el cuarto y último capítulo, estudiaremos la participación en el tipo previsto por la Fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, su concepto y las formas de participación que son el autor material también denominado directo o inmediato, el coautor, autor intelectual (instigador), autor mediato, cómplice, encubridor, asociación o banda delincuente y la muchedumbre.

CAPITULO I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

El artículo 462 de la Ley General de Salud establece: "Se impondrán de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica que se trate:"

Y en su fracción I estipula: "Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos."

De acuerdo al Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas se entiende por órgano, la parte del cuerpo dotada de una o varias funciones; por tejido, la agrupación de células, fibras y productos celulares varios que forman un conjunto estructural. Cadáver es el cuerpo humano después de la muerte y feto es el producto de la concepción desde el final del tercer mes hasta el parto.¹

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, publicado

¹ Diccionario Terminológico de las Ciencias Médicas, 1992, Salvat, pp. 189, 492, 902 y 1199.

en el Diario Oficial de la Federación de 1985, vigente a la fecha, en su artículo sexto señala:

"...Para los efectos de este Reglamento, se entiende por...

V. Cadáver: El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida...

XIV. Feto: El producto de la concepción a partir de la décimo tercera semana de gestación, hasta su expulsión del seno materno...

XVI. Órgano: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico...

XXIV. Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñan una misma función. La sangre será considerada como tejido..."

1.1. CÓDIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1891.

El 30 de junio de 1889, El Doctor Eduardo Liceaga, Presidente del Consejo Superior de Salubridad, en nombre de ese Consejo, sometió a la consideración de la Secretaría de Gobernación el Proyecto del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos; argumentaba, en el preámbulo del proyecto que remitió, que ese cuerpo técnico, durante nueve años, llevó acabo el estudio de cada uno de los capítulos componentes de ese documento en una forma aislada, reconociendo que se atendió principalmente a la parte técnica y se descuidó la parte penal; por lo que señalaba que ésta debía ser confiada a personas competentes. No obstante manifestaba que en algunos Capítulos el Consejo consideró conveniente emitir su opinión sobre la necesidad de hacer más severas algunas penas. La uniformación de las disposiciones penales estaría a cargo de los jurisconsultos a quienes la Secretaría de Gobernación nombró para dar forma legal al proyecto.

El Consejo Superior de Salubridad aseveró que el Congreso de la Unión tenía la facultad de legislar para toda la República en materia de salud, en virtud de que si bien era cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no consignaba entre sus preceptos ninguno que se refiriera a la higiene pública, no era menos cierto que el Congreso de la Unión tenía la obligación de proteger la salud pública; y así como había expedido los Códigos de Minería y Comercio, podría expedir leyes sobre higiene pública.

"...La Secretaría de Estado y del Despacho de Gobernación a cargo del Licenciado Romero Rubio, con fecha 31 de mayo de 1891 remite el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos a los Secretarios de la Cámara de Senadores haciendo notar que aquel documento se había elaborado en cumplimiento del decreto de 18 de diciembre de 1889 que autorizaba al presidente de la República a hacer tal cosa; que el Código contiene 'disposiciones múltiples y dispersas sobre sanidad a las que se han agregado los preceptos de higiene, en su actual estado de adelanto, recomienda como de ineludible observancia'; que el mismo establece la organización que debe haber aunque 'deja a nuestros Estados toda la libertad de legislar que la Constitución les reconoce' y finalmente, que la unificación legislativa del proyecto cuida hasta donde humanamente es posible 'los derechos individuales'.²

Este Código Sanitario; en su Libro Tercero regula en relación a las penas; específicamente en el artículo 315 señala: "Conforme a los artículos cuarto y quinto del Código Penal, hay delitos y faltas contra la salud pública: de acuerdo con el artículo 21 Constitucional aquéllos quedan sujetos a los respectivos Tribunales de Justicia y éstas a las autoridades Administrativas." Su artículo 319 estipula que: "Toda infracción contra la salud pública, cuya pena no exceda de un mes de reclusión o de \$500 de multa, será considerada como falta." ; y por su parte, el artículo 316 establece: "Son delitos contra la salud pública los que

² Alvarez Amézquita, José, et.al. Historia de la Salubridad y de la Asistencia en México. Tomo I, 1960, p.332, Secretaría de Salubridad y Asistencia.

especifican este Código y el penal. Los mismos Códigos y los reglamentos detallan cuales son las faltas."

Aun cuando este Código Sanitario se caracterizó por su Universalidad y contaba con un aspecto penal, no contenía este Código, ni el Código Penal, del 7 de diciembre de 1871, vigente en esa fecha, un tipo semejante o relacionado con la fracción I del Artículo 462 de la Ley General de Salud; ya que en ambos Códigos no se señalaba cuestión alguna en relación a la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, de manera ilícita.

1.2 CÓDIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1894

El 10 de septiembre de 1894, se publica en el Diario Oficial de la Federación un nuevo Código Sanitario; el aspecto penal de este Código Sanitario queda en los mismos términos del Código Sanitario de 1891 (*supra*).

"El 10 de septiembre de 1894 se promulga un nuevo Código Sanitario en el que aparecen cambios meramente administrativos, como la desaparición de la palabra 'Ministerio' y en su lugar 'Secretaría'. No hay, realmente, variaciones técnicas de fondo."³

El 26 de marzo de 1902 se expide un decreto el cual facultaba al Ejecutivo para realizar reformas a los artículos 86, 87 y 94 del Código Sanitario de 1894; y dos días después a esta fecha se reforma el artículo 26 del mismo Código y el 29 de marzo de 1902 se expide un decreto que reforma y adiciona el libro II Capítulo I de ese Código Sanitario. Estas reformas no afectaron la parte penal de ese Código Sanitario.

³ Alvarez Amézquita, José, et. Al, *ibidem*; p 402.

1.3 CÓDIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1902.

El 30 treinta de diciembre de 1902, se publica en el Diario Oficial de la Federación un nuevo Código Sanitario; el aspecto penal de este Código Sanitario queda en los mismos términos del Código Sanitario de 1894 (*supra*).

Al igual que los dos Códigos Sanitarios que le precedieron (el Código Sanitario de 1891 y el Código Sanitario de 1894), este Código Sanitario de 1902 en su Libro Tercero regula en relación a las penas; respecto de los delitos y faltas contra la salud, este código señaló que, de acuerdo con el artículo 21 Constitucional, los delitos quedaban sujetos a los Tribunales de Justicia respectivos y las faltas a las autoridades Administrativas. Asimismo establecía que los delitos contra la salud pública se encontraban especificados en ese Código Sanitario y en el Código Penal; sin embargo no contenía este Código, ni el Código Penal, del 7 de diciembre de 1871, vigente en esa fecha, un tipo semejante o relacionado con la fracción I del Artículo 462 de la Ley General de Salud; ya que en ambos Códigos no se señalaba cuestión alguna en relación a la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, de manera ilícita.

1.4 CÓDIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1926.

El 8 y 9 de junio de 1926, se publica en el Diario Oficial de la Federación el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos. Este Código Sanitario, además de establecer que los delitos quedaban sujetos a los Tribunales de Justicia respectivos y las faltas a las autoridades Administrativas; señalaba, en su artículo 433 que: "Para los efectos de este Código, se considera delito, conforme a lo dispuesto en el artículo 4° del Código Penal, la infracción voluntaria de las disposiciones contenidas en el mismo Código, cometidas con motivo o en relación de las disposiciones de este Código Sanitario y sus reglamentos." Y por su parte el artículo 434 estipulaba: "Toda infracción a las prevenciones de este Código y sus reglamentos, así como a las disposiciones que dicte la autoridad sanitaria y que no sea considerada expresamente como un delito por el Código Penal, será considerada como falta."

Este Código Sanitario, al igual que sus Códigos Sanitarios antecesores, no contenía, ni el Código Penal, del 7 de diciembre de 1871, vigente en esa fecha, un tipo semejante o relacionado con la fracción I del Artículo 462 de la Ley General de Salud; ya que en ambos Códigos no se señalaba cuestión alguna en relación a la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, de manera ilícita.

1.5 CÓDIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1934.

El 31 de agosto de 1934, se publica en el Diario Oficial de la Federación el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos. Este Código Sanitario, en su Libro Quinto contemplaba las sanciones y en el Capítulo Primero denominado Reglas generales, específicamente en el artículo 481, no únicamente se refiere a "falta" sino que precisa y señala como "falta administrativa" a la infracción cometida en contra de las prevenciones del mismo código, a sus reglamentos y a las disposiciones que dicten las autoridades sanitarias; salvo que se constituyera un delito; en el Capítulo Segundo abordaba las Sanciones en Particular. En su Libro Sexto, referente al Procedimiento, precisamente en el artículo 497, estipulaba que los Tribunales de la Federación conocerían de los delitos cometidos en contra de las disposiciones de ese Código, cuya observancia correspondiera a la Autoridad Sanitaria Federal; y el artículo 498 estipulaba: " Los hechos delictuosos que sorprendan o de que tengan conocimiento las autoridades sanitarias, sus funcionarios o agentes, en ejercicio de sus funciones, deberán ser consignados a las autoridades judiciales competentes, por los conductos que las leyes establezcan".

Este Ordenamiento Legal, aun cuando hace mención de "delito" y estipula que deberán consignarse a la Autoridad Judicial Competente los hechos delictuosos que sorprendan o de que tengan conocimiento las autoridades sanitarias, sus funcionarios o agentes, en ejercicio de sus funciones, al igual que sus Códigos Sanitarios antecesores, no contenía, ni el Código Penal, del 17 de

septiembre de 1931, vigente en esa fecha, un tipo semejante o relacionado con la fracción I del Artículo 462 de la Ley General de Salud; ya que en ambos Códigos no se señalaba cuestión alguna en relación a la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, de manera ilícita.

1.6 CÓDIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1950.

El 25 de enero de 1950, se publica en el Diario Oficial de la Federación el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos. Este Código Sanitario, en el Capítulo Segundo de su Libro Quinto, regulaba en relación a las Faltas, Delitos y Sanciones, aquí mismo estipulaba multas y penas de prisión a ciertos delitos, como por ejemplo, por citar alguno, su artículo 344 señalaba: "Se impondrá de uno a tres años de prisión, a los que vendan productos medicinales a mayor precio del fijado por las autoridades competentes"; sin embargo este Código Sanitario, al igual que sus Códigos Sanitarios antecesores, no contenía, ni el Código Penal del 17 de septiembre de 1931, vigente en esa fecha, un tipo semejante o relacionado con la fracción I del Artículo 462 de la Ley General de Salud; ya que en ambos Códigos no se señalaba cuestión alguna en relación a la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, de manera ilícita.

1.7 CÓDIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1955.

El 1 de marzo de 1955 se publica en el Diario Oficial de la Federación el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos. Este Código Sanitario, en su Libro Quinto contemplaba las Sanciones y las Medidas de Seguridad Sanitarias en el Capítulo Tercero denominado Procedimientos, específicamente en el artículo 298, señala que los hechos que se consideren delictuosos en ese Código serán consignados al Ministerio Público para que esa Institución ejercitara la acción punitiva del caso; sin embargo, al igual que sus Códigos Sanitarios antecesores, no contenía, ni el Código Penal del 17 de septiembre de 1931, vigente en esa fecha, un tipo semejante o relacionado con la fracción I del Artículo 462 de la Ley General de Salud; ya que en ambos Códigos no se señalaba cuestión alguna en relación a la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, de manera ilícita.

1.8 CÓDIGO SANITARIO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1973.

El 13 de marzo de 1973 se publica en el Diario Oficial de la Federación el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos. En este Código Sanitario sí se encuentra el antecedente de la Fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, en su artículo 500, correspondiente a su último Capítulo, denominado De los Delitos se estipula que:

"...Se impondrán de seis meses a cinco años de prisión y multa de quinientos a cinco mil pesos, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por otros u otros delitos que se cometan:..."

Y en su fracción I consigna:

"...Al que obtenga, conserve, prepare, suministre o utilice órganos o tejidos del ser humano vivo o de cadáver, fuera de los establecimientos autorizados o sin reunir los requisitos que establece el Capítulo X del Título Tercero y el Título Décimo de este Código;"

Por vez primera la legislación mexicana acoge un tipo en el que se prevé, la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos o tejidos del ser humano vivo o de cadáver de una forma contraria a la ley.

En la iniciativa de ley de este Código Sanitario, el entonces presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Luis Echeverría Álvarez, en relación a los diversos delitos que pudieran originarse en conductas contrarias a los preceptos del Código Sanitario, señaló que se habían tomado en consideración dos factores principales:

que el carácter antisocial de la conducta sancionada fuera grave y que la acción u omisión no se encontrara ya penada por el Código Penal o por otras leyes.

Aun cuando la fracción I del artículo 500 del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos de 1973 es el precepto antecesor a la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud; existen diferencias entre ambos, a saber:

1.- La fracción I del artículo 500 del Código Sanitario de 1973, se refiere a la obtención, conservación, preparación, suministración o utilización de órganos o tejidos del ser humano vivo o de cadáver; y la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, igualmente se refiere a la obtención, conservación, preparación, suministración o utilización de órganos y tejidos; pero además incluye a los componentes de éstos así como a los cadáveres o fetos de seres humanos.

2.- Lo contrario a la norma legal, en la fracción I del artículo 500 del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, lo constituye quien obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos o tejidos del ser humano vivo o de cadáver, fuera de los establecimientos autorizados o sin reunir los requisitos establecidos en el Capítulo X del Título Tercero y el Título Décimo de ese Código.

El Capítulo X del Título Tercero del Código Sanitario de 1973, denominado "De los Cadáveres" contempla respecto al tema, y entre otras cuestiones:

ARTICULO 91.- El depósito y manipulación de cadáveres para cualquier fin, incluyendo las autopsias, deberán hacerse en establecimientos autorizados para tal efecto por la Secretaría de Salubridad y Asistencia y en las condiciones sanitarias que ésta fije.

ARTICULO 96.- El embalsamamiento o cualquier otro procedimiento para la conservación de cadáveres, se realizara en establecimientos autorizados por la Secretaría de Salubridad y Asistencia, de acuerdo con las técnicas y procedimientos que la misma determine.

ARTICULO 97.-Las autoridades sanitarias determinarán el tiempo mínimo que han de permanecer los restos en las fosas.

Mientras ese plazo no termine, sólo podrán verificarse las exhumaciones autorizadas por las autoridades sanitarias y las ordenadas por las judiciales, mediante los requisitos que se fijen en cada caso, por las primeras.

ARTICULO 100.- La entrada y salida de cadáveres del Territorio Nacional y su traslado de una Entidad a otra, sólo podrá hacerse mediante autorización sanitaria, previa satisfacción de los requisitos que establezcan los convenios internacionales, los reglamentos de este Código y otros previstos en la legislación federal.

Y por su parte el Título Décimo del Código en comento, denominado "De la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en su Capítulo Único, señala, respecto al tema, y entre otras cuestiones:

ARTICULO 196.- Es atribución de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, establecer las normas técnicas generales para el control de la obtención, conservación, utilización y suministro de órganos y tejidos de seres humanos vivos o de cadáveres, con fines terapéuticos, de investigación y docentes.

ARTICULO 197.- La obtención, conservación, preparación de subproductos y utilización de órganos y tejidos de seres humanos vivos o de cadáveres, sólo

podrá hacerse en instituciones específicamente autorizadas para ello, por la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

Previa autorización de la Secretaría, los establecimientos médicos podrán instalar y mantener para fines de trasplantes, bancos de tejidos, los que obtenidos en los términos del artículo 208, podrán ser utilizados con responsiva técnica de la dirección del establecimiento respectivo.

ARTICULO 199.- La obtención de órganos o tejidos de seres humanos vivos, para trasplante, sólo podrá realizarse cuando ser posible, por cualquier circunstancia, utilizar órganos obtenidos de cadáveres.

ARTICULO 208.- Para que pueda realizarse la obtención de órganos o tejidos de cadáveres de seres humanos con propósito de trasplante, deberá contarse con certificación de muerte de la persona de que se trate, expedida por dos profesionales distintos de los que integran el cuerpo técnico que intervendrá en trasplantes, el cual deberá comprobar la pérdida de la vida por los medios que para estos casos determine la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

ARTICULO 211.- Los hospitales y servicios de asistencia social, comunicarán a la Secretaría de Salubridad y Asistencia, las defunciones de personas internadas en sus establecimientos, no reclamadas en setenta y dos horas, la que a su vez establecerá convenios con las instituciones docentes, a fin de distribuir los cadáveres para fines de enseñanza. Dichos convenios establecerán que las citadas instituciones educativas, se constituirán en depositarias de los cadáveres durante diez días, con objeto de dar oportunidad a los familiares de reclamarlos. En este lapso los cadáveres permanecerán en las instituciones y recibirán el

tratamiento para su conservación y el manejo sanitario, que señalen las disposiciones respectivas.

A diferencia del Código Sanitario de 1973, la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud señala: "..al que ilícitamente.."

3.- La sanción que se señala en el Código Sanitario de 1973, para quien obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos o tejidos del ser humano vivo o de cadáver; lo es de acuerdo al artículo 500, de seis meses a cinco años de prisión y multa de quinientos a cinco mil pesos, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por otro u otros delitos que se cometan. Y el artículo 501 de este ordenamiento señala: "si en los casos a que se refiere el artículo anterior intervinieren profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará además, suspensión de un mes a dos años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta de cinco años, en caso de reincidencia.

En el artículo 462 de la Ley General de Salud se señala, para quien ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, una sanción de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará además suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más, en caso de reincidencia.

El 25 veinticinco de octubre de 1976, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento Federal para la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos; el entonces presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Luis Echeverría Álvarez argumentó que un objetivo fundamental del Estado lo es la conservación, restauración y mejoramiento de la salud individual y colectiva; y que para estos dos últimos fines, el Código Sanitario en el Capítulo Único del Título Décimo, entre otros medios consideraba la posibilidad de disponer de órganos y tejidos de seres humanos vivos o de cadáveres para fines terapéuticos, de investigación y de docencia. Que la curación de enfermedades y la rehabilitación de inválidos constituía importantes etapas de ejercicio de la acción sanitaria y dentro de ellas la disposición de órganos y tejidos para trasplante puede en muchos casos coadyuvar a su realización: asimismo dicho mandatario adujo que el trasplante de órganos y tejidos es un procedimiento terapéutico de utilidad innegable, pero esta técnica debería emplearse dentro de un cauce legal adecuado por lo que era menester establecer requisitos y controles sanitarios que garanticen que su realización se haga con base en técnicas apropiadas y respetando siempre la **voluntad** de los seres humanos que hagan la donación. Que a efecto de hacer plenamente operantes las disposiciones del Código Sanitario respecto de trasplantes de órganos y tejidos de seres humanos vivos o de cadáveres, así como para efectuar labores de investigación y docencia, en sus cuatro etapas contempladas, éstas son: obtención, conservación, utilización y suministro de órganos y tejidos de seres humanos vivos o de cadáveres, así como para alcanzar los objetivos perseguidos por el Código

Sanitario era conveniente reglamentar las actividades relacionadas con la obtención, conservación, utilización y suministro de órganos y tejidos de seres humanos vivos o de cadáveres para fines de trasplante como técnica terapéutica y para investigación o docencia, por lo que tenía a bien expedir el Reglamento Federal para la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. En este ordenamiento legal destacan preceptos que es conveniente mencionar.

"Artículo 10.- La donación de órganos y tejidos para trasplante a que se refiere este Reglamento será siempre gratuita."

"Artículo 11.- La obtención, conservación, preparación de subproductos y utilización de órganos y tejidos de seres humanos vivos o de cadáveres para fines terapéuticos, de investigación científica o de docencia, sólo podrá hacerse en instituciones específicamente autorizadas para ello, por la Secretaría de Salubridad y Asistencia."

"Artículo 12.- La obtención y conservación de órganos y tejidos deberá realizarse a través de las siguientes actividades:

- I. Control y vigilancia de la obtención y conservación de órganos y tejidos;
- II. Establecimiento de mecanismos uniformes para el traslado de órganos y tejidos;
- III. Elaboración de listas de requerimientos de órganos y tejidos;
- IV. Establecimiento permanente de relaciones con instituciones hospitalarias para la obtención de órganos y tejidos;
- V. Coordinación de las actividades para esa obtención, y
- VI. Promoción de campañas educativas de la colectividad."

"Artículo 24.-El trasplante de órgano par o de tejido de un ser humano vivo a otro requiere:

- I. Que la donación se haga en términos del artículo 10°;
- II. Que el donante manifieste libremente su voluntad, sin coacción alguna física o moral;
- III. Que conste por escrito en forma expresa y sin lugar a dudas la voluntad del donante, quien deberá suscribir el documento en presencia de dos testigos idóneos;
- IV. Que el donador en el momento del trasplante no esté privado de su libertad o sea incapaz mental o se encuentre en estado de inconsciencia o sea menor de edad y siendo mujer no esté embarazada.

"Artículo 25.- El trasplante de órgano o tejido de cadáver de humano o ser humano vivo requiere:

- I. Haberse cumplido con las fracciones I, II y III del artículo 24°.
- II. Para el caso de no hacerse llenado lo prescrito en las fracciones II y III del artículo antes citado, contar con la autorización del familiar más cercano en el momento de la muerte."

"Artículo 27.- El trasplante de órgano único esencial para la conservación de la vida, sólo podrá hacerse obteniéndolo de cadáver."

1.9 LEY GENERAL DE SALUD.

El 7 de febrero de 1984 se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Salud, misma que entró en vigor a partir del primero de julio de 1984. En el artículo transitorio segundo de esta ley se estipuló que se derogaba el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos de 1973, a excepción de las disposiciones que conforme a la propia ley fueran materia de salubridad local, hasta en tanto no se expidieran las leyes de salud locales. Su artículo transitorio cuarto señalaba que en tanto se expidieran las disposiciones administrativas derivadas de esa Ley, seguían en vigor las que regulaban en ese momento, siempre y cuando no la contravinieran.

La Ley General de Salud está estructurada de la siguiente manera:

TITULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Capítulo Único; artículos 1° al 4°

TITULO SEGUNDO

SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Capítulo I Disposiciones comunes artículos 5° al 12

Capítulo II Distribución de Competencias artículos 13 al 22

TITULO TERCERO

PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Capítulo I	Disposiciones comunes	artículos 23 al 31
Capítulo II	Atención medica	artículos 32 y 33
Capítulo III	Prestadores de servicios de salud	artículos 34 al 49
Capítulo IV	Usuarios de los servicios de salud y participación de la comunidad	artículos 50 al 60
Capítulo V	Atención materno-infantil	artículos 61 al 66
Capítulo VI	Servicios de planificación familiar	artículos 67 al 71
Capítulo VII	Salud mental	artículos 72 al 77

TITULO CUARTO

RECURSOS HUMANOS PARA LOS SERVICIOS DE SALUD

Capítulo I	Profesionales, técnicos y auxiliares	artículos 78 al 83
Capítulo II	Servicio social de pasantes y Profesionales	artículos 84 al 88
Capítulo III	Formación, capacitación y actualización de personal	artículos 89 al 95

TITULO QUINTO

INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD

Capítulo único		artículos 96 al 103
----------------	--	---------------------

TITULO SEXTO**INFORMACIÓN PARA LA SALUD**

Capítulo único artículos 104 al 109

TITULO SÉPTIMO**PROMOCIÓN DE LA SALUD**

Capítulo I Disposiciones comunes artículos 110 y 111

Capítulo II Educación para la salud artículos 112 y 113

Capítulo III Nutrición artículos 114 y 115

Capítulo IV Efectos del ambiente en la salud artículos 116 al 127

Capítulo V Salud ocupacional artículos 128 al 132

TITULO OCTAVO**PREVENCIÓN DE CONTROL Y ENFERMEDADES Y ACCIDENTES**

Capítulo I Disposiciones comunes artículo 133

Capítulo II Enfermedades transmisibles artículos 134 al 157

Capítulo III Enfermedades no transmisibles artículos 158 al 161

Capítulo IV Accidentes artículos 162 al 166

TITULO NOVENO**ASISTENCIA SOCIAL, PREVENCIÓN DE INVALIDEZ Y****REHABILITACIÓN DE INVÁLIDOS**

Capítulo Único artículos 167 al 180

TITULO DÉCIMO

ACCIÓN EXTRAORDINARIA EN MATERIA DE SALUBRIDAD GENERAL

Capítulo Único	artículos 181 al 184
----------------	----------------------

TITULO DÉCIMO PRIMERO

PROGRAMAS CONTRA LAS ADICCIONES

Capítulo I	Consejo nacional contra las adicciones	artículos 184 BIS
------------	--	-------------------

Capítulo II	Programa contra el alcoholismo y el abuso de bebidas alcohólicas	artículos 185 al 187
-------------	---	----------------------

Capítulo III	Programa contra el tabaquismo	artículos 188 al 190
--------------	-------------------------------	----------------------

Capítulo IV	Programa contra la farmacode- pendencia	artículos 191 al 193
-------------	--	----------------------

TITULO DÉCIMO SEGUNDO

CONTROL SANITARIO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS Y DE SU
IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN

Capítulo I	Disposiciones comunes	artículos 194 al 214
------------	-----------------------	----------------------

Capítulo II	Alimentos y bebidas no alcohólicas	artículos 215 y 216
-------------	------------------------------------	---------------------

Capítulo III	Bebidas alcohólicas	artículos 217 al 220
--------------	---------------------	----------------------

Capítulo IV	Medicamentos	artículos 221 al 233
-------------	--------------	----------------------

Capítulo V	Estupefacientes	artículos 234 al 243
------------	-----------------	----------------------

Capítulo VI	Substancias psicotrópicas	artículos 244 al 256
-------------	---------------------------	----------------------

Capítulo VII	Establecimientos destinados al proceso de medicamentos	artículos 257 al 261
Capítulo VIII	Equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odonto- lógico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos	artículos 262 al 268
Capítulo IX	Productos de perfumería y belleza	artículos 269 al 272
Capítulo X	Productos de aseo	artículos 273 y 274
Capítulo XI	Tabaco	arts 275 al 277 BIS
Capítulo XII	Plaguicidas, nutrientes vegetales y sustancias tóxicas o peligrosas	artículos 278 al 282
Capítulo XII BIS	Productos biotecnológicos	artículos 282 BIS al 282 BIS-2
Capítulo XIII	Importación y exportación	artículos 283 al 299

TITULO DÉCIMO TERCERO

PUBLICIDAD

Capítulo Único	artículos 300 al 312
----------------	----------------------

TITULO DÉCIMO CUARTO

DONACIÓN, TRASPLANTES Y PÉRDIDA DE LA VIDA

Capítulo I	Disposiciones comunes	artículos 313 al 319
------------	-----------------------	----------------------

Capítulo II	Donación	artículos 320 al 329
Capítulo III	Trasplantes	artículos 330 al 342
Capítulo IV	Pérdida de la vida	artículos 343 al 345
Capítulo V	Cadáveres	arts. 346 al 350 BIS-7

TITULO DÉCIMO QUINTO

SANIDAD INTERNACIONAL

Capítulo I	Disposiciones comunes	artículos 351 al 359
Capítulo II	Sanidad en materia de migración	artículos 360 al 362
Capítulo III	Sanidad marítima, aérea y terrestre	artículos 363 al 367

TITULO DÉCIMO SEXTO

AUTORIZACIONES Y CERTIFICADOS

Capítulo I	Autorizaciones	artículos 368 al 379
Capítulo II	Renovación de autorizaciones sanitarias	artículos 380 al 387
Capítulo III	Certificados	artículos 388 al 392

TITULO DÉCIMO SÉPTIMO

VIGILANCIA SANITARIA

Capítulo Único		arts. 393 al 401 BIS-2
----------------	--	------------------------

TÍTULO DÉCIMO OCTAVO

MEDIDAS DE SEGURIDAD, SANCIONES Y DELITOS

Capítulo I	Medidas de seguridad sanitaria	artículos 402 al 415
Capítulo II	Sanciones administrativas	artículos 416 al 427
Capítulo III	Procedimiento para aplicar las medidas de seguridad y sanciones	artículos 428 al 437
Capítulo IV	Recurso de inconformidad	artículos 438 al 450
Capítulo V	Prescripción	artículos 451 al 454
Capítulo VI	Delitos	artículos 455 al 472

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

De la Ley General de Salud, por tener relación con el tema del presente trabajo, nos parece conveniente enunciar los siguientes artículos:

ARTICULO 1o. La presente Ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

ARTICULO 2o. El derecho a la protección a la salud, tiene las siguientes finalidades:

I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

II. La protección y mejoramiento de la calidad de vida humana;

III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuvan a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud.”

ARTICULO 3o. En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:

...

Fracción XXVI. El control sanitario de las disposiciones de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos;

...”

ARTICULO 313. Compete a la Secretaría de Salud:

I. El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado Centro Nacional de Trasplantes; y

II. La regulación y el control sanitario sobre cadáveres.”

ARTICULO 315. Los establecimientos de salud que requieren de autorización sanitaria son los dedicados a:

I. Extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células;

II. Los trasplantes de órganos y tejidos;

III. Los bancos de órganos, tejidos y células; y

IV. Los bancos de sangre y servicios de transfusión.

La Secretaría otorgará la autorización a que se refiere el presente artículo a los establecimientos que cuenten con el personal, infraestructura, equipo, instrumental e insumos necesarios para la realización de los actos relativos, conforme a lo que establezcan las disposiciones de esta Ley y demás aplicables.”

ARTICULO 319. Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la Ley.

ARTICULO 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título.

ARTICULO 321. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de la muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.”

ARTICULO 327. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo,

ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.”

ARTICULO 331. La obtención de órganos o tejidos para trasplante se hará preferentemente de sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida.”

ARTICULO 332. La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.”

ARTICULO 342. Cualquier órgano o tejido que haya sido extraído, desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito y que sanitariamente constituya un desecho, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final se hará conforme a las disposiciones generales aplicables, salvo que se requiera para fines terapéuticos, de docencia o de investigación, en cuyos casos los establecimientos de salud podrán disponer de ellos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salud, en los términos de esta Ley y demás disposiciones generales aplicables.”

“ARTICULO 346. Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración”

“ARTICULO 349. El depósito y manejo de cadáveres deberán efectuarse en establecimientos que reúnan las condiciones sanitarias que fije la Secretaría de Salud.”

La propia Secretaría determinará las técnicas y procedimientos que deberán aplicarse para la conservación de cadáveres.”

“ARTICULO 350 BIS-3. Para la utilización de cadáveres o parte de ellos de personas conocidas, con fines de docencia e investigación, se requiere el consentimiento del disponente.

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 dar aviso a la Secretaría de Salud, en los términos de esta Ley y demás disposiciones aplicables.”

“ARTICULO 350 BIS-4. Las instituciones educativas que obtengan cadáveres de personas desconocidas serán depositarias de ellos durante diez días, con objeto de dar oportunidad al cónyuge, concubinario, concubina o familiares para reclamarlos. En este lapso los cadáveres permanecerán 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, las instituciones educativas podrán utilizar el cadáver.”

“ARTICULO 350 BIS-5. Los cadáveres de personas desconocidas, los no reclamados y los que se hayan destinado para docencia e investigación, serán inhumados o incinerados.”

“ARTICULO 350 BIS-7. Los establecimientos en los que se realicen actos relacionados con cadáveres de seres humanos deberán presentar el aviso correspondiente a la Secretaría de Salud en los términos de esta Ley y demás disposiciones generales aplicables, y contarán con un responsable sanitario que también deberá presentar aviso.”

El 20 de febrero de 1985, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, este Reglamento en la actualidad se encuentra vigente; entró en vigor, el 21 de febrero del 1985 y abrogó, entre otros reglamentos, el Reglamento Federal para la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos de 1976.

En su artículo 1º establece:

“ARTICULO 1o. Este Reglamento tiene por objeto proveer, **en la esfera administrativa**, al cumplimiento de la Ley general de Salud, en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación y de docencia. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.”

CAPITULO II

ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

2.1. CONCEPTO JURÍDICO DE DELITO.

La teoría del delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos⁴ de delito, sino los componentes del delito. En busca de una definición de delito, los diversos juristas han atendido a los elementos que lo conforman. Por lo que la concepción atomizadora⁵ ha ido tomando fuerza, toda vez que de acuerdo al número de elementos que se consideren para estructurar el delito, van surgiendo las concepciones de éste. Dentro de la concepción atomizadora encontramos la dicotómica o bitómica, tritómica, triédrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y

⁴ José Nieves Luna Castro, en su libro "El Concepto de Tipo Penal en México", p. 5; citando a Jiménez de Asúa señala que éste considera que "el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito."

⁵ Para conocer la composición del delito la doctrina ha recurrido principalmente a dos concepciones, la totalizadora o unitaria y la analítica o atomizadora. Mientras que la primera considera al delito como una entidad que no se puede dividir en elementos diversos, es decir, el delito es una unidad infraccionable y homogénea; la segunda estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, el análisis particular de sus elementos no es la negación de la unidad sino un medio para realizarla.

heptatómica, según el número de elementos que se consideren para estructurar el delito.

El artículo 7 del Código Penal señala que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales."

Podemos decir que el concepto de delito que consigna este precepto corresponde a una concepción bitómica o dicotómica, es decir el delito es una conducta punible.

El referido artículo 7 del Código Penal ha recibido serias críticas; Fernando Castellanos Tena, citando a Ignacio Villalobos apunta: "estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absoluta y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene sólo a lo definido ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos..."⁶

Celestino Porte Petit, citando a José Ángel Cisneros y Luis Garrido señala que: "en realidad no había necesidad de definir el delito, por no reportar ninguna utilidad al Juez y ser siempre las definiciones síntesis incompletas de lo que se trata de definir".⁷

⁶ Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 29ª ed, editorial Porrúa, México, D.F.; 1991, p 133.

⁷ Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, vol. I, 18ª ed, editorial Porrúa, Mexico, 1999, pp 200 y201.

Y el mismo autor citando a Arilla Blas menciona que éste se pronuncia por la no definición del delito cuando dice que: “en realidad, definiciones de esta clase, generalmente tautológicas no son necesarios en lo Códigos.”⁸

Así también el afamado jurista señala que en México Carrancá y Trujillo considera que los caracteres constitutivos del delito, según el Código Penal, son: tratarse de un acto o una omisión, en una palabra, de una acción de una conducta humana; y estar sancionado en las leyes penales. Y Jiménez Huerta expone que el concepto de delito consignado en el artículo 7 del Código Penal expresa que éste es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pero el concepto no queda integrado únicamente con estas palabras. De ser así, sería también innecesario el elemento de la culpabilidad, pues el mismo no se menciona en el artículo 7 del Código Penal.

“...Para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible; para Beling es la acción típica antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; Max Ernesto Mayer define al delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable; Edmundo Mezger afirma que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable; para Jiménez de Asúa es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”⁹

⁸ Porte Petit.. Apuntamientos... ibidem, p. 202

⁹ López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito, 7ª ed. Editorial Porrúa. Mexico, 1999 p.65

La aportación de diversos juristas en la materia ha traído en número de 7 los elementos del delito y su respectivo aspecto negativo, no obstante que estos 7 elementos no todos los autores aceptan.

Atendiendo al citado artículo 7 del Código Penal y al aspecto positivo del delito podemos definir a éste como la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable; en ocasiones con condiciones objetivas de punibilidad y punible.

2.2 ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO

Elaboramos nuestra definición de delito atendiendo a su aspecto positivo. Sus elementos positivos se encuentran cada uno en posición opuesta a su respectivo aspecto negativo; en este orden de ideas tenemos;

Elementos Positivos del Delito	Aspectos Negativos del delito
Conducta	Ausencia de Conducta
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de Justificación
Imputabilidad	Ininputabilidad
Culpabilidad	Inculpabilidad
Condicionalidad Objetiva	Falta de Condiciones Objetivas
Punibilidad	Excusas Absolutorias

Mientras que los elementos positivos del delito encaminan a la existencia de éste; los aspectos negativos encaminan hacia su inexistencia.

Para los doctrinarios partidarios del análisis del delito, sin perder de vista la unidad de éste, ha sido un problema determinar si entre los elementos del delito existe una prelación lógica, prioridad lógica o prioridad temporal.

En cuanto a la prioridad temporal en el aspecto positivo del delito nos inclinamos a compartir el criterio de Celestino Porte Petit, quien considera que:

“...al aparecer el delito, no puede existir una prioridad temporal, en virtud de que sus elementos, por la indisoluble unidad del mismo, concurren simultáneamente.”¹⁰

Por lo que respecta a la prioridad lógica y la prelación lógica en el aspecto positivo del delito este mismo autor apunta:

“... Debemos concluir que no existe prioridad lógica en el aspecto positivo del delito. Para que nazca el delito se necesitan determinados elementos, los que guardan entre sí un orden lógico. Para que haya delito, se requiere de una conducta o hecho, según la descripción típica. Se requiere que exista una adecuación al tipo; después que la conducta o hecho sean antijurídicos e imputables, y finalmente la concurrencia de la culpabilidad y punibilidad. En consecuencia, obsérvese que para darse la tipicidad, es obligada la presencia de la conducta, o hecho; para que se dé la antijuridicidad, debe concurrir la tipicidad, y no habría caso de aludir a la culpabilidad, si la conducta o hecho no fueren típicos, antijurídicos e imputables. Por tanto, nuestro punto de vista desde hace tiempo es en el sentido de que entre los elementos del delito hay una prelación lógica, y no prioridad lógica, habida cuenta de que nadie puede negar que, para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en

atención a la naturaleza propia del delito, y la circunstancia de que sea necesario un elemento para que concurra el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, porque ningún elemento es fundante del siguiente, aun cuando sí es necesario para que el otro elemento exista.”¹¹

La prelación lógica en el aspecto negativo del delito se da cuando existiendo un aspecto negativo del delito, ya no hay una posibilidad de la concurrencia de otro aspecto negativo del mismo.

“Cuando en el caso concreto falta la conducta, estamos frente a su aspecto negativo: ausencia de conducta y por consiguiente constituye una hipótesis de no delito, no pueden concurrir los restantes elementos del mismo, siguientes al elemento ausente, en apoyo a la mencionada prelación lógica, ni tampoco puede darse otro aspecto negativo del mismo .”¹²

¹⁰ Porte Petit, Apuntamientos... op cit p.225

¹¹ Porte Petit, Apuntamientos... ibidem, p. 225

¹² Porte Petit, Apuntamientos... ibidem p.226

2.2.1 LA CONDUCTA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Eduardo López Betancourt define a la conducta como: "... el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que sólo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión."¹³

De lo anterior se desprende que la conducta puede ser cometida por una acción o por una omisión, es decir la conducta comprende:

a). LA ACCIÓN (hacer); conducta en su forma positiva, es decir acción positiva.

b) LA OMISIÓN (no hacer); conducta en su forma negativa, es decir acción negativa.

Esta última a su vez se subdivide en:

* Omisión Simple: En esta hay una violación de un deber jurídico de obrar.

¹³ López Betancourt, Teoría del.... op, cit, p.83

* Comisión por Omisión: Se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

La conducta tiene varios sinónimos utilizados por los diversos juristas como son hecho, acción, acto, etcétera, pero estos no contemplan la posibilidad de una inactividad.

Celestino Porte Petit respecto de la conducta apunta: "...la conducta consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), dirigidos a la producción de un resultado material típico o extratípico. La conducta debe entenderse como el ejercicio de un comportamiento que tiende a un fin. Por tanto la voluntad del objetivo es claramente la base de la teoría finalista de la acción."¹⁴

Este jurista considera que al primer elemento del delito, no únicamente se le refiere como conducta, sino que son preferibles los vocablos conducta o hecho, según sea el caso, considera que: "...El término conducta es adecuado para abarcar la acción y omisión, pero nada más. Es decir dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho, que... se forma por la concurrencia de la conducta (acción u omisión) del resultado material y de la relación de causalidad. La conducta sirve para designar el elemento material del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta... un sujeto puede realizar una conducta en el caso de un delito de mera conducta, o de un hecho, si estamos frente a un

¹⁴ Porte Petit, Apuntamientos... ob, cit. P. 234

delito material, los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente...»¹⁵

Fernando Castellanos Tena, respecto de la postura de Celestino Porte Petit, señala que este último distingue la conducta del hecho y que a su parecer es útil esa distinción. Toda vez que el hecho se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal y la sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como ocurre en los delitos de mera actividad o en los delitos de simple omisión que carecen de un resultado material. Y la conducta es un elemento del hecho cuando de acuerdo a la descripción del tipo precisa una mutación en el mundo exterior, esto es un resultado material. Es sólo en los delitos de resultado material que existe el nexo causal, y los ilícitos de simple actividad o inactividad sólo reportan resultado jurídico.

Aclarado lo anterior cabe precisar que por lo que respecta al primer elemento del delito únicamente nos referiremos a CONDUCTA; a efecto de evitar confusión respecto del término hecho ya que éste en el lenguaje común se entiende como lo ocurrido o acaecido y con este término también se designa a los fenómenos naturales. Por lo que podemos decir que:

CONDUCTA es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, dirigido a un propósito.

¹⁵ Porte Petit, Apuntamientos... ibidem pp. 232 y 233

De este concepto de conducta, podemos comentar cada una de las características con que cuenta, a saber:

1.- **COMPORTAMIENTO HUMANO**; es decir que sólo los seres humanos podemos cometer conductas positivas o negativas .

2.- **CONDUCTAS POSITIVAS O NEGATIVAS**; es decir, una actividad o una inactividad respectivamente.

3.- **VOLUNTARIO**; dicho comportamiento es voluntario porque es decisión libre del sujeto.

4.- **DIRIGIDO A UN PROPÓSITO**; porque tiene una finalidad al realizarse la acción o la omisión. Es decir, la voluntad es orientada en determinado sentido.

A la acción debemos entenderla en dos sentidos:

A) En sentido amplio: consiste en la conducta exterior voluntaria (hacer activo u omisión) encaminada a la producción de un resultado, ya consista éste en una modificación del mundo exterior o en peligro de que ésta llegue a producirse.

B) En sentido estricto: consiste en un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca.

Debemos entender la acción en sentido amplio, comprendiéndola en su aspecto positivo como tal y en su aspecto negativo como omisión. Podemos definir a ésta como la actividad o la inactividad voluntaria dirigida a la producción de un resultado, siendo éste la modificación producida en el mundo exterior o el peligro creado con dicha conducta.

La acción consiste en un acto de voluntad, su exteriorización mediante un hacer o mediante inactividad, y el resultado será la modificación producida en el mundo exterior o el peligro creado con dicha conducta. De lo que se desprende el nexo causal entre el acto y el resultado.

La conducta consta de tres elementos:

- a) Un acto positivo o negativo (acción u omisión).
- b) Resultado (modificación producida en el mundo exterior o el peligro creado con dicha conducta.
- c) Nexo causal entre el acto y el resultado.

Delitos de acción.

La acción en sentido estricto es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo es la voluntad del sujeto; esta actividad voluntaria

produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado. La conducta de acción tiene tres elementos:

- 1.- Movimiento
- 2.- Resultado
- 3.- Relación de causalidad

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

En la conducta hay un deber jurídico de abstenerse, así como en los delitos de omisión hay un deber jurídico de actuar.

La voluntad se refiere al querer de la acción, por lo que se dice que existe una relación de causalidad, al presentarse un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad, donde la voluntad va dirigida a la realización del tipo de injusto.

El movimiento corporal es la parte externa de la acción, y consiste en el cambio de posición del cuerpo o parte de él que realiza el sujeto; pero se necesita la existencia de la opción psíquico voluntad, y, del elemento material movimiento, para que la conducta se configure en forma positiva, es decir, conducta de acción.

El resultado de la acción debe ser sancionado por la ley penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y sancionado por la norma.

Para Maggiore el resultado es: “la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito, o como que es lo mismo, la realización del tipo de delito fijado por la ley... el resultado es el efecto voluntario en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa”¹⁶

El resultado alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, lo que la norma considera decisivo para la realización del delito. El resultado de la acción es la modificación del mundo exterior o el peligro de su producción, según el caso.

Respecto al resultado de los delitos, éstos pueden ser formales o materiales. Los formales son los delitos de actividad y los materiales son de resultado externo, que atacan intereses jurídicos. Podemos hablar de delitos formales o de simple actividad, en estos no es posible distinguir otro resultado diferente a la conducta corporal. Los de resultado material son en los que se produce materialmente un resultado exterior. Al producir la acción un resultado se comete una violación a un bien jurídico; por el daño que causan los delitos pueden ser de lesión y de peligro. Los de lesión causan un menoscabo a un bien jurídico, los de peligro no lesionan ningún bien jurídico, sólo lo pone en peligro.

Debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material.

¹⁶ López Betancourt; Teoría del... Op, cit, p 94

Una de las doctrinas que existen respecto a la causalidad de la conducta y el resultado, es la generalizadora, también llamada teoría de la equivalencia de condiciones, ésta toma en cuenta todas las condiciones como causa del resultado, en ella los autores explican que si se suprimiera una de las condiciones el resultado no se produciría, es decir no concibe al resultado sin la participación de todas las condiciones. La doctrina individualizadora considera sólo a una de las condiciones como productora del resultado en relación a una característica temporal, cuantitativa o cualitativa. Entre las teorías individualizadoras encontramos las siguientes:

a) Teoría de la última condición; parte de un criterio temporal y se debe estimar como causa del resultado producido, la última condición realizada.

b) Teoría de la condición más eficaz; considera como causa más eficaz la condición que más contribuyó al resultado.

c) Teoría de la prevalencia, del equilibrio o de la causa decisiva de Biding; según esta teoría el mundo se rige sobre un equilibrio de fuerzas, y el rompimiento de este equilibrio es originado por aquellas fuerzas tendientes a modificarlo, frente a las que quieren conservarlo.

d) Teoría de la causa eficiente o de la cualidad; ésta distingue a la causa que tiene la capacidad de ocasionar el resultado.

e) Teoría de la adecuación o causación adecuada; para esta corriente la conducta más adecuada para producir el resultado es la causa que debe tomarse en cuenta.

La relación de causalidad será el nexo entre la conducta y el resultado de la misma.

Delitos de omisión.

“Los tipos omisivos son los que describen la conducta debida, quedando, por ende, prohibida toda conducta que no coincide con la conducta debida.”¹⁷

Para Maggiore la omisión es: “toda conducta humana, dolosa o culposa, que sin necesidad de una acción material (movimiento corpóreo), produce algún cambio en el mundo exterior”¹⁸

Los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado. Esta omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad; para que esta omisión le interese al Derecho Penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo.

La omisión tiene cuatro elementos:

1. Manifestación de la voluntad.
2. Una conducta pasiva (inactividad).
3. Deber jurídico de obrar.

¹⁷ López Betancourt, Teoría del... ibidem, p 99

¹⁸ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, Tomo I, 5a. Edición. Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 354

4. Resultado típico jurídico.

Los delitos de omisión se clasifican en:

A) de omisión simple o propios; en estos se omite lo que la norma penal preceptúa, violan una preceptiva, en estos delitos no se produce un resultado material.

B) de comisión por omisión o impropios; en estos se realiza la omisión con un resultado prohibido por la norma penal, en estos delitos sí se produce un resultado material.

Los delitos de omisión simple son formales, en los cuales el resultado es de peligro, es decir ponen en riesgo el bien jurídicamente tutelado por la norma penal, por tratarse de normas preceptivas. El deber jurídico de obrar se encuentra en la norma penal, en la omisión se incumplen mandatos de hacer establecidos en los tipos penales, la omisión integra el delito, porque la no realización de una acción exigida por la norma, agota los delitos de omisión.

“El resultado en la omisión simple es únicamente típico, al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consuma el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.”¹⁹

¹⁹ Porte Petit, Apuntamientos... ob, cit, p. 242

En la comisión impropia o comisión por omisión la inactividad del sujeto causa un cambio material en el exterior, se viola una norma preceptiva y una prohibitiva, generalmente es usado por los doctrinarios el ejemplo de la madre que deja de alimentar a su hijo pequeño y con esta actividad provoca la muerte del menor, se viola una norma preceptiva, la cual ordena a los padres suministrar alimentos a sus hijos, produciendo un resultado material al causar la muerte del menor, violando la norma prohibitiva de “no privar de la vida”.

Celestino Porte Petit apunta: “la violación de estas normas preceptivas no es la que constituye el delito, sino que es el medio para realizar el hecho previsto por la norma penal como delito, para violar la norma prohibitiva. Obsérvese que la violación de una norma prohibitiva no lo es únicamente por una acción, sino puede ser por una omisión, antecediendo la violación de la norma preceptiva, como sucede en los delitos de comisión por omisión, entendiéndose el término “comisión”, como “resultado”, pues como indica Sánchez Tejerina, la palabra comisión parece referirse más bien al resultado, rechazando nosotros el punto de vista de que los delitos de comisión por omisión son meros delitos de acción, porque es palpable que el resultado material es consecuencia de una omisión, es decir, de no realizar la acción esperada y exigida.”²⁰

Los elementos de la comisión por omisión u omisión impropia son:

1. Manifestación de la voluntad.
2. Conducta pasiva
3. Deber jurídico de obrar
4. Resultado típico material

²⁰ Porte Petit, Apuntamientos ibidem, pp. 246 y 247

Expuesto lo anterior podemos aseverar que la conducta en la Fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud consiste en:

1.- Obtener ilícitamente órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos,

2.- Conservar ilícitamente órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos,

3.- Utilizar ilícitamente órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos,

4.- Preparar ilícitamente órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, o

5.- Suministrar ilícitamente órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos,

El tipo previsto en la Fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud comprende un delito de acción, es un movimiento voluntario descrito en el Tipo Legal. Se viola una norma prohibitiva, hay un deber jurídico de abstenerse; la voluntad va dirigida a la realización del tipo. Evidentemente hay un resultado material consistente en una modificación en el mundo exterior. La acción trae consigo la relación de causalidad, se presenta el nexo psicológico entre el sujeto y la actividad. Al producir la acción un resultado se viola un bien jurídico el cual es la salud pública, misma que se ve menoscabada y afectada en su seguridad si ilícitamente se obtienen, se conservan, se utilizan, se preparan o se suministran órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; también es vulnerado el control sanitario de órganos, tejidos, cadáveres o fetos de seres humanos.

2.2.2 AUSENCIA DE CONDUCTA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

El elemento negativo de la conducta es la ausencia de conducta, la cual abarca la ausencia de acción o de omisión de la conducta, en la realización de un delito. Si la conducta comprende a la acción y a la omisión, la ausencia de conducta abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntarias.

La ausencia de conducta se presenta por:

1. Vis absoluta o fuerza física superior exterior irresistible.
2. Vis maior o fuerza mayor.
3. Movimientos reflejos.

Para algunos autores también son aspectos negativos:

4. El sueño.
5. El hipnotismo.
6. El sonambulismo

VIS ABSOLUTA O FUERZA FÍSICA SUPERIOR EXTERIOR IRRESISTIBLE

Cuando un sujeto comete un delito por una fuerza física e irresistible proveniente de otro sujeto no hay voluntad en la realización y no se puede presentar el elemento de conducta, en virtud de no ser un acto voluntario. La

fuerza debe ser física, es decir material (no puede ser de naturaleza moral) porque es la única que puede obligar al sujeto a actuar contra su voluntad, por eso debe ser exterior e irresistible, el sujeto que recibe la fuerza física no la puede dominar o resistir y es vencido por ella.

La fuerza física superior irresistible viene a ser un aspecto negativo de la conducta, debido a que esta fuerza hace que el individuo realice un hacer o un no hacer, que no quería ejecutar; en consecuencia, si hay fuerza irresistible, la actividad o la inactividad forzadas no pueden constituir una conducta, toda vez que no se cuenta con la VOLUNTAD, en estos casos el hombre actúa como el puñal o la pistola en la mano del hombre para realizar un delito.

“La aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento. Quien es violentado materialmente (no amedrentado, no cohibido, sino forzado de hecho) no comete delito, es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera.”²¹

El artículo 15 del Código Penal en su fracción primera determina como causa de exclusión del delito: “el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”; evidentemente no se puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente.

²¹ Castellanos Tena, Lineamientos Elementales... ob, cit, p.163.

Estaremos en presencia de un caso de Vis Absoluta o Fuerza Física Superior Exterior Irresistible en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud cuando un sujeto ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, sin voluntad y a causa de una fuerza física irresistible proveniente de otro sujeto. Por ejemplo que un cirujano robusto y fuerte, valiéndose de su fuerza dirija las manos de otro sujeto de menor fuerza el cual no puede evitar el ser violentado materialmente a efecto de que preparar ilícitamente un riñón para ser trasplantado. El sujeto de menor fuerza se encuentra sin uso de su voluntad e influenciado por una fuerza física, superior, exterior e irresistible; es un instrumento en las manos del cirujano robusto que le dirige materialmente.

VIS MAIOR O FUERZA MAYOR

En esta hipótesis se presenta una conducta delictiva por causa de fuerza mayor, es decir, cuando el sujeto realiza una acción u omisión coaccionado por una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza o de los animales (subhumana); en la vis maior, como en la absoluta, hay ausencia de voluntad, en consecuencia la fuerza mayor también constituye un aspecto negativo de la conducta.

MOVIMIENTOS REFLEJOS

Celestino Porte Petit, citando a Antón Oneca, señala que éste considera a los movimientos reflejos como: “movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia”.²²

Los movimientos reflejos son otra causa de ausencia de conducta, porque no participa la voluntad del sujeto en virtud de que los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios y no funcionan como factores negativos de la conducta si se pueden controlar o retardar.

Puede suceder que, no obstante a hallarnos frente a un movimiento reflejo, exista culpabilidad por parte del sujeto, en su segunda forma o especie, por haber previsto el resultado, con la esperanza de que no se realizaría, o bien que no lo previó, debiendo haberlo previsto, pudiéndose presentar tanto la culpa con representación como sin representación.

Evidentemente es imposible que se dé el caso en el que los movimientos reflejos constituyan aspecto negativo de la conducta en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, en virtud de que es ilógico que ilícitamente se obtengan, conserven, utilicen, preparen o se suministren órganos, tejidos y sus

²² Porte Petit, Apuntamientos, ob, cit, p.324

componentes, cadáveres o fetos de seres humanos a través de movimientos reflejos.

Hemos señalado que algunos autores consideran que el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo son causas de ausencia de conducta.

Por lo que respecta al SUEÑO, Eduardo López Betancourt apunta que éste es: "...el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas, así como de la temperatura del cuerpo. Su función es reparar las energías físicas y mentales gastadas en la vigilia. Su duración media es de ocho horas, pero varía notablemente con la edad incluso con el sexo; los niños y las mujeres duermen más que el hombre adulto. Los sueños o proceso psíquico realizado mientras se duerme, y en el cual la actividad instintiva del espíritu se evade del control de la razón y de la voluntad, pueden explicarse por el aumento de la actividad del sistema nervioso."²³

En este estado tampoco se da la voluntad del sujeto; al estar dormido no tiene dominio sobre sí mismo, por lo que consideramos que el sueño es un aspecto negativo de la conducta.

²³ López Betancourt, Teoría del Delito, ob, cit, p.109

Cuando el durmiente en ese estado realiza una conducta tipificada en la ley penal, no es responsable porque estamos frente a una hipótesis de ausencia de conducta; pero si será responsable el durmiente que busca el sueño intencionalmente o se aprovecha del mismo para realizar una conducta tipificada por la ley, ya que nos encontramos ante la acción libre en su causa y el sujeto debe responder de la conducta cometida.

En el caso del sueño, como ausencia de conducta en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, consideramos que es imposible que se presente en algunas hipótesis de la conducta señaladas en dicho precepto, toda vez que una persona dormida no puede realizar conductas como ilícitamente obtener, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, ni aun lícitamente. Sin embargo si es susceptible que una persona pudiera conservar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos mientras duerme.

El HIPNOTISMO es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales. Se hipnotiza al sujeto sin su consentimiento y realiza una conducta tipificada por la ley penal, el sujeto no es responsable; pero si se hipnotiza al sujeto con su consentimiento para fines delictivos, el sujeto es responsable, pues estamos ante la acción libre en su causa cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito. Si se hipnotiza al sujeto con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de éste, el sujeto es responsable de un delito culposo.

Precisado lo anterior, se observa que el hipnotismo como ausencia de conducta en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, es posible que se presente en las hipótesis de la conducta señaladas en dicho precepto, toda vez que una persona hipnotizada si puede realizar conductas como ilícitamente obtener, conservar, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos.

Mediante el SONAMBULISMO, la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo. Es un estado psíquico inconsciente por lo que, no obstante que el sonambulismo es considerado por algunos autores dentro de las causas de inimputabilidad, lo consideramos dentro de las causas de ausencia de conducta por no existir en este la voluntad del sujeto. Por lo que consideramos que el sonambulismo como ausencia de conducta en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, es posible que se presente en las hipótesis de la conducta señaladas en dicho precepto, toda vez que una persona bajo este estado es susceptible de que puede realizar conductas como ilícitamente obtener, conservar, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos.

2.2.3 LA TIPICIDAD EN LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

Una vez que se ha comprobado que existe una conducta, debe investigarse si ésta se adecua al tipo.

Jiménez de Asúa dice que tipicidad es: "...la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción..."²⁴

Jiménez Huerta consideró: "...adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias"²⁵

Para Francisco Blasco y Fernández de Moreda: "La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida"²⁶

Sergio García Ramírez señala:

"La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley. Didácticamente, se puede decir que los tipos penales son las

²⁴ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, III, 2a. Edición, Ed. Lozada, Buenos Aires, 1958, p. 744

²⁵ Jiménez Huerta, Mariano, La tipicidad, Ed. Porrúa, México, 1955, p.207

²⁶ Francisco Blasco y Fernández de Moreda. La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad, como caracteres del delito, en su noción técnica jurídica. Criminalia, IX, p443.

piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponda, con la aclaración de que no existen dos figuras iguales. Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, por ejemplo, el artículo 395, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal señala, entre otros elementos del delito de despojo, que el medio con el cual deberá llevarse a cabo dicho delito sea cualquier de los siguientes: violencia, amenaza, furtividad o engaño, Si en agente emplease un medio distinto, aún cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar uno o dos de ellos".²⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado:

"RESPONSABILIDAD PENAL. Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concorra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real y grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente, al concurrir la causa justificativa de la acción, resulta no culpable o si tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos.

Amparo penal directo 1511/52. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 21 de agosto de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva."²⁸

²⁷ García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Editorial UNAM. México, 1981. Pág. 97.

²⁸ Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXVII, p. 731

No debemos confundir tipicidad con tipo; la tipicidad se refiere a la conducta y el tipo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre una conducta ilícita, es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito.

Podemos decir que la tipicidad:

- * Es el elemento esencial del delito.
- * Es fundamento del hecho punible, y en el Derecho Mexicano está recogido en el artículo 14 Constitucional párrafo tercero²⁹ y el artículo 7o. del Código Penal Federal³⁰ al definir el delito.
- * Es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.
- * Pertenece a la conducta.
- * Le caracteriza una función predominantemente descriptiva y constituye un mecanismo indiciario de la existencia de la antijuridicidad.

Podemos decir que el tipo:

- * Es la creación legislativa; la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.
- * Es la fórmula que pertenece a la ley.
- * Es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito.

²⁹ El párrafo tercero del artículo 14 Constitucional establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

³⁰ El artículo 7o del Código Penal Federal señala: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..."

- * Narración o descripción legal, despojada de todo carácter valorativo.
- * Instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes por estar penalmente prohibidas.

La tipicidad toma su esencia del sustantivo tipo, el cual, históricamente y en relación al surgimiento de este concepto podemos señalar, que tipo proviene del latín *tipus* que significa símbolo representativo de cosa figurada o figura principal de alguna cosa a la que proporciona fisionomía propia. Tipo es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa y, a su vez, es emblema o figura de ella. José Nieves Luna Castro, en su obra *El Concepto de Tipo Penal en México*, afirma que la raíz histórica del tipo se encuentra en el concepto de *corpus delicti*, contenido en viejas leyes, vertido después *tatbestand* a la lengua alemana.

“El *tatbestand*, indica el maestro Piñero, fue entonces el hecho del delito, el contenido real, en oposición al puro concepto (*degriff*), lo que Jiménez Huerta, en su primera acepción del cuerpo del delito, entiende como acción punible, como el hecho objetivo. De igual forma Zaffaroni refiere que hasta 1906 se usaba la voz *tatbestand* pero no con un contenido sistemático similar al que actualmente se le asigna en alemán (supuesto de hecho), también refiere que dicho vocablo proviene del latín medieval (*facti species*), que significaba figura del hecho, por

eso agrega dicho autor, tatbestand se traduce al italiano como fattispecie y al castellano como tipo.³¹

Beling le dió al tipo (tatbestand) un sentido distinto; anterior a Beling, el tipo era sólo entendido como figura del delito específica, que abarcaba la totalidad de sus caracteres externos e internos (incluidos el dolo, la culpa e incluso la forma de sanción respectiva) en cambio, para Beling el tipo penal solo describe en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie del delito. Posteriormente, debido a ataques y críticas Beling sostiene una diversa concepción del tipo, en 1930 publica una monografía en la que considera como imagen rectora, cuadro o especie dominante. Por lo que Márquez Piñero,³² citando a Jiménez de Asúa recuerda que en la obra de Beling pueden distinguirse dos momentos:

- a) el tipo se materializa; (1906)
- b) el tipo se espiritualiza, (1930)

A Beling se le considera el creador de la teoría del tipo, ya que dentro del ámbito de la Teoría del Delito, descubrió en esa figura una función sistemática que ha servido de base para toda la estructuración teórica que respecto de la misma se ha generado.

La evolución del tipo, se ha referido a las siguientes fases:

³² Márquez Piñero, Rafael, Derecho Penal, Parte General, Ed. Trillas, 3a. Edición, México 1994, p. 211

1.- FASE DE LA INDEPENDENCIA

La tipicidad se estima como una función meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Por ejemplo, el homicidio, el tipo penal se satura con la mera comprobación de la hipótesis descrita en la ley: "matar a un ser humano" sin ocuparse de establecer si la muerte fue contraria a la norma, o si se realizó en legítima defensa, pues esto es una función valorativa que corresponde a la antijuridicidad; en tanto que la atribución a una persona imputable, respecto del acto cometido y reproche (con dolo o culpa) se realiza mediante la culpabilidad.

La acción típica y la antijurídica no son lo mismo, sino dos elementos independientes, pues una acción puede ser típica (por encajar en la descripción de un precepto punitivo) y no ser antijurídica (por existir causas de justificación) y también pueden existir conductas que a pesar de contrariar una norma no estén tipificadas en una ley penal. También debe separarse la tipicidad de la culpabilidad, la tipicidad de una conducta es independiente de la determinación del dolo o de la culpa. Pues según Max Ernesto Mayer: "...el tipo con el que se relaciona la acción cometida (sea dolosa o culposamente) debe tener, por necesidad lógica, el mismo contenido..."³³.

José Nieves Luna Castro, citando a Jiménez de Asúa, señala que para éste: "...la descripción típica contenida en la ley, entre otras cosas, representa la utilidad para poder clasificar las infracciones; establecer el concepto de tentativa;

³³ Max Enesto Mayer, Der Allgemeine Teil des deutsche Strafrechts Lehrbuch, 2a. Edición pp 9,10, 182, citado por Luna Castro, José Nieves. El Concepto de Tipo Penal en México, editorial Porrúa, Mexico, D.F. 2000, p 12

decidir el concurso aparente de leyes y aclarar la unidad del acto de las acciones complejas, funciones que no se pueden atribuir a la culpabilidad.³⁴

Esta fase no tuvo gran aceptación entre los tratadistas.

2.- FASE DE CARÁCTER INDICIARIO DE ANTIJURIDICIDAD

La tipicidad ya no es considerada como simple descripción, sino que tiene además un valor indiciario de la antijuridicidad. Para Max Ernesto Mayer la tipicidad representa el primer presupuesto de la pena y la antijuridicidad su segundo presupuesto; también considera pertinente la separación entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero a la tipicidad se le asigna un papel indiciario respecto de la antijuridicidad considerándola su fundamento de conocimiento. Jiménez de Asúa considera que la función indiciaria de la tipicidad se cumple principalmente en relación con los elementos normativos; surgiendo como ejemplo el tipo legal del delito de robo donde se incluye la cualidad ajena respecto de la cosa. De donde deriva la afirmación de que la tipicidad es la ratio cognoscendi de lo antijurídico.³⁵

3.- FASE DE LA RATIO ESSENDI DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Esta tercera concepción es antagónica a la de Beling. Su máximo exponente es Edmundo Mezger, quien define al delito como la acción típicamente antijurídica y culpable. Por lo que si el delito es una conducta típicamente

³⁴ Luna Castro, José Nieves, El Concepto de Tipo Penal en México, editorial Porrúa, México, D.F, 2000, p12

³⁵ Luna Castro...; El Concepto de Tipo... ibidem p.13

antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en un apartado propio o independiente, sino que se incluye en la antijuridicidad, tratada primero como injusto objetivo y ulteriormente como injusto tipificado. La tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que ratio cognoscendi de la antijuridicidad, pues viene a constituir la base real de ésta, su ratio essendi. La antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, ya que pueden existir acciones que no son antijurídicas, pero es esencial a la antijuridicidad la tipificación. Pero Jiménez de Asúa reitera su crítica a esta concepción de Mezger y la señala como inadmisibles porque dota a la tipicidad de una función desproporcionada.

4.- FASE DEFENSIVA: "LA FIGURA RECTORA DE BELING"

El creador del tipo, Beling, tuvo dos momentos diversos en cuanto a la forma de comprender su obra, pasando de la concepción materializada del tipo (1906), a la consideración reelaborada de dicha figura siendo la segunda la que suele recibir el nombre de fase defensiva del tipo, por considerar que Beling, al sostener entonces la idea de la "figura rectora", en realidad sale en defensa de su propia teoría que no tuvo buena acogida entre los doctrinistas de esa época. La evolución del tipo se vio adicionada con esta nueva faceta en donde ya no se sostiene la idea de un tipo objetivo y abstracto descrito por sus elementos materiales, sino considerado como imagen que rige el cuadro formado por la especie delictiva de que se trate, es decir las diversas hipótesis enmarcables en la misma especie del delito, incluyendo la tentativa y la participación.

5.- FASE DESTRUCTIVA

El derecho penal encuentra como meta sancionar la voluntad, no la acción, el delito se convierte en el reproche de la culpabilidad ante un resultado posible, y el punto de partida no es ya el resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente. De acuerdo a esto se pueden sancionar las intenciones, los propósitos de los hombres aun antes de tener una manifestación externa.

“En conclusión de ese devenir evolutivo, coincidimos con el maestro Piñero en el sentido de que en el momento actual, se afirma la necesidad del mantenimiento de la tipicidad, de la antijuridicidad objetiva y de la culpabilidad como características funcionales del delito, pero sin soslayar que conforman el todo denominado delito, no obstante la posibilidad de distinguirse para efectos teóricos.

Desde otra perspectiva, la secuencia evolucionista del tipo penal se relaciona y clasifica primordialmente en función de dos concepciones, la llamada objetiva y la compleja.

La primera corresponde a la obra de Beling a partir de 1906, enmarcada en una sistemática del delito dividida diametralmente en injusto objetivo y culpabilidad subjetiva, atribuyéndose a dicho autor el introducir una distinción en el primero de esos planos (injusto) dando lugar así a la tipicidad y la antijuridicidad, no obstante que ambas categorías seguían perteneciendo a la parte objetiva de ese esquema sistemático.

Según expone Zaffaroni, la llamada concepción compleja tiene lugar a partir del descubrimiento de la culpabilidad normativa en 1907 y los elementos subjetivos del tipo, aproximadamente en el año de 1910, lo que aconteció como resultado de las dificultades acarreadas por la concepción objetiva del tipo, al no

resolver problemas como la limitación de la causalidad, la explicación de la tentativa, y la ubicación de elementos subjetivos, lo que produjo la idea atribuida a Hellmuth Von Weber (1929 y 1935) y Alexander Zu Dohna (1936), de que se pensare que el dolo, como voluntad del resultado debía estar ubicado en el tipo. Sin embargo, se dice que Weber seguía concibiendo una división bipartita aun cuando consideró al dolo en el tipo de injusto y una culpabilidad normativa, en tanto que Zu Dohna estimaba una división tripartita admitiendo un tipo objetivo (dentro de la antijuridicidad) y un tipo subjetivo (abarcado por la culpabilidad).

Finalmente con Hans Wezel (década de 1930), el tipo complejo se perfecciona con un aspecto objetivo y otro subjetivo, considerando como elementos del delito la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Según podemos observar, conforme a ese proceso de transformación respecto de la concepción del tipo (de objetivo a complejo) la esencia de la modificación en ese tramitar de la dogmática se reduce al desplazamiento del dolo y la culpa (aspectos subjetivos) considerados inicialmente como formas de culpabilidad (y por consiguiente dentro de ese elemento del delito), hasta ubicarse dentro del tipo, por tanto, a lo largo de este siglo la teoría del tipo ha enfrentado opiniones opuestas relativas precisamente a la diferente manera de considerar su contenido, es decir, los componentes que lo conforman³⁶

“Por más inmoral o antisocial que se considere cualquier hecho, sino se encuentra en un tipo penal, no será un delito; asimismo, se establece la

³⁶ Luna Castro... El Concepto de Tipo... ibidem, pp. 18 y 19

presunción de antijuridicidad, contra la cual se puede dar prueba en contrario, si estamos ante la concurrencia de una causa de justificación³⁷

La tipicidad no debe concretarse únicamente al elemento material porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto; salvo que el tipo requiera solamente el elemento objetivo.

Los elementos del tipo generalmente se clasifican en: objetivos, normativos y subjetivos; y de estas categorías se realizan distinciones dependiendo del punto de vista de la teoría que se ocupe de ello. Sin embargo se reconoce que el tipo penal, por tratarse de una descripción de conductas humanas, acude obligatoriamente a destacar sólo aquellas notas distintivas o características de las hipótesis que se pretenden prever como típicas, en virtud de que la captación absoluta de la realidad es imposible de encajar en la descripción de una norma. En la configuración de las descripciones típicas participan elementos de alcance diverso. En ocasiones el comportamiento injusto antijurídico que concretiza el tipo es puntualizado mediante la sola descripción de los elementos objetivos de la conducta tipificada; en otras, por medio de referencia expresa a la valoración normativa de dicha conducta; y otras más, mediante la especial apreciación de la proyección que surge desde lo más profundo de la voluntad del autor.

³⁷ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito. op. cit. p. 119

CATEGORÍAS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

- a) Elementos descriptivos u objetivos
- b) Normativos
- c) Subjetivos

Para la teoría causalista del delito el tipo se conforma esencialmente con elementos objetivos o descriptivos.

La ley, al establecer los tipos legales, se limita a dar una descripción objetiva, escueta o detallada. La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el ejemplo de un verbo principal, como es apoderarse, sustraer, etcétera. En el caso de la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, los verbos principales, por ser varias hipótesis son: obtener, conservar, utilizar, preparar y suministrar. Pero junto a este núcleo aparecen referencias al sujeto activo y pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar o la ocasión.

José Nieves Luna Castro señala que Jiménez de Asúa realiza una adecuación de ejemplos contenidos en el Código Penal Federal, en los que aplica tales consideraciones, a saber:

“En cuanto al sujeto activo, se exige en determinadas ocasiones una particular calidad en el autor: la de servidor público en los artículos 219 y 220; la calidad de mexicano en el delito de traición a la patria previsto por el artículo 123.

En cuanto al sujeto pasivo, también puede requerirse determinada calidad en él: como ocurre en el artículo 323, cuando se especifica la necesidad de que el

pasivo sea ascendiente consanguíneo del autor, por ejemplo, o bien hijo o cónyuge en los deberes de asistencia del numeral 336:

En cuanto al objeto, se exige por ejemplo que se trate de inmueble ajeno, inmueble propio o aguas, en las tres fracciones del despojo del artículo 395.

En cuanto al lugar, el artículo 286 exige que el ilícito (asalto) se realice en despoblado o en paraje solitario.

En lo referente al tiempo, el delito de espionaje, previsto en el artículo 127, especifica que la conducta del activo se realice “en tiempo de paz”

En cuanto a la ocasión, se cita la hipótesis prevista en la fracción III del artículo 214 que exige que el servidor público tenga conocimiento por razón de su empleo o cargo.

En cuanto a los medios, puede invocarse la violencia, amenaza o furtividad exigidos alternativamente en el citado despojo del artículo 345.³⁸

En relación a la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud: en la que se establece:

“al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos;”

Respecto de la fracción en estudio; podemos ver que en cuanto al objeto, se exige que se trate de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos. En cuanto a los medios se exige que la obtención, conservación,

³⁸ Luna Castro... El Concepto de Tipo... p.22 y 23

utilización, preparación o suministración de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos sea ILÍCITA.

Para los autores causalistas el tipo penal fundamentalmente contiene elementos descriptivos (objetivos), y esta concepción predominó en la teoría del delito a principios del siglo y entendiendo al tipo en la forma como lo hizo Beling. Pero, dentro de la propia apreciación causalista se admitió la evidente presencia de los elementos normativos, que son partes esenciales que con el movimiento corporal no están en relación de causalidad. Que la cosa sustraída sea ajena no está causado por el ladrón, la difusión del hecho falso es la obra del difamador, no la falsedad de los hechos. Por lo que respecta al tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud el que se trate de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, no está causado por el sujeto activo.

Para Beling no era admisible asignar a esta categoría de caracteres, el rango de elementos típicos independientes, en virtud de que a su concepción eminentemente descriptiva del tipo la exigencia de ajeneidad de la cosa, en el ejemplo del robo, no deja de ser una referencia jurídica a la conducta recogida en el tipo, es decir sigue tratándose de una simple descripción.

Bettioli considera que los elementos normativos implican una especial valoración judicial, fuera de la cual no existirían como elementos de hecho que pudieran ser tenidos en cuenta para la determinación de los aspectos característicos del tipo.

Echandía Reyes estima que esta clase de elementos corresponde a una concepción autoritaria del derecho penal, pues se produce un aumento del poder discrecional del juez, por lo que su admisión no puede ser de buen agrado en aquellos países con una concepción rígida de la libertad individual.³⁹

El jurista Francisco Pavón Vasconcelos considera que los elementos normativos son parte de la descripción típica y su denominación la reciben por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Considerándose que esa valoración resulta indispensable para lograr captar el sentido de la norma.⁴⁰

Respecto a los elementos normativos existen dos concepciones o divisiones de éstos, dependiendo del tipo de valoración que de ellos se realice, se catalogan como a) de contenido jurídico; o b) de valoración cultural o contenido extrajurídico.

Los elementos normativos de contenido jurídico se consideran como "verdaderos" elementos de valoración jurídica o normativos por implicar una relación específica a la antijuridicidad, en contraposición con aquellos que admiten una valoración de carácter cultural, ético o social. Los elementos normativos de valoración cultural o extrajurídica serán aquellos que requieran de apreciaciones dotadas de contenido ético o social, pero sin entenderse desde una perspectiva arbitraria o caprichosa del juzgador, sino con criterio objetivo, es decir según la idiosincracia de la comunidad.

³⁹ Echandía Reyes, Alfonso, Tipicidad, 6a. Edición, Ed Temis, Bogotá 1989 p. 91

⁴⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, Nociones de Derecho Penal Mexicano, parte general, México, 1964 Ed. Instituto de Ciencias Autónomas, p. 52

José Nieves Luna Castro al respecto señala: "Para Mezger toda expresión enmarcada en el tipo que exija del juez la búsqueda de su connotación o sentido real, constituye un aspecto normativo típico, lo que ha valido la crítica a tal concepción por estimar que, conforme a ella, se tendrían que aceptar como elementos normativos a infinidad de expresiones, lo cual en opinión de Jiménez Huerta, no resulta admisible pues de lo contrario habría que aceptar también la posición de Erik Wolf, para quien todos los elementos del tipo tienen carácter normativo por la inevitable valoración de que son objeto al mismo tiempo que la norma jurídica con la cual todos ellos al estar incluidos en el tipo entran en contacto. Asimismo, agrega el maestro Jiménez Huerta, habría que aceptar también la afirmación de Ernest Beling que es antagónica en el sentido de negar a los elementos normativos, aduciendo la idea de que a final de cuentas todo el contenido del tipo no deja de ser objeto de reglamentación descriptiva."⁴¹

No fue fácil el reconocimiento dentro del tipo de los elementos normativos, y menos aún lo fue respecto de los elementos subjetivos; estos últimos, si bien fueron admitidos dentro de este esquema por los causalistas, lo fue sin llegar a aceptar que entre ellos estuviera el dolo o la culpa como integradores típicos.

Ricardo Núñez se refiere a ellos como verdaderos momentos subjetivos enraizados en el tipo y cuya presencia se explica si nos detenemos a pensar en que la infinita variedad de matices que ostenta la psique humana hace necesario

⁴¹ Luna Castro, José Nieves, *El Concepto de Tipo Penal en México*, ob cit, pp. 26 y 27

destacar aquellos especiales subjetivos del actor cuya presencia nutre de ilicitud la conducta⁴²

Algunos autores estiman que puede considerarse a Carrara como "precursor de la doctrina de los elementos subjetivos del tipo, en cuanto afirmó que la estructuración del delito depende del diverso fin que el agente se haya propuesto. Sin embargo, Luna Castro, cita como opinión del Maestro Márquez Piñero, que aún cuando las valoraciones sobre dichos elementos fuesen de muy distinto modo, la difusión de tales elementos y su problemática tuvo lugar a partir de 1867 en que Merkel y Von Ihering los aludieron en relación con la antijuridicidad; se mencionan autores como Thon (1878), Hertz (1880), Loeffler (1901), Kolhrausch (1903), Von Femeck (1905), Graf Zu Dohna (1905), Fischer (1911), Nagler (1911), Hegler (1914), Meyer (1915), Mezger (1923), esto dentro de la concepción causalista.

"Uno de los que consideramos los mejores argumentos, para efectos de la ubicación de estos elementos, es el de Mezger cuando apartándose de la teoría tradicional alemana, se inclina en reconocer que su posición es en la tipicidad y no en la antijuridicidad, afirmando:

La teoría de los elementos subjetivos del injusto nos ha demostrado que éste depende en muchos casos de características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor; ahora bien como quiera que el tipo penal es sólo injusto especial,

⁴² Ricardo Núñez, Los elementos subjetivos del tipo penal, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1943, p. 11. Citado por Luna Castro.

tipificado, resulta que dichos elementos subjetivos del injusto, en tanto se refieren al injusto típico, forman parte del tipo como elementos subjetivos del mismo.”⁴³

Subsiste entre distintos autores la discusión sobre la naturaleza que corresponde a tales elementos, las posturas al respecto son:

- 1.- La que sostiene que pertenecen a la antijuridicidad (Max Ernest Mayer).
- 2.- La que los ubica en el ámbito de la culpabilidad (Goldschmidt).
- 3.- La que admite que los elementos subjetivos contengan referencias vinculadas tanto con la antijuridicidad como con la culpabilidad, dependiendo de los tipos en particular (eclectisismo).

“En México, Jiménez Huerta y Pavón Vasconcelos sostienen que los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo. Además, se destaca la importante característica distintiva de tales elementos para diferenciar a los llamados delitos de tendencia interna trascendente, respecto de aquellos que pudiesen admitir la integración culposa por incumplimiento de deberes de atención o cuidado.”⁴⁴

Dentro de la concepción causalista, la admisión de los elementos subjetivos ha sido siempre con la reserva relativa a considerar que tales aspectos, aunque subjetivos, son referencias a la tendencia o estado de conciencia del autor; pero completamente distintas al dolo o culpa. Hubo quien las denominó como dolo específico tratando de reforzar la postura de ubicarlas dentro de la culpabilidad.

⁴³ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem* p. 28.

⁴⁴ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem* p. 29

“...Esa distinción entre dolo genérico y dolo específico no nos parece aceptable, en tanto que el gran maestro Jiménez de Asúa reconoce el error de considerarlas ‘dolo específico’ aun cuando hagan referencia a propósitos o fines del autor.

En Colombia, Reyes Echandía hace también alusión a la forma en que su legislación persiste en aceptar esa distinción, que en ocasión da lugar a ‘redundantes’ referencias en el tipo a lo que en realidad conforma el dolo exigido en la parte general.”⁴⁵

De acuerdo a la concepción causalista existen diferencias entre el dolo y lo que se admite como elementos subjetivos del tipo, ajenos al dolo, toda vez que:

- 1.- En el dolo siempre se requiere un conocimiento sobre la ilicitud de la conducta, en tanto que a los elementos subjetivos en cuestión el conocimiento no siempre tiene que ver con la antijuridicidad.
- 2.- De faltar un elemento subjetivo, la conducta resulta atípica, pero si el que falta es el dolo entonces sería típica y antijurídica mas no culpable.

Ahora bien, al abordar el estudio de los componentes típicos desde el punto de vista de la teoría finalista, primeramente cabe hacer mención que durante la evolución de la teoría del delito la distinción entre ambas teorías no tenía el significado que hoy en día, sino hasta la década de los 30, en la que Hans Welzel rompió con el ya deteriorado esquema objetivo-subjetivo, llevando al dolo y la

⁴⁵ Luna Castro, José Nieves, El concepto de tipo penal en México *ibidem*, pp. 29 y 30

culpa como elementos subjetivos que son, al tipo, como lugar en el que se deben analizar y separándolos de la culpabilidad en donde hasta entonces el paradigma de la teoría tradicional los había contemplado.

“...En la concepción finalista se nutre en sus raíces de las aportaciones indudables, dentro de la dogmática, por parte de los clásicos y neoclásicos (Beling, Lizst, Frank, Mezger), así como de los llamados precursores del finalismo (Zu Dohna, Weber, Mayer), pero pasando cada vez más, de un esquema objetivista del injusto, a la llamada concepción compleja del tipo.”⁴⁶

En la teoría finalista respecto a la estructura o elementos del tipo, también encontramos el reconocimiento de las tres categorías de elementos: objetivos, normativos y subjetivos, sólo que el número y la forma de concebir a los de naturaleza subjetiva constituye distinción entre ambas consideraciones teóricas. De acuerdo con ello el tipo penal legal finalista cuenta con una estructura compuesta de:

a) Elementos objetivos, que pueden ser: descriptivos, detectables por los sentidos y, normativos, en los que se requiere de un juicio de valor. Dentro de este grupo podemos enlistar los siguientes:

- 1.- Acción de realización.
- 2.- Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
- 3.- Especiales medios o formas de realización (no siempre se exigen).
- 4.- Modalidades de lugar, tiempo y ocasión.
- 5.- Nexo causal.
- 6.- Objeto material.
- 7.- Sujetos activos (número y calidad de sujeto) y pasivos (número y calidad)

⁴⁶ Luna Castro, José Nieves, El concepto de tipo penal en México, ibidem p.31

b) Elementos subjetivos, para la teoría finalista dentro de los elementos subjetivos del tipo se encuentran el dolo o la culpa, según corresponda, en consecuencia como elementos subjetivos se enlistan los siguientes:

1.- Dolo o culpa

2.- Elementos subjetivos del autor diferentes del dolo, tales como propósitos, intenciones, ánimos.

Conforme a esta teoría el dolo se concibe como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo.

Los elementos subjetivos, considerados como parte del injusto, fueron reconocidos paulatinamente en la medida que se provocaba el resquebrajamiento del esquema objetivo-subjetivo del delito, atribuyéndose a Fischer y Hegler en 1911, la incursión primera de dichos elementos en el ámbito penal y, particularmente, dentro de la teoría del delito, sin embargo, la concepción que sirve de base a la teoría finalista, surgió con los propios protagonistas de la evolución dogmática, es decir, con los autores finalistas empezando por el creador de la teoría, el autor germano Hans Welzel, seguido y aun criticado o superado, por Maurach, Kaufman, Busch, Nise, Jescheck, Roxin, Jakobs.⁴⁷

“Dentro de esta idea finalista, los elementos descriptivos (objetivos), se definen como aquellos que pueden ser comprendidos sólo con su percepción por los sentidos, como es el caso de la utilización de expresiones: motor-bosque-mujer.”⁴⁸

⁴⁷ Jiménez de Asúa; Tratado de Derecho Penal, tomo III, Ed. Lozada, Buenos Aires, 1958; pp.827 a 830

⁴⁸ Luna Castro, José Nieves, El concepto de tipo penal en México, ob. cit.,

Por lo que respecta a los elementos normativos Reinhard Maurach los define como aquellos que sólo pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo y señala que el tipo posee características normativas cuando se asigna al juez, expresa o tácitamente, la labor de llevar valorativamente determinados términos con ayuda de los métodos de interpretación disponibles.⁴⁹

Para los finalistas los elementos subjetivos son indispensables para la integración del tipo en su aspecto subjetivo que se compone fundamentalmente del dolo, junto al cual pueden concurrir a su vez, otros elementos subjetivos, dependiendo de la estructura particular de cada tipo.

“Por lo que ve a la estructura del tipo penal (elementos) de conformidad con la concepción lógico-matemática, es de señalarse la particular e interesante manera de descomponer la estructura o concepción tradicional del delito, de lo que resulta una perspectiva totalmente diversa conforme a la cual un hecho concreto y temporal, adecuado a un tipo legal (de manera exacta) sólo es reprochable a su autor ‘en función de una específica desvaloración determinada por el ejercicio de la libertad psicológica y los reductores de este ejercicio’⁵⁰

De acuerdo con esta postura la tipicidad constituye un presupuesto del delito, adecuado a un tipo a través de los antecedentes fácticos siguientes:

1.- Deber jurídico penal típico.

⁴⁹ Daza Gómez, Carlos, Teoría General del Delito, Cárdenas Editor, México 1997 p.79

⁵⁰ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, ob. cit, pp. 33 y 34

2.- Bien jurídico típico.

3.-Sujeto activo típico:

a) Voluntabilidad.

b) Imputabilidad.

c) Calidad de garante.

d) Calidad específica.

e) Pluralidad específica.

4.- Sujeto pasivo típico:

a) Calidad específica.

b) Pluralidad específica

5.- Objeto material típico.

Los presupuestos del delito, considerados en el plano de la realidad fáctica, se deben adecuar a los llamados subconjuntos del tipo legal, de los cuales se recibe la denominación y determinación de contenido, de tal suerte que si esa adecuación entre los presupuestos del delito y los llamados subconjuntos no se satisface se estará frente al aspecto negativo de la tipicidad. Estos subconjuntos son:

1. Deber jurídico penal típico.

2. Bien jurídico típico

3. Sujeto activo típico

4. Sujeto pasivo típico

5. Objeto material típico

También se considera que los elementos del delito constituyen también subconjuntos, siendo los siguientes:

1. Kernel o conducta típica, integrada por:
 - a) Conducta, constituida a su vez por voluntad dolosa o voluntad culposa; actividad o inactividad.
 - b) Resultado material, y por tanto, nexa causal o nexa normativo.
 - c) Modalidades: Medios de comisión y/o referencias temporales
2. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico, típicos.
3. Violaciones del deber jurídico penal, típico.
4. Culpabilidad.

Se observa que el llamado modelo lógico-matemático se funda en la realización de observaciones críticas respecto de algunos elementos que tradicionalmente se han venido considerando dentro del tipo y de conformación o naturaleza distinta. Los seguidores del modelo Lógico-matemático afirman que los elementos normativos carecen de substancia propia, de autonomía o son simples adjetivaciones alrededor de otros elementos del tipo o bien son constitutivos de la antijuridicidad que, para ellos, forma parte del tipo bajo el rubro de Violación del Deber Jurídico Penal.

Se considera que la parte subjetiva del tipo independientemente de su extensión, en todos los casos termina por identificarse con el dolo, por lo que se desestiman los elementos subjetivos.

La sistemática lógico-matemática concibe tipos tanto descriptivos como valorativos, mientras que desde otro punto de vista, los elementos del tipo pueden clasificarse en objetivos y subjetivos, reunidos en ocho subconjuntos, a saber:

1. Deber jurídico penal.
2. Bien jurídico
3. Sujeto activo
4. Sujeto pasivo
5. Objeto material
6. Kernel o conducta típica
7. Lesión del bien jurídico o su puesta en peligro
8. Violación del deber jurídico penal.

“Resulta evidente la existencia de diferencias substanciales entre las distintas formas de concebir la estructura del tipo, dependiendo, según se advierte, de la sistemática que se siga y si bien hemos anotado aquí las diversas perspectivas, atendiendo únicamente a las concepciones teóricas mayormente involucradas hasta el momento, por ser las más conocidas, entre nosotros (obviamente en muy distintas proporciones), ello de ningún modo debe llevarnos a pensar que son las únicas formas de concebir la estructura o composición del tipo penal, pues suponer tal cosa resultaría demasiado pretencioso, habida cuenta que, tratándose de un concepto que desde su surgimiento hasta nuestros días, ha sido objeto de múltiples y variadas concepciones, explicaciones o definiciones, referentes tanto a su naturaleza, función, estructura o contenido, debemos sin duda reconocerlo como un concepto plurívoco, respecto del cual, no puede afirmarse que todo este dicho o, es decir, que se haya expuesto la última palabra, pues aún los mismos seguidores del finalismo (Radbruch, Kaufmann, Maurach, Achenbach, Jescheck, Roxin, Jakobs, entre otros), han elaborado concepciones

que, si bien parten en su mayoría de la concepción ontológica finalista de Hans Welzel, derivan en postulados diversos dando lugar a un neofinalismo o finalismo moderno o actualizado que permite el surgimiento de la postura denominada funcionalismo, doctrina en la que se considera como máximo expositor a Claus Roxin.⁵¹

“En consecuencia, creemos que no debe haber dificultad para asentir la afirmación de que la estructura del tipo penal, se insiste, dependerá del esquema teórico que se adopte y que las posiciones doctrinales al respecto han evolucionado y lo siguen haciendo, de tal suerte que ningún doctrinista al respecto han evolucionado y lo siguen haciendo, de tal suerte que ningún doctrinista puede sostener que la utilización del concepto tipo, por sí sola, implique forzosamente la referencia a un contenido único y determinado, con filiación o vinculación específica respecto de alguna teoría dogmática en particular, pues puede adoptarse un contenido congruente con los postulados de cualquiera de ellas, empero la elección del sistema a seguir en cada caso de emisión legislativa de orden penal, corresponde exclusivamente al órgano creador de la ley (*lege lata*), y no a los doctrinistas que, solamente conforman sus posiciones teóricas con base en ella (*lege ferenda*).”⁵²

El contenido del tipo penal dependerá, en cuanto a su estructura o forma de composición, de las diversas concepciones teóricas que respecto de él se realicen, y que a lo largo de la historia evolutiva han surgido. Hemos abordado el

⁵¹ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem*, pp. 37 y 38

⁵² Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem*, p. 39

tema atendiendo a las distintas escuelas o teorías sobresalientes como lo son la teoría causalista y finalista, así como la concepción lógico-matemática.

La forma totalmente descriptiva de comprender el tipo, hemos apuntado, es producto de la obra de Beling, quien en su primera concepción lo expone como instrumento que entendido formalmente sirve para describir en abstracto los elementos materiales necesarios, que caracterizan a cada especie del delito. Esta forma descriptiva puede identificarse a la postura ahora llamada tradicional o causalista "clásica", pues dentro del llamado causalismo se distingue una concepción clásica respecto de otra denominada neoclásica. Para esta misma faceta inicial de la teoría, la tipicidad viene a ser simple adecuación de la conducta suscitada en el mundo real, con la descripción que de ella se hace únicamente en cuanto su aspecto externo, sin ningún tipo de contenido normativo o subjetivo. Lo que interesa es sólo constatar el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es descriptiva y objetiva.

En la concepción conocida como neoclásica (dentro del causalismo), atribuida a Reinhard Frank, se habla ya del tipo de injusto y por ende de la comprensión inicial, de mera función descriptiva despojada de toda valoración, se pasa aceptar dentro del tipo la presencia de elementos normativos y los llamados subjetivos del injusto, aunque esto de manera excepcional.

Para el causalismo, en cualquiera de sus dos facetas, la existencia de componentes normativos y subjetivos (por supuesto, ajenos al dolo) es sólo excepcional de tal manera que el dolo y la culpa son especies de culpabilidad, es decir de ninguna manera se admite al dolo y la culpa como aspectos integradores

del tipo, independientemente de que durante el periodo clásico se afirmara un concepto psicologista de culpabilidad (vinculación psicológica entre el autor y su hecho), en tanto que en el neoclásico se aceptó ya un concepto normativo (juicio de reproche).

En conclusión el causalismo no acepta la ubicación del dolo y de la culpa, según el caso, dentro del tipo y por lo tanto el contenido de la voluntad se considera escindido de su manifestación externa, de tal suerte que la finalidad sólo trasciende para la comprobación del dolo como parte de la culpabilidad. Dolo que se entiende como conocimiento y voluntad pero dentro de él se exige también el conocimiento de la antijuridicidad. Esto produce diversas consecuencias sistemáticas, por ejemplo la imposibilidad de hablar de error de tipo por ausencia de dolo ante la falta de conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo, como sí ocurre conforme a la teoría finalista. Destaca el hecho de que aun ante la ausencia del dolo, la conducta válidamente se conceptúa como típica y antijurídica, pues en todo caso la ausencia de ese elemento sólo produciría una causa de inculpabilidad.

“...El causalismo, aun admitiendo la presencia de elementos normativos y subjetivos del injusto (entendidos éstos como ánimos, intenciones o propósitos específicos distintos del dolo) jamás ha aceptado que el tipo tenga el alcance o dimensión subjetiva pretendida por el finalismo, particularmente por la introducción del dolo y la culpa a nivel de tipo.”⁵³

⁵³ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem*, p. 42

Para el causalismo la estructura del tipo es más reducida que la considerada por otras teorías; la base de su conformación se encuentra en el esquema objetivista aun cuando se puede advertir una tendencia a la admisión paulatina de un mayor número de componentes normativos y subjetivos, sin llegar nunca a admitir el dolo o la culpa. En la posición clásica el tipo es meramente descriptivo correspondiendo en esencia al inicial significado de *corpus delicti*, y en su culminación se conciben dentro de él los llamados elementos subjetivos del injusto como casos excepcionales distintivos de aquellos ilícitos calificados como tendencia interna trascendente (posición neoclásica).

No obstante la variación de criterios (aun dentro del propio sistema causalista) puede decirse que conforme al mismo es de aceptarse la posible presencia de las siguientes clases de elementos:

De carácter esencial:

- a) Conducta entendida como movimiento corporal externo y voluntario (sin importar el contenido de esa voluntad), o en su caso, la voluntaria omisión de realizar una acción debida.
- b) El resultado producido en el mundo fenoménico y traducido en una lesión de bienes jurídicos o en su defecto su puesta en peligro.
- c) Relación de causalidad entre acción y resultado.

Además de manera eventual el tipo puede exigir:

- a) Cualidades y pluralidad específicas del sujeto activo.
- b) Cualidades y pluralidad referentes al sujeto pasivo.
- c) Relación de causalidad entre acción y resultado.

Además, de manera eventual el tipo puede exigir:

- a) Cualidades y pluralidades específicas del sujeto activo.
- b) Cualidades y pluralidades referentes al sujeto pasivo.
- c) Modalidades de tiempo, lugar u ocasión.
- d) Referencias o medios especiales de comisión.
- e) Características del objeto material.
- f) Elementos de valoración (normativos).
- g) Referencias especiales de antijuridicidad.
- h) Elementos subjetivos del injusto (distintos al dolo o culpa)

“...estimamos que para la escuela causalista se concibe el tipo penal como estructura intrasistemática.”⁵⁴

Respecto de la **TEORIA FINALISTA**, ésta comprende a la figura del tipo penal particularmente con un contenido subjetivo de mayor dimensión y es por lo que se parte de la afirmación referente a que todo ordenamiento jurídico-penal debe describir objetivamente la conducta que prohíbe, concretando sus disposiciones mediante la especificación de la llamada materia de la prohibición, a fin de satisfacer las exigencias del principio *nulla poena sine lege*, de tal manera que, no obstante las características de generalidad, abstracción e impersonalidad de la ley, debe posibilitarse al ciudadano el saber que es lo que debe hacer u omitir, y al juez lo que debe castigar. Para lograr lo anterior, según los finalistas, en esa descripción debe abarcarse todos aquellos elementos que fundamenten el contenido del injusto y sentido de la prohibición o prescripción de deberes,

⁵⁴ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem* p.43

incluyendo tanto elementos objetivos, como normativos y subjetivos, dentro de estos últimos considerando, según el caso, el dolo o la culpa, igualmente deben comprenderse también los objetivos, circunstancias relevantes de la acción y el grado de realización del hecho injusto. Por lo que se considera al tipo penal como un factor imprescindible para alcanzar la premisa *nullum crimen sine lege*, pero abarcando la descripción de una conducta entendida desde una perspectiva óntico-ontológica, es decir respetando las llamadas estructuras lógico-objetivas, es decir, el legislador no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógico-objetivas en la materia de su regulación. Como tales estructuras deben estimarse: el concepto ontológico de la conducta humana. La acción entendida como el ejercicio de una actividad finalista. La imprescindible presencia del contenido finalista de la voluntad dentro de la estructura de la acción humana. La afirmación de que la conducta no es una simple suma de elementos, sino la dirección del curso causal por parte de la voluntad humana. También se menciona la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad que conlleva a la obligada consecuencia de reconocer la relevancia al error de prohibición. En consecuencia el dolo y la culpa no deben verse como formas de culpabilidad, sino como elementos de la conducta típica.

El dolo conceptualizado por esta teoría no contiene como componente el conocimiento de la antijuridicidad, pues tal conciencia se sigue estimando como elemento de la culpabilidad o presupuesto del correspondiente juicio de reproche, por lo que a este dolo se le concibe como abstracto, como conciencia del hecho y resolución al hecho ("dolo de tipo").

“Maurach señalado como el máximo seguidor de Welzel, realiza diversas consideraciones en torno a su concepción finalista del tipo, de las que se puede sintetizar, lo siguiente:

a) El dolo como elemento del tipo corresponde con la voluntad de acción, en los delitos dolosos. La voluntad es un hecho o realidad natural y el dolo, por tanto, es “natural”.

Por consiguiente, obran con ese “dolo natural” quienes no actúan de manera culpable (niños, enfermos mentales o los que se encuentran en situación de embriaguez) de manera que respecto de ellos también puede distinguirse entre hechos dolosos y no dolosos, dando lugar a la posibilidad de aplicar medidas de seguridad.

b) El dolo, de acuerdo con el finalismo, comprende y se limita al tipo objetivo del delito en cuestión. Luego resulta indispensable pero a la vez suficiente que el autor conozca las circunstancias objetivas de la descripción típica, pero no se necesita la consciencia de la antijuridicidad del hecho. El dolo no es *dolus malus*, sino *dolus naturalis*, o dolo neutro.⁵⁵

Para la teoría finalista tampoco se requiere del conocimiento efectivo y actual del injusto, sino que basta con el llamado conocimiento potencial del mismo; el autor ya ha obrado de modo culpable tan sólo si tenía la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su hecho, y no importa si la conoció en realidad.

⁵⁵ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem* p.46

“Córdoba Roda apunta que la sistemática finalista produce cambios notables en relación con la problemática de la culpabilidad, destacando lo siguiente:

a) La concepción de la acción como ‘ejercicio de la actividad humana’ deriva, lógicamente, en la inclusión del dolo en el tipo, entendiendo al dolo como el conocimiento y la voluntad de realizar el hecho típico.

b) La consideración del delito culposo como una particular forma de infracción, merecedora de un estudio sistemático propio e independiente.

Por ello, dan lugar a que la culpabilidad, en la doctrina finalista, adquiera un nuevo contenido.

La culpabilidad (agrega Córdoba Roda) sigue siendo definida como el juicio de reproche personal, que se formula al agente, por haber realizado una acción antijurídica a pesar de haber podido actuar de modo distinto; pero la relación de requisitos, exigidos para tal juicio, sufre una modificación.

En términos generales, dichos requisitos son:

- A) la imputabilidad del agente;
- B) El conocimiento de la significación antijurídica del acto como exigencia intelectual distinta o la representación de la realización del hecho típico, o más exactamente, de la parte objetiva de un tal hecho, y
- C) La ausencia de causas de inculpabilidad.

También se destaca que la teoría finalista define a la culpabilidad de modo coincidente con la concepción normativa en su configuración inicial.

Siguiendo las palabras del doctor Márquez Piñero diremos que, en esencia el tipo finalista, se encuentra estructurado con arreglo a una doble pareja de

elementos contrarios, que se entrecruzan entre sí, a saber: los objetivos-subjetivos y los correspondientes al acto del autor.

En consecuencia, el tipo objetivo del injusto comprende:

A) Los elementos objetivos del acto, integrados ante todo por la acción de ejecución con la correspondiente lesión del bien jurídico (en cuanto esta última pertenezca al tipo), así como por los demás medios y formas de ejecución, y las restantes modalidades de la acción.

B) Los elementos objetivos del autor.

En cambio, el tipo subjetivo del injusto, a su vez, comprende:

A) El dolo (como el momento del dominio final sobre el acto).

B) Los elementos subjetivos del autor, es decir, las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor.

También se sostiene que no se trata de un simple cambio de nomenclatura entre error de hecho y de derecho (de los causalistas), y el error del tipo y de prohibición (de los finalistas); así, el error de tipo no sólo recae sobre los elementos objetivos descriptivos, sino también sobre los elementos objetivos normativos; y el error de prohibición no sólo recae sobre la conciencia de antijuridicidad, o sea sobre circunstancias jurídicas, sino también sobre elementos fácticos, lo que significa que el error de prohibición tiene una amplitud mayor que el error de derecho que (para algunos causalistas) incluso carece de relevancia jurídica. En cambio, el error de prohibición finalista si la tiene, y si es vencible sólo

disminuye la intensidad del juicio de reproche, y si es invencible lo hace desaparecer.”⁵⁶

Por lo que respecta a los delitos culposos, la teoría finalista asume la postura de que en ellos se compara precisamente la dirección finalista de la acción realizada con la dirección finalista exigida por el derecho. En tales casos se analiza la forma de ejecución del acto, la dirección concreta de la acción final, en cuanto esta dirección se compara con una conducta social modelo, que está orientada a evitar los resultados intolerables socialmente, en consecuencia la tipicidad resulta de la contravención al deber de cuidado correspondiente relativo al caso particular.

“... en los tipos culposos la reprochabilidad es de las consecuencias no finalistas de acciones finalistas, de lo que se sigue que mientras los tipos de los delitos dolosos se ocupan en las consecuencias de la acción provocadas finalísticamente, los tipos de los delitos culposos regulan el significado penal de las consecuencias no finalistas de la acción finalista.

Por tanto como lo cita Márquez Piñero, Welzen concluye afirmando: que, en los delitos culposos, las consecuencias producidas finalísticamente nada significan frente al tipo; únicamente son relevantes las consecuencias no finalistas. De esta manera, la acción culposa (imprudente), es una acción finalista, respecto a la cual el tipo regula el significado penal de las consecuencias no finalistas. Frente a los

⁵⁶ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem* pp. 48 y 49

tipos finalistas de los delitos dolosos, el tipo de los delitos culposos radica en una lesión puramente causal de los bienes jurídicos.”⁵⁷

El derecho impone al sujeto que realiza una actividad, un deber objetivo en orden a una determinada pretensión finalista. Solamente son típicamente antijurídicas, respecto de los tipos delictivos culposos, las acciones que, como consecuencia de la no observancia de este deber objetivo de cuidado, son productoras de lesiones de los bienes jurídicos.

“... ha de insistirse, la diferencia fundamental entre causalismo y finalismo parte de la concepción óntico-ontológica de la conducta, sostenida en el ámbito de la teoría del delito por Hans Welzen, en Alemania, en la década de los treinta del siglo XX, derivando de tal concepción la afirmación, por parte del finalismo, en el sentido de que todos los tipos penales contienen en su estructura elementos objetivos y subjetivos, dentro de estos últimos, el primero será el dolo en los delitos dolosos y la culpa en los delitos culposos, además, en su caso, de los llamados elementos subjetivos del injusto.”⁵⁸

Para el finalismo el tipo penal además de ser fundamental a la función de garantía *nullum crimen sine lege* contiene como elemento subjetivo permanente al dolo o la culpa, según se trate de delito doloso o culposos.

⁵⁷ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem* pp. 50 y 51

⁵⁸ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem* p.51

La llamada concepción LÓGICO-MATEMÁTICA surgió en nuestro país en 1966, a instancia de Olga Islas y Elpidio Ramírez, quienes reubican el tipo penal en el sitio que para su estudio, dicen, le corresponde, siendo éste en la teoría de la ley penal, lugar donde consideran también debe ubicarse a la punibilidad.

“La descripción de la conducta (tipo) y la descripción de la amenaza (punibilidad) constituyen partes fundamentales de la norma y la existencia de ésta es un presupuesto o, antecedente del delito, por consiguiente, deben formar parte del objeto de conocimiento de la teoría de la norma.

Los referidos autores estiman que de esa manera se superan ‘los dos absurdos’ de las sistemáticas ‘dominantes’, pues, según dicen, en primer término una teoría de la ley penal sin contener el estudio del tipo y la punibilidad que le deben ser propias, viene a ser una teoría de la ley penal, sin ley penal, sin norma penal. Por otra parte, siguen diciendo, se evita así la errónea mezcla de conceptos heterogéneos dentro de la teoría del delito al separar aspectos de corte normativo, de otros del mundo fenoménico o fáctico.”⁵⁹

Se afirma que sólo de esa manera se cumple con el principio de legalidad contenido en los artículos 14 constitucional y 7 del Código Penal Federal en virtud de que se satura una secuencia fáctica y jurídica que da como resultado la existencia del delito, lo cual sólo ocurre cuando se logra satisfacer la adecuación precisa entre el evento antisocial (aspecto fáctico) y la norma penal (descripción típica y punible). De lo que se desprende que existen normas penales de

⁵⁹ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem* p.53

consumación y de tentativa y, por tanto, delitos de consumación o tentados, advirtiéndose por ello la necesidad de realizar una explicación teórica a dos niveles diferentes:

- a) la teoría de las normas penales correspondiente al estudio de las leyes o disposiciones tanto de consumación como de tentativa;
- b) la explicación de los delitos (de tentativa o consumados) corresponde, en cambio, a la teoría del delito.

Conforme a lo anterior un hecho o acontecimiento sólo será constitutivo de delito cuando se califica de típico, es decir cuando hay tipicidad, entendiéndose por ésta, la correspondencia de uno a uno entre los elementos del tipo legal y los llamados contenidos del delito, lo que se traduce en la exigencia de que para cada elemento del tipo debe actualizarse, en estricta relación de correspondencia, una circunstancia, parte o porción del hecho que llene las exigencias semánticas de la descripción típica correspondiente.

Según esta postura la observación del hecho constitutivo de delito permite darse cuenta de que, una parte de su contenido, surge al tiempo de la realización de la conducta (acción u omisión), pero otro sector de ese contenido, se dice, ya existía en el mundo real antes de que tal comportamiento tuviera lugar.

“... señala el doctor Márquez Piñero, en cita a la doctora Islas, que el contenido derivado de la conducta puede revestir las propiedades de ser lesivo del bien o violatorio del deber o reprochable a su autor. Además a ese contenido que surge con la conducta se le denomina 'elementos del delito', mientras que al preexistente o previo a la realización de la conducta se le considera como

'presupuestos del delito', los cuales de acuerdo con a (sic) doctora Islas son dos: "tipicidad" y "atipicidad".

Tocante a lo anterior, debemos externar nuestra opinión en el sentido de que no creemos correcto sostener que la tipicidad o atipicidad puedan considerarse 'presupuestos del delito', pues si bien la tipicidad es elemento de aquél, al grado de que si el hecho o acontecimiento (conducta) no tiene la característica de ser típico, esto es, si no se da la tipicidad no puede constatar la ilicitud del comportamiento, ello de ningún modo autoriza a estimar que sea un presupuesto, ya que, si como la gran mayoría de doctrinas coinciden en señalar que la tipicidad es esa peculiaridad de correspondencia entre el hecho y la descripción típica, producto de la realización con resultados positivos, es obvio que si tal constatación recae sobre el hecho materia de calificación, no puede decirse entonces que sea presupuesto o de existencia previa a ese mismo evento. Consideramos en cambio, que se trata de un problema terminológico, pues en todo caso, si la teoría del modelo lógico, a lo que se está tratando de referir es al sector de 'contenido del delito' con existencia en el mundo fenoménico previa a la realización de la conducta, debe entonces utilizarse la voz tipificación que comprendería la acción y efecto de la creación de la norma penal virtud a la descripción plasmada de la ley (tipo legal y punibilidad o conminación penal) en cuya función puede exigirse la contemplación de aspectos imprescindibles a la norma punitiva tales como deber jurídico penal, precisión de bien jurídico, sujetos, calidad, pluralidad y objeto."⁶⁰

⁶⁰ Luna Castro, José Nieves; El concepto de tipo penal en México, *ibidem* pp. 55 y 56

El hecho de que la afirmación de la tipicidad o su ausencia (atipicidad) sólo se puedan obtener como producto del referido juicio de comparación entre el tipo creado (tipificación) y el hecho acaecido posteriormente en la realidad, presenta una imposibilidad lógica para admitir la idea de que la tipicidad o atipicidad sean estimadas como “presupuestos del delito”.

El llamado modelo lógico-matemático, considera cinco subconjuntos del tipo legal, a saber:

- 1.- deber jurídico penal típico
- 2.- bien jurídico típico
- 3.- sujeto activo típico
- 4.- sujeto pasivo
- 5.- objeto material típico

En atención a lo citado las hipótesis de atipicidad se presentarán precisamente por la ausencia de cualquiera de los aludidos subconjuntos. De igual forma los contenidos del delito surgido con motivo de la conducta o “elementos del delito” se consideran como subconjuntos diversos y son:

- 1.- Kernel (conducta dolosa o culposa, activa o inactiva)
- 2.- Lesión o puesta en peligro
- 3.- Violación del deber jurídico; y
- 4.- Culpabilidad.

De la estructuración del tipo penal conforme al modelo lógico-matemático resulta una forma distinta de analizar desde un punto de vista crítico algunos conceptos considerados como tradicionales, de tal suerte que representa una muy distinta forma de conceptualización típica y en general del delito. Su denominación

proviene de la metodología empleada para su desarrollo, se afirma, corresponde precisamente al cálculo de primer nivel y la lógica formal mediante la distinción de niveles de lenguaje. Esta concepción teórica es una aportación netamente genuina de la ciencia jurídico-penal mexicana de innegable seriedad y originalidad, que se encuentra aún en fase de perfeccionamiento y de construcción.

Tomando en cuenta lo que se ha venido desarrollando en el presente punto, podemos estimar que el concepto tipo, dentro de la dogmática jurídico-penal, ha sido objeto de múltiples y diversas opiniones, desarrolladas éstas a lo largo de la historia de la citada dogmática y como consecuencia de las renovadas aportaciones de los diversos doctrinistas y conformaciones de derecho positivo que han hecho referencia al concepto.

La tipicidad en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud se dará cuando la conducta realizada encuadre en la descripción legal; tal sería el caso en el que una persona obtuviera, conservara, utilizara, preparara o suministrara órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos.

2.2.4 **AUSENCIA DE TIPO Y ATIPICIDAD EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.**

La atipicidad es el aspecto negativo de la tipicidad, y es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es necesario precisar que la ausencia de tipo es distinta a la ausencia o falta de tipicidad, en la ausencia de tipo no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal; y en la ausencia de tipicidad la descripción existe pero no hay conformidad o adecuación al tipo. Al respecto la Suprema Corte Justicia de la Nación ha determinado:

“TIPICIDAD Y AUSENCIA DEL TIPO. Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad (aspecto negativo del delito) y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencia temporales o especiales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley.

Amparo directo 4794/53. Guillermo Jiménez Munguía. 21 de abril de 1959. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne. Secretario: Francisco H. Pavón Vasconcelos.”⁶¹

Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en una norma penal, por lo que la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley.

Estaremos ante la ausencia de tipo en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud cuando no se realice en forma ilícita la obtención conservación,

⁶¹ Informe Judicial 1959, p.66

utilización, preparación o suministración de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos. Si se realiza una conducta que no se encuadre en la descripción legal señalada en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud se presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de cierta conducta no descrita en la fracción aludida. Por ejemplo, que se pretendiera ejercitar acción penal en contra de una persona que en forma ilícita haya **observado** un feto de ser humano; evidentemente estamos ante la ausencia de tipo en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud; en virtud de que dicho precepto no describe la conducta que realiza una persona al observar ilícitamente un feto de ser humano.

En cuanto a la atipicidad Jiménez de Asúa manifiesta:

“Ha de afirmarse, pues, que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos:

- a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos, distintas son también las hipótesis que pueden concebirse (atipicidad, propiamente dicha);
- b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica (ausencia de tipicidad, en sentido estricto)⁶²

“...Si la tipicidad consiste en la conformidad al tipo y éste puede contener uno o varios elementos, la atipicidad existirá cuando no haya adecuación al mismo, es decir, cuando no se integre el elemento o elementos del tipo descrito

⁶² Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, III, Ed. Lozada, S.A., Buenos Aires, 1963 p.940

por la norma, pudiéndose dar el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber adecuación a uno o más elementos del tipo pero no a todos los que el mismo tipo requiere.

Por otra parte si la tipicidad consistiera en todos los casos, en la adecuación de la conducta o hecho descrita por el tipo, en caso de un sujeto que realizara la cópula, cometería simultáneamente violación, estupro e incesto, pues habría en todos esos casos adecuación de la conducta descrita en cada uno de esos tipos.⁶³

“...Para Edmundo Mezger, pueden concurrir circunstancias conforme a las cuales es de antemano imposible la realización del tipo del delito, siendo las siguientes:

- a) Cuando falte el sujeto que la ley exige.
- b) Cuando falte el objeto que la ley exige.
- c) Cuando falte el medio de ejecución especialmente exigido por la ley.
- d) Cuando falte la referencia local o espacial exigida por la ley.
- e) Cuando falte una referencia de otra índole, exigida especialmente por la ley.

Para Jiménez de Asúa, la tipicidad se dará cuando exista:

1. Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo.
2. Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto.

⁶³ Porte Petit Candandaup, Celestino, Apuntamientos... Op, cit, p. 368

3. Ausencia de adecuación típica por falta de las referencias temporales o espaciales.

4. Ausencia de adecuación típica por falta del medio previsto.

5. Ausencia de adecuación típica por carencia de los elementos subjetivos del injusto.

6. Ausencia de adecuación típica por carencia de elementos normativos.⁶⁴

Podemos decir que para encontrar las atipicidades, se deben señalar los elementos negativos del tipo penal, siendo los siguientes:

1. Ausencia del presupuesto de la conducta.
2. Ausencia de la calidad del sujeto activo exigido en el tipo.
3. Ausencia de la calidad del sujeto pasivo exigido por el tipo
4. Ausencia del objeto jurídico
5. Ausencia del objeto material
6. Ausencia de las modalidades de conducta
 - a) de referencias temporales
 - b) de referencias espaciales
 - c) de referencia a otro hecho punible
 - d) de referencia a otra índole exigida por el tipo
 - e) de los medios empleados
7. Ausencia del elemento normativo
8. Ausencia del elemento subjetivo del injusto.

“Es obligado conocer cuáles son las consecuencias que se producen cuando existe una atipicidad. A este respecto, es posible señalar en tres hipótesis los efectos de la misma.

- a) No integración del tipo.
- b) Existencia de otro delito.
- c) Existencia de un delito imposible.

Se da la no integración del tipo, por ejemplo, cuando falte alguno de los elementos del estupro: que la mujer sea mayor de 18 años; que no haya engaño.

Estamos frente a la traslación de tipo, o sea, a la existencia de otro delito, como en el caso de que falte la relación de parentesco exigida por el tipo, dándose un homicidio.

Se presenta una tentativa imposible, cuando falta por ejemplo, el bien jurídico: la vida, o bien el objeto material. El que dispara sobre un individuo, el cual se encontraba muerto (falta de objeto jurídico), o bien quien dispara sobre un objeto creyendo que es un sujeto (falta de objeto material).⁶⁵

Los elementos negativos del tipo penal descrito en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, son los siguientes:

1. Ausencia del presupuesto de la conducta; se daría en el supuesto de que una persona no se hubiera llevado a cabo la conducta descrita en la fracción I del artículo 462 de la Ley general de Salud, es decir que no hubiera obtenido,

⁶⁴ López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito, ob. cit., pp.141 y 142

⁶⁵ Porte Petit Candaudap, Celestino; Apuntamientos de la parte General... ob, cit pp. 370 y 371

conservado, utilizado, preparado o suministrado órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos.

2. Ausencia de la calidad del sujeto activo exigido en el tipo. Es claro ver que en el tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, se requiere que el sujeto activo sea la persona humana. Se observa que esta fracción inicia su redacción señalando "al que..." lo cual significa que cualquier persona, independientemente de que tenga parentesco o no con el sujeto pasivo, de su cargo, profesión u oficio puede cometer alguna de las conductas descritas en dicho precepto.

3. Ausencia de la calidad del sujeto pasivo exigido en el tipo. Asimismo en el tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, no se requiere por el tipo calidad del sujeto pasivo, en el ser humano es sobre quien recaen todos los actos materiales utilizados en la realización del ilícito, éste es el sujeto pasivo y titular del derecho dañado o puesto en peligro para el caso de la tentativa. En cuanto a órganos, tejidos y sus componentes de cadáveres los sujetos pasivos serán los familiares por ser ellos los titulares del bien jurídico tutelado; el sujeto pasivo será el titular del derecho dañado o puesto en peligro, por lo que en el supuesto de que un banco de órganos, tejidos y sus componentes o de cadáveres u otra persona jurídico colectiva fuera titular de los derechos sobre los órganos, tejidos y sus componentes o de cadáveres, ésta sería el sujeto pasivo. En el caso de que se trate de un cadáver que no pertenezca a una persona jurídico colectiva, sino a particulares, los sujetos pasivos serán los familiares por ser ellos los titulares del bien jurídico tutelado. Cabe hacer la aclaración que, independientemente de lo anterior, la sociedad funge también

como sujeto pasivo, en virtud de que la salud colectiva y el control sanitario de órganos, tejidos, cadáveres y fetos de seres humanos se ve atacado si de manera ilícita se obtienen, conservan, utilizan, preparan o suministran órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos.

4. Ausencia de objeto jurídico. El objeto jurídico es el bien jurídicamente tutelado es decir, el bien o el derecho que es protegido por la ley; en el caso del tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, el bien jurídicamente tutelado lo es la salud colectiva y el control sanitario de órganos, tejidos, cadáveres o fetos de seres humanos. Por ejemplo, habría ausencia de objeto jurídico, si una persona obtiene una decena de cabellos de un ser humano; esta conducta no afecta a los bienes jurídicamente tutelados.

El tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud se refiere a un delito considerado de daño en virtud de que hay una lesión material al bien jurídico tutelado.

5. Ausencia de objeto material. El objeto material es la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito, en cuanto al tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud lo son los órganos, tejidos y sus componentes, los cadáveres o los fetos de los seres humanos.

Por ejemplo, habría ausencia de objeto material si se obtuviera un órgano de un animal, no de un ser humano.

6. Ausencia de las modalidades de conducta, el tipo previsto por la fracción I del artículo. 462 de la Ley General de salud no prevé modalidades de conducta, de referencias temporales, de referencias espaciales, de referencia a otro hecho

punible, ni de referencia a otra índole exigida por el tipo ni de los medios empleados.

7. Ausencia del elemento normativo. Hemos mencionado que en algunas ocasiones, para tipificar una conducta, es necesario insertar juicios normativos del hecho, poder efectuar una evaluación especial de la conducta plasmada en el tipo penal. Existen conductas que normalmente son lícitas, pero excepcionalmente, cuando son realizadas injusta, indebida o ilícitamente, adquieren reelevancia penal; es aquí donde el legislador se ve precisado a satisfacer los elementos normativos, los cuales son una llamada de atención al juez en los que se le trata de advertir debe confirmar la antijuricidad de la conducta, ya que con estos elementos, un hecho aparentemente lícito puede pasar a ser un hecho ilícito, asimismo puede ocurrir lo contrario.

8. Ausencia del elemento subjetivo del injusto. Los elementos subjetivos atienden a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener en la realización del ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor. El legislador no pasa por alto los aspectos psíquicos, no atiende únicamente a lo externo, también considera la voluntad de causar ese resultado, lo que sería el aspecto o elemento subjetivo del tipo penal. Todos los tipos dolosos exigen una congruencia entre sus aspectos objetivo y subjetivo; pero se puede dar el supuesto en el que se baste sólo con el elemento subjetivo, es decir, que contenga sólo el querer del tipo objetivo.

"... hay tipos penales en los que se requiere el elemento subjetivo, para que la conducta pueda ser tipificada como delito; a manera de ejemplo podemos citar lo dispuesto en el artículo 246, fracción VII del Código Penal, en el cual la

conducta antijurídica no adquiere relevancia típica, sino cuando el sujeto activo del delito hiciera uso 'a sabiendas' de un documento falso.

Con el ejemplo anterior, podemos observar hechos que objetivamente no interesan al Derecho Penal; empero, al incrustarle el elemento subjetivo, adquieren una relevancia especial.⁶⁶

"Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia, en forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos, que, desde el momento en que dejan su impronta en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo."⁶⁷

El elemento subjetivo puede radicar en el conocimiento que tiene el autor, de la realidad de un determinado estado de las cosas. otras veces, este elemento estará en un determinado deseo, ánimo o intención del agente en la realización de la conducta típica. Estos elementos serán fundamentales para la tipificación de algunas conductas ilícitas, por lo que es necesario que en los tipos que se requieren o contienen éstos, se efectúe una interpretación muy minuciosa para evitar una malversación de la intención del legislador.

⁶⁶ López Betancourt, Eduardo; Teoría del Delito, pp134 y 135

⁶⁷ Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, op, cit, p. 90

2.2.5 ANTIJURIDICIDAD EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

Una vez que se ha realizado una conducta la cual se ha encuadrado al tipo descrito en la ley, se debe atender a que esa conducta sea antijurídica, por lo que consideramos a la antijuridicidad como un elemento positivo del delito, es decir cuando una conducta es antijurídica es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva debe contravenir las normas penales, es decir, ha de ser antijurídica.

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, por tanto no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por la ley, no protegida por causas de justificación, establecidas de manera expresa en la misma.

Se ha concebido a la antijuridicidad como un concepto legal denominándola "formal"; pero también se le ha concebido como un concepto sociológico llamándola "material". La antijuridicidad material se conceptuó como lo socialmente dañoso, la pena no tenía otra medida que la del peligro que el sujeto representaba para la sociedad, la antijuridicidad "material" no podía ser incluida sino pasando previamente por la "formal".

"En Alemania, a finales del siglo XIX, partiendo de la idea de antijuridicidad como algo socialmente dañoso, independientemente de la ley, surgió la justificación 'supralegal', así como el injusto 'supralegal'; la primera fue relegada al estructurarse perfectamente las causas de justificación en el Código Penal.

Respecto al injusto 'supralegal', el problema se planteó en términos altamente dramáticos, cuando se trató de juzgar a los jueces del

nacionalsocialismo y en general, a quienes alegaban la obediencia debida conforme a esa legalidad. La magnitud de los crímenes contra la humanidad hacía insostenible el punto de vista del positivismo jurídico, reverdeciendo entonces los ecos del concepto 'material' de antijuridicidad.

Estos problemas han sido superados gracias a los nuevos órdenes jurídicos nacionales e internacionales, sin necesidad de apelar a la construcción de un injusto supralegal.

Por otro lado tenemos a la antijuridicidad 'formal', en la cual se considera que para que sea delito una conducta, debe infringir una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico.

Son muchos los autores que han hablado de la antijuridicidad 'formal' y 'material'; la mayoría de éstos se han pronunciado por la 'formal', en base al principio *nullum crimen sine lege*.⁶⁸

"Es indudable, que para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, debemos utilizar el sistema de excepción regla, que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad, es un concepto negativo... por otra parte a la aspiración a la que debemos tender, es la de lograr un concepto de la antijuridicidad en forma positiva y acabar por lo tanto, con el procedimiento de excepción regla."⁶⁹

⁶⁸ López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito. ob, cit, pp 151 y 152

⁶⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos... ob, cit pp. 484 y 539.

El ordenamiento penal, exige dos requisitos para la existencia de la antijuridicidad, a saber:

- a) La existencia de una adecuación de la conducta al tipo penal.
- b) Que no haya alguna de las causas de exclusión del delito o de alguna causa de licitud.

La fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, establece:

“I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos.”

En relación a la antijuridicidad en el tipo previsto en esta fracción; podemos decir que el contravenir este precepto surge en el momento en que se obtiene, conserva, prepara o se suministra órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, en forma ilícita; pero si la conducta se realizara de manera lícita nos encontramos bajo el amparo de la propia ley. Asimismo para configurar a la antijuridicidad en el tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud se debe atender a que la conducta no esté protegida por alguna de las causas de justificación, las cuales son el punto siguiente a tratar.

2.2.6 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

Las causas de justificación, constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad, son aquellas condiciones que tiene el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. A este aspecto negativo del delito lo denominan algunos autores como causas de licitud o causas de exclusión del injusto.

Las causas de justificación se señalan en el artículo 15 del Código Penal Federal en las fracciones IV (legítima defensa), V (estado de necesidad) y VI (cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho)

“ARTÍCULO 15. El delito se excluye cuando:

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

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

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

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;"

"...A las justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, o mejor dicho, impeditivas de su configuración. Suele catalogárseles bajo la denominación causas excluyentes de responsabilidad, causas de inincriminación, etc. Nuestro Código usa la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad, comprendiendo varias de naturaleza diversa.

Raúl Carrancá y Trujillo, con acierto innegable, utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación. Indudablemente este nombre es más adecuado que el empleado por el legislador; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra circunstancias por causas, pues como muy bien dice Jiménez de Asúa, 'circunstancia es aquello que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia'.

Las causas que excluyen la incriminación son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de las primeras -añade Núñez-, son erga omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.

A su vez, las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad; en tanto que las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente, en diversa forma y grado. El inimputable, anota Jiménez de Asúa, es psicológicamente incapaz, de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. Las causas de inculpabilidad anulan la incriminación en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. El inimputable, expresa Goldschmidt no es desde un principio el destinatario de las normas del deber.

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los copartícipes, las otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho. Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, si puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues como dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. Sin embargo, Carrancá y Trujillo anota una excepción, señalada en el Código Civil (Art.1911); 'Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.'⁷⁰

LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Es una situación en la que el sujeto puede actuar en defensa de sus derechos o bienes jurídicos tutelados, en virtud de que el derecho no tiene otra forma de garantizar los mismos.

⁷⁰ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales... op cit; pp. 183 a 185

“En relación a este tema han surgido algunas teorías, destacando la de la escuela clásica la cual fundamenta la legítima defensa en la necesidad, explicando que se presenta ante la imposibilidad de la presencia del Estado para repeler la agresión y proteger al injustamente atacado, siendo justo y lícito que éste se defienda. Así esta causa viene a ser sustitutiva de la defensa pública, cuando la necesidad así lo requiera.

La escuela positiva también reconoce la juridicidad de la legítima defensa, la cual representa el ejercicio de un derecho y todo cuanto se haga para rechazar la agresión constituirá un acto de justicia social.

Para que se pueda dar esta causa de justificación, la doctrina y las legislaciones han exigido como requisitos los siguientes:

1) Que sea un ataque o agresión a los intereses jurídicamente protegidos de quien se defiende, o a los de otra persona, sin existir un completo acuerdo sobre cuáles intereses o bienes jurídicos podrán defenderse, pero si hay unanimidad en la defensa de la vida, de la integridad personal y de la libertad.

2) El ataque o agresión debe ser actual e inminente, pues antes de que el peligro aparezca, no es necesaria la defensa, pero el amenazado no necesita esperar que sean dañados efectivamente sus intereses jurídicos.

3) El ataque o la agresión deben ser ilegítimos, contrarios al derecho, así como el atacante no debe tener ningún fundamento jurídico para la agresión. Por lo tanto es importante señalar que no cabe la legítima defensa contra actos de fuerza legítimos de la autoridad o de sus agentes. No es necesario que el atacante sea una persona inimputable, ya que es posible la defensa contra inimputables, locos, ebrios, menores, etcétera.

4) La defensa debe ser necesaria, esto es, se tienen que agotar todos los medios no violentos, para recurrir a la legítima defensa.

5) La agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del agredido.⁷¹

En la legítima defensa no se restringe a la propia persona e interés jurídicos propios, puede ejercitarse a favor de los parientes y hasta de un extraño, puede ejercitarse aún a favor del ser que ha de nacer; la legítima defensa se podrá ejercer, ya que la violencia contra el feto se confunde con la violencia contra la madre.

Nuestro sistema jurídico se ha basado en la salvaguarda de un interés jurídico preponderante, y aun cuando son de igual valor, mediante el necesario sacrificio del interés legítimo del atacante.

Se han planteado hipótesis de la aplicación de la legítima defensa, a saber:

- a) un conflicto entre bienes de igual valor, tanto del agresor como del atacado;
- b) contraposición entre bienes desiguales, considerándose de mayor valía el del injustamente atacado y;
- c) controversia entre bienes también de diferente valor, siendo el agresor el preferente.

⁷¹ López Betancourt, Eduardo. Teoría del Delito, ob, cit; pp. 160 y 161

En cualquiera de las tres hipótesis señaladas se sostiene que estamos frente a una legítima defensa, es decir, no obstante que el bien injustamente atacado sea de igual o menor entidad, no fundamenta la licitud de la conducta el principio de interés preponderante, sino lo injusto de la conducta del agresor.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado respecto de la legítima defensa:

"LEGÍTIMA DEFENSA. La legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante; y aun cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho atacado mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante.

Amparo directo 6470/57. Juan Ortiz Silva. 19 de marzo de 1958. 5 votos. Ponente Luis Chico Goeme. Sostiene la misma tesis: Amparo directo 6861/57. alberto Salgado Salgado. 19 de enero de 1958. Mayoría de 4 votos"⁷²

En esta jurisprudencia es claro ver que el defensor al restablecer el derecho atacado mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del agresor se coloca en esta causa de justificación independientemente del valor del bien protegido. En el caso del tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, por ejemplo no se puede invocar como causa de justificación el que una persona obtenga de otra, de forma ilícita un órgano en virtud de serle necesario para el buen funcionamiento de su cuerpo o el cuerpo de un familiar en atención a un bien protegido.

⁷² Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen IX, Segunda Parte p. 82. Tesis Aislada

Los requisitos de la Legítima Defensa que exige la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal son:

- 1.- Una agresión
- 2.- Real;
- 3.- Actual
- 4.- Inminente y
- 5.- Sin derecho

Por agresión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que:

“Debe entenderse el movimiento corporal voluntario del sujeto que amenaza lesionar o que lesiona bienes jurídicamente tutelados.”⁷³

Consideramos que agresión es la conducta con la cual el agente lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado.

Por real debemos entender “...aquello que tiene positiva y verdadera existencia. Por tanto si no tiene realidad el peligro, el sujeto no puede ampararse en el estado de necesidad... real es lo no imaginario.”⁷⁴

Para la existencia de la Legítima Defensa se requiere una agresión además de actual, inminente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

“Para que exista la legítima defensa, se requiere que haya una agresión, y que ésta sea actual, es decir que sea repelida en el momento mismo en que se produce y que la conducta opuesta del sujeto del delito, justifique la juricidad del acto por la actualidad de la agresión; que la misma agresión sea inminente, esto

⁷³ Semanario Judicial de la Federación, CXIII, p.369

⁷⁴ Porte Petit, Celestino. ... op cit, p. 439

es, que al sujeto activo no le quede otro camino que matar, ante la injusta agresión y por último que sea sin derecho esto es, que el agredido no haya dado motivo alguno para tal agresión.”⁷⁵

En la Legítima defensa es de suma importancia la actualidad del ataque. La reacción defensiva efectuada cuando ya sea consumado el ataque y el peligro que se pretende la motivaron, no puede considerarse como legítima defensa, ni eximir de responsabilidad al agente activo del delito.

“...En la Exposición de Motivos de reformas al Código de 1871 se expone: “La comisión encuentra que la fracción VIII, del artículo 34 del Código de 1871, que establece la excluyente de responsabilidad por los actos ejecutados en legítima defensa, es un modelo de precisión y exactitud de textos legislativos. Sin embargo, le parece encontrar en ello un leve defecto, cuya corrección propone. Se exige que la agresión que se repele sea actual, inminente, violenta y sin derecho; pero como inminente significa próximo, inmediato, aplicado el calificativo a la agresión, parece contradecir el otro requisito de que sea actual, y siendo más propio referir la inminencia no a la agresión, que debe ser actual, presente, sino al peligro que de ella resulta, es de entenderse el texto en el sentido de referirse a agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, es decir, no remoto o lejano, sino inmediato, próximo. He ahí el error a que nos referimos: la ley derogada refiere lo inminente no a la agresión sino al peligro, y si la agresión es la conducta con la cual el agente lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado, es innecesario el requisito señalado: de que resulte de la

⁷⁵ Semanario Judicial de la Federación, CIV, p. 1499

agresión un peligro inminente, pues es de la esencia de la misma, precisamente el que resulte un peligro o lesione un bien jurídicamente protegido.

Incluyen el término 'inminente' con relación a la agresión, el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal, en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal de 1958 (artículo 12, fracción I), el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963 (artículo 23, fracción IV), el Proyecto del Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave, de 1979 (artículo 19, fracción III) y el Proyecto del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal de 1983 (artículo 12, fracción III).

Por lo que se refiere a los Códigos Penales de los Estados de la República, contienen el mismo término "inminente", los Códigos de Colima (artículo 16, fracción III), Guanajuato (artículo 33 fracción II), México (artículo 16, fracción II), Michoacán (artículo 12, fracción IV), Quintana Roo (artículo 13 fracción III) y Veracruz (artículo 20, fracción III).

La exigencia de ser actual la agresión, excluye dos momentos: el pasado y el futuro. Por consiguiente, no podrá haber legítima defensa contra una agresión 'acabada o terminada', o bien, que 'sólo amenaza en lo porvenir'. Y si el peligro subsiste, indudablemente sigue existiendo la actualidad de la agresión.⁷⁶

La legítima defensa se da mientras dura la actualidad del peligro, ni antes ni después; no antes porque antes que el peligro empiece, la ofensa no es

⁷⁶ Porte Petit, Celestino; *ibidem* pp. 398 y 399

necesaria, tampoco después porque, cesado el peligro sólo puede hablarse de venganza y no de defensa, pues no se puede impedir lo que ya ha sucedido.

La ley exige además de que la agresión sea actual o inminente que sea sin derecho. Un ataque es antijurídico cuando es contrario a las normas jurídicas de valoración, no cubierto por una norma permisiva. Para que quede debidamente probado el ejercicio del derecho de legítima defensa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determinadas circunstancias: que la agresión de que fue objeto y lo impulsó a obrar, sea injusta, pues de otra manera el derecho a rechazarla no existía y agresión injusta o ilegítima es aquella contraria a derecho, es decir que ataca no tenga ningún fundamento jurídico para ello, por lo que para que quede debidamente probado el ejercicio del derecho de legítima defensa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determinadas circunstancias, tales como que la agresión de que fue objeto y lo impulsó a obrar, pues de otra manera el derecho de rechazarla no existiría.

Por lo anterior podemos estimar que no cabe legítima defensa contra una conducta lícita. No procede una causa de licitud contra una causa de licitud, en el caso específico no procede la legítima defensa contra una conducta lícita para la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos.

ESTADO DE NECESIDAD

“Existen diversas definiciones de este tema; así Von Liszt, ha manifestado: el estado de necesidad es un estado de peligro presente, que amenaza los

intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso sino el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos, siendo este concepto, uno de los más sobresalientes, al caracterizar con exactitud la situación de la que surge el estado de necesidad, como un conflicto entre los intereses jurídicos, sin otra solución que el sacrificio de alguno de ellos.⁷⁷

“Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley.”⁷⁸

“La teoría del conflicto de intereses, contempla el aspecto objetivo del estado de necesidad, teniendo como fundamento jurídico, ante un conflicto de intereses desiguales, el sacrificio del de menor valor.

Para algunos juristas, el Estado no puede exigirnos el sacrificio de nuestros derechos, limitando la aplicación del estado de necesidad sólo a intereses cuya pérdida constituiría para nosotros un verdadero sacrificio. Pero esta teoría no es exacta, ya que la ley no considera solamente la defensa de nuestra persona y bienes, sino también la persona y bienes de otro, lo cual implica que la justificación del hecho ejecutado en estado de necesidad, debe realizarse desde el punto de vista objetivo.

La tesis unitaria, acepta dos vertientes: una considera al estado de necesidad como causa de justificación o licitud, y la otra lo considera como una

⁷⁷ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit, pp. 163 y 164

⁷⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos, ob, cit; p 539

causa de inculpabilidad, estimándose que el estado de necesidad funciona en ambos sentidos.

Es importante señalar que el estado de necesidad se va a diferenciar de la legítima defensa, en que en el primero existe un conflicto entre intereses legítimos, mientras en la segunda, habrá uno legítimo y otro ilegítimo.

En la legítima defensa hay una repulsa a la agresión injusta que recibe el individuo, mientras en el estado de necesidad habrá una acción, o tal vez una agresión y ambos intereses son legítimos.

En el estado de necesidad se trata de evitar un peligro originado por terceros o por causas no imputables al hombre; en la legítima defensa, el peligro surge del agresor y no por fuerza de la naturaleza.

En la legítima defensa, hay una (sic) ánimo de defender, rechazar la agresión; mientras en el estado de necesidad, el ánimo es para conservar alguno de los intereses legítimos.

En la legítima defensa no existe reparación del daño, en cambio en el estado de necesidad, lo habrá cuando los bienes en conflicto son de igual valor, es decir, cuando se trata de una causa de inculpabilidad.

La legítima defensa esta invocada siempre como causa de licitud, en cambio en el estado de necesidad, puede ser por causa de ésta o de inculpabilidad.⁷⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

⁷⁹ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit, pp. 164 y 165

“el estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza, choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino violencia contra un bien jurídico tutelado, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente.”⁸⁰

Uno de los requisitos positivos del estado de necesidad es el que exista un peligro, considerándolo como una probabilidad de daño que puede proceder de un tercero, de la naturaleza o de los animales; pudiéndose dar la hipótesis de que este peligro amenace a un bien o más, se encuentren o no en conflicto, y para salvarlos se requiere del sacrificio de uno de ellos.

Este peligro debe ser real, que tenga verdadera existencia (*supra*); asimismo debe ser grave, teniéndose en cuenta la personalidad del sujeto y las circunstancias del caso en concreto; igualmente debe ser inminente (*supra*).

En relación a los aspectos negativos, se considera el estado de necesidad como causa de justificación, siempre que no exista otro medio aplicable y menos perjudicial.

Habrá necesidad, cuando no exista otro modo de evitar el peligro, más que sacrificar alguno de los intereses legítimos que se encuentran en el mismo.

Otro aspecto negativo es el que considera al sujeto que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro, ya que éste no podrá ejercer el estado de necesidad.

En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Unión, ha establecido:

⁸⁰ Semanario Judicial de la Federación, XLI. Sexta Época. Segunda Parte, p.31

“si por una imprudencia del chofer y su ayudante, se incendió el camión que tripulaban, y el chofer en vez de tratar de salir por la puerta y facilitar así la salida de los pasajeros, se arrojó por una ventanilla, dejando abandonado el vehículo; tales datos hacen probable la responsabilidad de los hoy quejosos, en los hechos delictuosos que se les imputan; y en lo que concierne al excluyente de responsabilidad, caso de necesidad, que se aduce por vía de agravios, no resulta fundado, toda vez que los hoy quejosos, atentos a los cargos de chofer y ayudante del camión que tenían, estaban obligados a soportar los riesgos, en casos análogos a lo ocurrido”.⁸¹

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO

La fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal establece como causa de justificación, que: “ La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro; “

Si la acción o la omisión está permitida y mandada por la ley, entonces el daño ocasionado será legítimo.

“Existen determinadas personas, como los funcionarios, a los que se les dota de un derecho para realizar actos concretos ordenados por las leyes o reglamentos de sus funciones. Asimismo, hay ocasiones en las que la ley puede obligar a personas que no son funcionarios ni agentes o a quienes no les alcanza obligación alguna de servicio, a realizar determinados actos, para poder intervenir en la esfera de poder de otro o lesionar un interés ajeno con el fin de salvaguardar el orden jurídico.”⁸²

⁸¹ Semanario Judicial de la Federación, CIII, p.3067

⁸² López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit, p. 173.

El ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, ambos constituyen una causa de licitud y se fundamentan en un interés preponderante. Difieren de que el cumplimiento de un deber es obligatorio y el ejercicio de un derecho es facultativo; el incumplimiento de un deber constituye delito, y el no ejercicio de un derecho no, toda vez que es facultativo.

2.2.7 IMPUTABILIDAD EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

La imputabilidad es considerada un presupuesto de la culpabilidad y no de ésta o una característica.

“...En trance metódico podría alegarse contra nuestro sistema, que si la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, es necesario que nos ocupemos de aquella antes que de ésta. El reparo parece convincente. Pero no puede olvidarse que, por lo mismo que se trata de la capacidad (de acción, de culpa, de pena, etc., según los pareceres de los autores), no puede independizarse del sujeto: es decir, del estudio del sujeto activo del delito (el delincuente). Por eso los modernos autores italianos, que no son positivistas, enclavan la imputabilidad en la parte en que desarrollan el análisis del delincuente, habiendo tratado antes de la culpabilidad como características del delito. Ya no se nos podrá alegar error en nuestro método, o al menos podremos responder que, en el supuesto yerro, vamos bien acompañados.”⁸³

Mezger considera: “...al lado del dolo y, respectivamente, de la culpa pertenecen a la ‘culpabilidad’, la imputabilidad del autor y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad... por tanto la culpabilidad exige en el caso concreto como características de la misma: una determinada disposición o estado de la personalidad del agente; la llamada imputabilidad. En consecuencia, la teoría

⁸³ Imputabilidad y Culpabilidad; López Betancourt, Eduardo, Porrúa, México D.F., 1993; pp. 1 y 2.

de la imputabilidad constituye una parte integrante de la teoría de la culpabilidad⁸⁴

Podemos afirmar que la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, que va ligado con la capacidad del autor en relación a:

- a) comprender lo injusto del hecho.
- b) de decidirse de acuerdo con esta comprensión.

Por lo que la capacidad de culpabilidad tiene 2 elementos:

- a) Elemento de conocimiento (intelectual), la capacidad de comprensión de lo injusto.
- b) Elemento de voluntad (voluntario), determinación de la voluntad.

La suma de estos dos elementos constituye la capacidad de culpabilidad, si falta alguno de ellos, por estados mentales anormales o por juventud, no es capaz de culpabilidad.

Algunos autores estiman que la imputabilidad viene a ser un presupuesto general del delito; que existe antes de los elementos del mismo. Debemos precisar que la imputabilidad, así como la culpabilidad y la responsabilidad están íntimamente ligadas, siendo posteriores a la imputabilidad y la responsabilidad, Jiménez de Asúa señala que: "la culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas

⁸⁴ Tratado de Derecho Penal, tomo II, pp.34 y 35; madrid 1935

son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas; pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse”⁸⁵

Los seguidores de la Escuela Clásica, estiman que la imputabilidad tiene su sostén en el libre albedrío, en tanto que los positivistas substituyen el libre albedrío por la responsabilidad social, por lo que consideran que el individuo es responsable por el solo hecho de vivir en sociedad.

“Para dar el concepto de la imputabilidad, es necesario previamente determinar la capacidad que tiene el sujeto, hablándose en la doctrina de:

- a) Capacidad de acción;
- b) Capacidad de culpabilidad,
- c) Capacidad de deber,
- d) Capacidad de pena,
- e) Capacidad jurídico-penal;
- f) Capacidad de delito, y
- g) capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.”⁸⁶

Según el Diccionario Jurídico Mexicano la imputabilidad es: “la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter

⁸⁵ La ley y el delito, 8a. Edición, Buenos Aires, 1978, pp. 325 y 326.

⁸⁶ López Betancourt; Teoría del Delito ob, cit; p 181.

antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.”⁸⁷

La imputabilidad es la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal; querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.

El individuo requiere de dos condiciones para que se presente la imputabilidad; estas son edad biológica y edad mental. Es básico que se consideren estas dos condiciones para que haya imputabilidad.

“La capacidad de culpabilidad está orientada a considerar la edad y la madurez biológica del sujeto, así como la salud psíquico-mental que tiene el autor, esto es, no se puede formar un concepto de culpabilidad hasta haber hecho un estudio del grado de madurez moral, fuerza de voluntad y desarrollo intelectual que ha alcanzado, y así analizar hasta qué grado el individuo tiene comprensión de que sus autos son ilícitos.”⁸⁸

Ricardo Abarca, respecto de la imputabilidad señala: “significa capacidad espiritual para que pueda atribuirse al hombre, como a su causa eficiente, su conducta externa. Supone dos elementos: razón clara y voluntad libre. El elemento razón, llamado también discernimiento, es el conocimiento exacto de la licitud o

⁸⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, V, ed. Porrúa, S.A. México, 1985, p 51

⁸⁸ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito ob, cit, p 182

ilícitud de la propia conducta; falta el discernimiento en los niños, quienes no están en condiciones de apreciar el valor ético de sus propios actos; falta en los decrepitos, en los locos, en el estado de embriaguez completa. La voluntad libre es la facultad de autodeterminación del hombre en su conducta. El hombre tiene motivos para querer una cosa o la contraria, pero su voluntad queda libre para determinarse en un sentido o en otro. Existiendo discernimiento y voluntad hay imputabilidad.”⁸⁹

Para la escuela clásica, las condiciones que el sujeto debe reunir a fin de que pueda imponérsele justamente la obligación de responder por su hecho, son la capacidad de comprender y la de determinarse libremente; es decir, la inteligencia y la libertad. Ambas cualidades deben de ser entendidas en su más amplio y general significado pues esta teoría se construye en base a la idea del hombre como ser moral, dotado de libre arbitrio. En este contexto los clásicos no se ocupan de discusiones filosóficas; presuponen aceptada la doctrina del libre arbitrio y de la imputabilidad moral del hombre, y edificada sobre esa base la ciencia criminal, que mal se construiría sin ella.”⁹⁰

“como consecuencia de ese punto de vista, no sólo de la pena sino del Derecho Penal quedan excluidos aquellos sujetos que cometen un delito en condiciones de alteración de sus facultades mentales que les priven de la capacidad de comprender y de determinarse; el hombre es responsable por que

⁸⁹ Abarca, Ricardo, El derecho Penal en México, ed. Cultura, México p. 143

⁹⁰ López Betancourt, Eduardo; Teoría del Delito, ob, cit, pp.183 y 184

es inteligente y libre; antes de violar la ley en los hechos la ha violado en su corazón y es de esa falta de lo que responde.”⁹¹

“Se dice que el Derecho Penal debe basarse exclusivamente en la necesidad de la defensa social; así los sujetos que realizan los ilícitos no responderán por su libertad de actuar, sino porque son miembros de una sociedad y debido a ello deben comportarse conforme a los ordenamientos que allí se establezcan, para preservar el orden jurídico y la paz social, por lo cual para ser sancionado no se exigirá, el sujeto reúna ciertas condiciones morales, sino bastará con que sea autor material del hecho ilícito, para ser sancionado. Según este criterio, no existen imputables e inimputables, sino sólo existen delincuentes, por lo que las penas se aplicarán conforme al autor material, sin importar lo moral, lo intrínseco”⁹²

El artículo 15 del Código Penal Federal en forma genérica aborda las circunstancias excluyentes de responsabilidad, enumera los caracteres negativos del delito y la Fracción VII, interpretada a contrario sensu, nos demuestra que la imputabilidad se presenta cuando:

- a) No padezca el inculpado trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o,
- b) Conducirse de acuerdo con esa comprensión

⁹¹ Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, tomo II, 3ª. ed., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, p24

De lo anterior se originan dos incapacidades

- a) la de comprender el carácter ilícito del hecho, y
- b) la de conducirse de acuerdo con esa comprensión

La imputabilidad, de acuerdo con el Código Penal Federal interpretado a contrario sensu contiene un elemento intelectual o de conocimiento; este es la capacidad de comprender el injusto, que consiste en el carácter ilícito del hecho; y un elemento de voluntad que es el conducirse de acuerdo con esa comprensión. De tal manera que sólo la concurrencia de estos dos elementos de "capacidad" y de "determinación de la voluntad", originan la imputabilidad, y su ausencia da lugar a la inimputabilidad; en consecuencia es imputable el que es capaz de comprender el carácter ilícito de la conducta o del hecho y de conducirse de acuerdo con esa comprensión; es decir quien tiene capacidad de entender y de querer.

Según Maggiore, capacidad de entender es: "la facultad de aprehender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, de medir y prever las consecuencias de la conducta propia. El que mejor prevé, más entiende. Inteligencia no es sino previsión"⁹³

"La noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo

⁹² López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit, p.185

⁹³ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, tomo I, 2a ed; ed. Temis, Bogotá, 1989, p 480

y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significado y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad. De tenerse presente la corriente psicológica, esa capacidad habrá de dar significación al nexo psíquico entre el hecho y su autor.⁹⁴

La capacidad de querer consiste en determinar la voluntad para realizar un hecho.

Maggiore, respecto de la capacidad de querer señala: "Paralelo al proceso de la conciencia es el proceso de la voluntad, que no nace inmediatamente como tal, sino que va pasando por grados intermedios. Primero es una tendencia indistinta o apetito; después una tendencia distinta en su objeto o deseo; luego un querer sin ley o arbitrio; y por último, un querer subordinado a la razón y a la ley, o sea libre. La pura voluntad no es otra cosa que voluntad libre. Por lo tanto, la capacidad de querer es la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta."⁹⁵

"...el concepto de la capacidad de querer, es la autorización para uno mismo determinarse libremente, entre los motivos y causas que guían a las conductas... se entiende que hay una libertad para exteriorizar nuestros deseos."⁹⁶

⁹⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, de Porrúa, México, 1967, p.340

⁹⁵ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal Tomo I, ob, cit p.500

⁹⁶ López Betancour, Eduardo; Teoría del Delito ob, cit, p.189

Jiménez de Asúa afirma que: "la imputabilidad, en todo su volumen, corresponde a la parte del delincuente más que a la consagrada al delito, pero es indispensable aludir a ella en una construcción técnico-jurídica del crimen."⁹⁷

Ahora abordaremos una excepción a la regla de que el sujeto debe ser imputable en el momento de la realización del delito, la acción libre en su causa; estamos frente a esta cuando el sujeto con capacidad de culpabilidad se pone por su propia decisión en forma dolosa o culposa en un estado de inimputabilidad produciendo un resultado típico; esta excepción a la regla es por todos admitida en virtud de que de no admitirla se tendría que aceptar la inimputabilidad a favor del que se colocó en ese estado.

"Como disidente que no comparte que la conducta libre en su causa pueda presentarse en materia de culpa se encuentra Florian; punto de vista que es rebatido por Soler: 'Florian sistematiza la teoría de la *actio libera in causa* en el Capítulo del dolo, porque según dice, la cuestión no puede surgir en tema de culpa. El error de esta idea es, sin embargo, patente, no solamente en el ejemplo señalado de la madre que mata en sueño, sino en otros más comunes y menos académicos. Así es perfectamente posible que varios sujetos se embriaguen con el propósito genérico de divertirse en la comisión de acciones imprudentes e indeterminadas: manejar un automóvil a gran velocidad, sin embargo, sin intención concreta de matar a alguien. El homicidio culposo cometido en estado de

⁹⁷ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, la Ley Penal y el Delito 3a. ed. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p206

inconsciencia total debe ser imputado conforme a la teoría de la actio libera'... la conducta libre en su causa puede presentarse comisiva u omisivamente. 'La actio libera in causa, nos dice Mezger, puede según las circunstancias concretas, ser una acción positiva o una omisión, una conducta dolosa o culposa.' A su vez Liszt anota, que de 'ordinario, aunque no exclusivamente, son las omisiones las que pueden ser cometidas en esta forma; más raros son los delitos culposos de comisión; y rarísimos y muy dudosos serán los casos en que una comisión dolosa se presente como actio libera in causa' »⁹⁸

De lo anterior podemos deducir que los requisitos de la conducta libre en su causa son:

- a) Un sujeto con previa capacidad de culpabilidad;
- b) Una conducta que produce o no evita el estado de imputabilidad;
- c) Una conducta dolosa o culposa, previa al estado de inimputabilidad;
- d) Un estado de inimputabilidad por parte del sujeto, y
- e) Producción de un resultado típico

El artículo 15 del Código Penal Federal, el cual aborda las excluyentes de responsabilidad penal, en su fracción VII recoge la acción libre en su causa, al señalar:

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, **a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental**

⁹⁸ López Betancourt, Eduardo, Imputabilidad y Culpabilidad, Porrúa, México 1993, pp. 8 y 9

dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.”

La Suprema Corte de Justicia del Distrito Federal ha establecido:

“...cuando un quejoso, sabiendo como reacciona su naturaleza a estímulo de bebidas alcohólicas, se embriaga -hacer activo- precisamente para matar durante la borrachera a otra persona, para cuyo acto le falta, como él sabe el valor en estado normal, la actividad así desplegada no puede fundar la inimputabilidad de la conducta por no satisfacerse las exigencias de tal excluyente, pues de considerarse tal comportamiento como una de las llamadas acciones liberaes in causa, de todas formas es reprochable la conducta desaprobada del sujeto, supuesto que al embriagarse, se utiliza a sí mismo como instrumento aportando la causa decisiva del daño habido, siendo punible a título de dolo, sin que el fallo que así lo declare sea violatorio de garantías.”⁹⁹

En la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, si un sujeto, con la capacidad de culpabilidad, ilícitamente obtiene, conserva, utiliza, prepara o suministra órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, por su propia decisión se pone en estado de inimputabilidad, no opera la inimputabilidad a favor del que se colocó en ese estado. Por ejemplo, si un médico, quien se puso en estado de ebriedad para ilícitamente trasplantar córneas, pues sabe que en su juicio no tiene el valor de realizar ilícitamente un trasplante de córneas; no opera la inimputabilidad a favor de ese médico, y es susceptible de atribuirle imputabilidad.

⁹⁹ Informe Judicial, SCJN, 1955, p.22

2.2.8 INIMPUTABILIDAD EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad; consiste en la incapacidad de querer y entender en el mundo del Derecho.

Jiménez de Asúa sostiene que: "Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró."¹⁰⁰

Para establecer el concepto de la inimputabilidad, existen diversos criterios, para Mezger, son tres: el biológico, el psicológico y el bio-psicológico o mixto, este autor señala: "el primero se satisface, en la exclusión de la imputabilidad, con la simple referencia al estado de espíritu anormal del autor; el segundo se caracteriza en contraste al método biológico, porque en la exclusión de la imputabilidad no destacan los estados anormales del sujeto, sino el tercer método, el mixto, quiere remediar lo unilateral de los dos anteriores y se apoya, para caracterizar la inimputabilidad, tanto en las llamadas bases biológicas (inconsciencia, perturbación morbosa de la actividad del espíritu), como asimismo las consecuencias de ellas (exclusión de la libre determinación de la voluntad)"¹⁰¹

¹⁰⁰ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, ob, cit p. 339.

¹⁰¹ Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Madrid, 1935 pp. 64 y 65

El Código Penal Federal en la fracción VII del artículo 15 señala las causas de inimputabilidad.

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible...”

El Código Federal de Procedimientos Penales, en el título Décimo Segundo; denominado Procedimiento relativo a los enfermos mentales, a los menores y a los que tienen el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos; señala:

ARTICULO.-495.tan pronto como se sospeche que el inculpado esté loco, idiota, imbecil o sufra cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, el tribunal lo mandará examinar por peritos médicos, sin perjuicio de continuar el procedimiento en la forma ordinaria. Si existe motivo fundado, ordenará provisionalmente la reclusión del inculpado en manicomio o en departamento especial.

ARTICULO 496. Inmediatamente que se compruebe que el inculpado está en alguno de los casos a que se refiere el artículo anterior, cesará el procedimiento ordinario, y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio y a la

prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculpado, y la de estudiar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se empleó sea similar al judicial.

“La inmadurez mental y el trastorno mental transitorio son causas de inimputabilidad; los menores están sujetos a una acción tutelar por parte del Estado y están fuera del derecho penal. La Ley del Consejo Tutelar para Menores; tiene la labor de lograr la educación y readaptación de menores infractores; respecto de esta Ley Porte Petit dice: Esta ley representa en relación con la anterior, un avance indiscutible al procurar lograrse en una forma más eficiente y científica la reforma del menor, para que pueda cumplir con sus propias responsabilidades en el futuro”¹⁰²

“Respecto a los menores de edad, podemos decir son totalmente capaces y no se les puede considerar inimputables como a un régimen diverso, al igual que lo están los militares; ese régimen es, el de los menores de edad.”¹⁰³

El trastorno mental es la falta de desarrollo mental, que es la potencia intelectual, del pensamiento, propósito y voluntad, que no permite llegar al sujeto a un estado mental normal acorde a su edad.

¹⁰² Porte Petit Candaup, Celestino, Programa de Derecho Penal. Parte General, ed. Trillas, México, 1990, p.579

¹⁰³ López Betancourt, Eduardo, teoría del Delito, ob, cit, p.197.

El trastorno mental transitorio es una perturbación de las facultades mentales pasajera, y esto hace que desde el punto de vista legal sea diferente a la enajenación. El trastorno mental transitorio se caracteriza porque además de su rápida aparición, pasa sin dejar rastro alguno. Cuello Calón expresa: "Para que el trastorno mental transitorio cause efecto eximente es preciso que no haya sido buscado de propósito para delinquir, por tanto, el que con ánimo de cometer un delito se coloca en aquella situación, y hallándose en ella, perpetra el hecho, no podrá ser declarado exento de responsabilidad criminal."¹⁰⁴

¹⁰⁴ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, 9a. ed, Editora Nacional, México, 1961, p 431

2.2.9 LA CULPABILIDAD EN EL TIPO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Corresponde en este apartado referirnos a la Culpabilidad, elemento positivo del delito.

Según la teoría psicologista, la culpabilidad consiste en el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o el resultado material; de acuerdo a la teoría normativista, la culpabilidad es el nexo psicológico entre el sujeto y la conducta o resultado material, reprochable; y para la teoría finalista, la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta; y a diferencia de la teoría normativa el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad porque son contenido del tipo.

Respecto de la culpabilidad Jiménez de Asúa, manifiesta que es: “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.¹⁰⁵

“La culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal. La ley y el delito, ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 352

¹⁰⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo IV, ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p.12.

“La culpabilidad es el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor, por el hecho punible que ha cometido”.¹⁰⁷

De lo anteriormente expuesto podemos deducir que la culpabilidad es la relación intelectual y emocional entre el sujeto activo y el delito.

Los elementos de la culpabilidad son:

- a) La exigibilidad de una conducta exigida conforme a la ley;
- b) La imputabilidad, y
- c) La posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito de la conducta.

La doctrina nos señala los elementos del tipo de culpabilidad.

Los elementos de culpabilidad objetivamente configurados operan en beneficio del autor, son atenuantes o exclusorios de la culpabilidad. Se requiere que el autor conozca estos elementos, ya que de otra manera no podrían incitarlo.

Los elementos de culpabilidad subjetivamente configurados, en éstos es necesario que una circunstancia externa, además de la concurrencia de los elementos, incida efectivamente en la creación de su voluntad. Jescheck ejemplifica esto de la siguiente manera: “Constituye una causa de atenuación de la culpabilidad subjetivamente configurada el testimonio en estado de necesidad y la provocación en el homicidio. Es un elemento de culpabilidad agravatorio

¹⁰⁷ Mezger, Edmundo. Derecho Penal. Parte General, ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985, p. 189

subjetivamente configurado en el asesinato la intención de hacer posible u ocultar la comisión de otro hecho punible”¹⁰⁸

Especies o formas de culpabilidad:

a) dolo

b) culpa

“estas formas de culpabilidad son, a la vez grados determinados de la culpabilidad y se encuentran, por lo tanto, en una determinada relación de orden son:

a) La forma legal básica de la culpabilidad, denominada habitualmente dolo (dolus).

b) La forma más leve de la culpabilidad, llamada culpa (culpa).

C) La unión especial entre estas dos formas fundamentales.”¹⁰⁹

Por lo que respecta al dolo Jiménez de Asúa expresa: “dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia 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 realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”.¹¹⁰

¹⁰⁸ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tomo I, ed. Bosch, Barcelona, 1981, p.639

¹⁰⁹ Mezger, Edmundo, Derecho Penal. Parte General, ob cit p.199

¹¹⁰ Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, V, ob, cit, p 417.

López Betancourt, señala: "... el dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo.

El dolo, a través de su evolución dentro del Derecho Penal, ha pasado por diversas etapas, primeramente lo encontramos en el Derecho Romano de la primera época y en primitivo Derecho Germánico, donde los castigos se descargaban por el mero resultado, sin importar la intención del agente.

Algunos autores sólo habían percibido la teoría de la voluntariedad, por lo que definían al dolo como en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha deseado. Se ha citado como ejemplo el delito de homicidio, como un delito doloso, ya que el sujeto activo se propone dar muerte a una persona, poniendo todos los medios necesarios para la consumación del mismo, deseando el resultado.

Sin embargo, algunos otros investigadores piensan que no es suficiente definir al dolo desde la voluntariedad, porque entonces no habría modo de definir el dolo eventual, y se pasa a substituir el concepto de voluntariedad por el de representación"¹¹¹

Eduardo López Betancourt afirma: "...el dolo está compuesto por los siguientes elementos:

¹¹¹ López Betancourt, Eduardo; Teoría del Delito, ob, cit, pp. 218 y 219

a) Intelectual. Implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, y

b) Emocional. Es la voluntad de la conducta o del resultado...

...en los elementos intelectuales, primeramente debemos definir si el dolo lo realiza el agente con consciencia de la antijuridicidad, del tipo, de algún otro concepto más eficiente para la realización de la conducta. Respecto al conocimiento del tipo penal, el decir técnicamente las acciones o el conocerlas, no es exactamente lo que se requiere para que se diga que el sujeto conocía el tipo penal, en este aspecto nos referimos al conocimiento que debe tener el sujeto activo del ilícito que está cometiendo, en el sentido de saber que su conducta es contraria al orden y la paz social...¹¹²

“debamos exigir en el dolo la consciencia del deber de violar la norma, pero no la consciencia de la antinormalidad en sí como noción profunda de norma en cuanto el Estado la ha hecho suya en referencia a la cultura. De todos modos, el elemento esencial del dolo no es otro que la consciencia de violar el deber. Sin embargo, conforme ya antes hemos advertido, no es sólo este elemento intelectual el que debe ser demandado, sino también el conocimiento de que el hecho se haya descrito en la ley.”¹¹³

Es imposible que todos tengamos el conocimiento técnico al igual de quienes se han preparado en su saber; los elementos intelectuales del dolo deben

¹¹² López Betancourt, Eduardo; Teoría del Delito, ibidem, pp. 220 y 221

¹¹³ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de ... ob, cit, pp. 361 y 362

ser el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica y no de una manera técnica. En los elementos afectivos o emocionales se requiere primeramente tener la voluntad de realizar la conducta ilícita, después la intención de obtener el resultado. Deben unirse la teoría de la voluntad y la representación, para que el elemento afectivo dolo quede perfecto. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho.

En cuanto a la modalidad de la dirección el dolo se divide en:

- a) Dolo directo;
- b) Dolo eventual
- c) Dolo de consecuencia necesaria (o dolo directo de segundo grado)

Hay dolo directo cuando se quiere la conducta o el resultado. Es decir, el dolo se caracteriza en querer el resultado, si es delito material, y en querer la conducta, si es delito formal; se requiere:

1. Que el sujeto prevea el resultado
2. Que lo quiera.

El dolo al consistir en querer la conducta o el resultado, según se trate de delitos formales o materiales, y la culpa en una conducta que contraviene un deber, impiden una elaboración válida y única de culpabilidad para ambas especies, pues en el dolo, hay una relación psicológica y en la culpa, hay una relación normativa.

En el dolo eventual hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino que se acepta en

caso de que se produzca. Aquí el sujeto tiene presente que puede ocurrir un resultado, puede ser posible, y sin embargo, actúa para que se verifique, sin siquiera tratar de impedir que se realice.

“Sólo una categoría puede decirse que no es inútil ni estorbosa: la del dolo llamado eventual, cuya función es señalar los límites entre el dolo y la culpa consciente”¹¹⁴

El dolo eventual tiene dos elementos:

- a) representación del probable resultado, y
- b) aceptación del mismo.

El dolo de consecuencia necesaria, o dolo directo en segundo grado; en este, cuando queriendo el resultado, se prevé como seguro otro resultado derivado de la misma conducta. La naturaleza del dolo de consecuencia necesaria es indudablemente de un dolo directo, porque aún cuando es cierto, no se desea el resultado que forzosamente acaecerá, no es discutible que en el sujeto se representa esta circunstancia consciente en su indiscutible realización, ligada consecuentemente al resultado querido.

“El dolo de consecuencias necesarias no es un dolo eventual, ya que la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable.”¹¹⁵

¹¹⁴ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, I, ob cit, p.585

¹¹⁵ Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Ed. Hermes, México, 1986, p.366

Por su extensión el dolo puede ser:

- a) Determinado
- b) Indeterminado

“Se tiene dolo determinado cuando la intención exclusiva e inequívoca se dirige hacia el delito cometido... dolo indeterminado... se llama aquél en el que la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferentemente a varios resultados, más o menos graves”¹¹⁶

“El dolo indeterminado se ubica en la intención individual positiva, o intención alternativa, a diferencia del determinado que se forma en la intención directa”¹¹⁷

“hay dolo indeterminado cuando el sujeto se representa -teoría de la representación- y quiere - teoría de la voluntad- la producción de un resultado; de ese querer doloso del resultado, y sólo de él, surge otro mayor.”¹¹⁸

Por su nacimiento el dolo se clasifica en:

- a) Inicial o precedente
- b) Subsiguiente

El dolo inicial o precedente es aquel que ya existe antes de la consumación del delito, precede al inicio del *inter criminis*¹¹⁹

¹¹⁶ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, tomo I, Ed.Temis, Bogotá pp. 387 y 587

¹¹⁷ López Betancour, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit, p. 227

¹¹⁸ Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito ob, cit, p.368

¹¹⁹ el proceso que sigue el delito, desde que éste apunta como idea en la mente hasta su terminación, desde su iniciación hasta su total agotamiento; recibe el nombre de *inter criminis*, que etimológicamente significa “camino del crimen”

“El agente es el responsable, sea que llegue con igual estado de ánimo a la consumación, sea que ésta se realice después de haber él mudado de propósito.”¹²⁰

“El dolo es subsiguiente cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de un hecho no constitutivo de delito le sobreviene la voluntad antijurídica de realizar un hecho delictuoso.”¹²¹

El dolo subsiguiente o sobrevenido se presenta cuando el sujeto empieza una acción de buena fe y después acontece un deseo antijurídico que lo lleva a incurrir en un delito.

Por su intensidad el dolo puede ser genérico o específico

“dolo específico... es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial; la ley debe consignarlo en cada caso, y no se presume sino que debe probarse correspondiendo su prueba al Ministerio Público.”¹²²

Maggiore, señala que es específico: “cuando la voluntad tiende a conseguir un fin especial, requerido por la ley para distinguir de otro un título de delito”¹²³

¹²⁰ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, ob, cit; p. 587

¹²¹ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 8a. ed., Editora Nacional, 1961, p. 591

¹²² Carranca y Trujillo, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 15a. ed., Porrúa, México, 1986, p.241

¹²³ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, ob, cit, p. 585.

Por su duración el dolo se cataloga:

- a) dolo de ímpetu
- b) dolo simple
- c) dolo de propósito

Hay dolo de ímpetu cuando la acción sigue inmediatamente a la intención (o sin intervalo o sin intervalo notable), sea que uno obra por reacción imprevista o por impulso instantáneo de pasión ciega. Esta circunstancia no modifica hoy la cualidad del dolo, y vale como atenuante cuando se trata de reacción en estado de ira determinado por un hecho ajeno injusto. En cambio no tiene efectos cuando se trata de estados emotivos o pasionales que no excluyen ni disminuyen la imputabilidad¹²⁴

El dolo de ímpetu es siempre indeterminado.

En el dolo simple el sujeto activo lleva la idea de realizar la conducta ilícita, prepara todos los medios necesarios para la realización del hecho antijurídico y para la obtención del resultado esperado. El dolo como la consciencia en general, nunca se presume, siempre debe de probarse.

El dolo de propósito, también es conocido como premeditación

¹²⁴ Maggiore Giuseppe; Derecho Penal ibidem, p 593.

“La esencia del dolo premeditado, consiste en el propósito deliberado y persistente de cometer un delito, acompañado de la preordenación de los medios”¹²⁵

“Si el deseo de delinquir se crea pausada, introspectiva e intencionalmente, forma entonces el dolo premeditado.”¹²⁶

El dolo en cuanto a su contenido se divide en:

- a) de daño
- b) de peligro
- c) de daño con resultado de peligro
- d) de peligro con resultado de daño

“Tenemos dolo de daño cuando el resultado que el agente tiende a producir, es un daño efectivo, es decir la destrucción o disminución real de un bien jurídico”¹²⁷

En el dolo de peligro se produce cuando el agente inicia una acción encaminada a realizar un daño efectivo, y el producto es nada más un peligro.

El dolo de daño con resultado de peligro la intención va encaminada a ocasionar el daño, y la ley, con motivos de protección social, da por hecho el momento consumativo previo a la ejecución del perjuicio.

¹²⁵ Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, ibidem, p. 594

¹²⁶ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit p. 230

¹²⁷ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, ob, cit, p. 590.

En el dolo de peligro con resultado de daño, la voluntad va encaminada a ocasionar el peligro y únicamente la punibilidad está condicionada a la comprobación de un efecto dañoso.

Respecto al tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, es un delito intencional, doloso; podemos decir que es un dolo determinado pues la intención es exclusiva e inequívoca (directa) al encaminarse a obtener, conservar, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; de una forma ilícita.

De acuerdo a su nacimiento es un dolo inicial o precedente, pues ya existe antes de la consumación del delito.

La culpa

La culpa es la segunda forma de culpabilidad, con base en el psicologismo.

"Existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley."¹²⁸

"Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado."¹²⁹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación señala:

¹²⁸ Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, tomo I, 18a. ed., Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona 1980, p.466.

¹²⁹ Mezger, Edmundo, Tratado de derecho Penal, ob, cit, p.171

“La esencia de la culpa radica en obrar sin poner en juego las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para evitar que se cause daño de cualquier especie...”¹³⁰

“Comete un delito imprudente, quien en los casos previstos por la ley, cause un resultado típicamente antijurídico, sin dolo, pero como consecuencia de un descuido por el evitable”¹³¹

Respecto de la Culpa, Pavón Vasconcelos expresa: “...aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbre”¹³²

La jurisprudencia nos dice:

“Para la existencia de la culpa es necesario comprobar:

- a) La ausencia de la intención delictiva
- b) La presencia de un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional.
- c) La relación de causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada.
- d) Que el daño sea producto de una omisión de voluntad, necesaria, para preservar de un deber de cuidado, indispensable para evitar un mal. Esta omisión de la voluntad exige que el hecho sea previsible y prevenible”¹³³

La culpa, por lo que hace al grado de conocimiento, se clasifica en consciente, también llamada con representación o previsión; e inconsciente llamada sin representación o sin previsión. Y en cuanto al grado de indiferencia, se distingue en culpa leve y culpa grave.

¹³⁰ Semanario Judicial de la Federación, tomo LVIII, Sexta Época, pp.24 y 25

¹³¹ Semanario Judicial de la Federación, vol. 83, Séptima Época, pp. 30 y 31

¹³² Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General Ed. Porrúa, S.A., México, 1974, p.371

¹³³ Anales de Jurisprudencia, XIII, p. 605

“La culpa es consciente cuando el agente se representa como posible, de que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán”.¹³⁴

Pavón Vasconcelos señala que existe culpa consciente cuando el sujeto “...ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan.”¹³⁵

Existe culpa con representación cuando se prevé el resultado como posible y se tiene la esperanza de que no se producirá.

Respecto a la culpa inconsciente dice que es: “Ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (Saber y Poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido).”¹³⁶

¹³⁴ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal ob, cit, p.470

¹³⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal, ob, cit p.372.

¹³⁶ Jiménez de Asúa, Luis ; Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Ed. Hermes, México, 1986 p. 378.

Existe culpa sin representación cuando no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

Cuello Calón, estima que la culpa se divide en tres grados:

"1) Culpa lata. Cuando el evento dañoso hubiera podido preverse por todos los hombres.

2) Culpa Levis. Cuando su previsión sólo fuere dable a los hombres diligentes.

3) Culpa levísima. Cuando el resultado hubiera podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común."¹³⁷

En contraposición a lo que señala Cuello Calón, Mezger opina: "La ley no conoce, en general, grados de la culpa. En especial, la distinción entre culpa consciente e inconsciente sólo representa una aclaración conceptual, pero no una gradación de la culpa con arreglo a su valoración jurídico-penal; en el caso concreto puede suponer la culpa consciente un reproche de menor cuantía que la culpa inconsciente."¹³⁸

Hay ciertos delitos que no pueden cometerse culposamente, estos son:

¹³⁷ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, 9a ed. ed. Editora Nacional México, 1961, p. 397.

¹³⁸ Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, II, 2a.ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p.170

a) En los que se exija la forma dolosa de la culpabilidad; tal es el caso del delito de homicidio en razón del parentesco, que exige un doble dolo: genérico y específico.

b) De tendencia, como es el delito de estupro, el de violación y el de incesto.

c) Que requieran un elemento subjetivo del injusto, como en el robo, el abuso de confianza y el fraude.

El tipo previsto por la fracción I de la Ley General de Salud, no puede cometerse culposamente, pues este tipo lleva consigo el conocimiento por parte del sujeto activo de que al obtener conservar, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; de una forma ilícita se infringe la ley.

2.2.10 LA INCULPABILIDAD EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

La inculpabilidad opera cuando falta alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad; la inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad. Ésta se da cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

Habrá inculpabilidad siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúa libre y espontáneamente. Quien realiza un hecho en apariencia delictivo, pero obra de esta forma por una fuerza física a la que no puede resistir, no será culpable.

“Se ha dicho que la inculpabilidad operará en favor del sujeto, cuando previamente medie una causa de justificación en lo externo o una inimputabilidad en lo interno, por lo cual, para que sea culpable un sujeto, deben concurrir en la conducta el conocimiento y en la voluntad de realizarla. Para algunos autores la inculpabilidad se dará sólo en el supuesto de error y en la no exigibilidad de otra conducta; sin embargo, otros penalistas consideran el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.”¹³⁹

¹³⁹ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit, p.237.

Las denominadas causas de inculpabilidad o causas de exculpación, excluyen la culpabilidad, éstas absuelven al sujeto en el juicio de reproche. En las causas de inculpabilidad, a diferencia de las causas de inimputabilidad, el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta, porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve.

La inculpabilidad consiste en la falta del nexo causal emocional entre el sujeto y su acto, es decir, la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

La base de la inculpabilidad es el error. Se ha considerado que el error y la ignorancia son actitudes psíquicas del sujeto, en la efectuación de alguna conducta. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, por lo que es de esperarse que la conducta se realice en sentido negativo. El error es la idea falsa o equivocada respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.

“Existen algunas legislaciones que han ocupado la expresión “error” y otras se han inclinado por el término “ignorancia”, ya que consideraron que éste abarcaba también el concepto error. Tanto el error como la ignorancia pueden consistir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales

condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el Derecho y por lo mismo con los fines que él propone realizar.”¹⁴⁰

El error se divide de la siguiente forma:

	esencial	
De hecho		en el golpe
	accidental	en la persona
ERROR		en el delito
	De derecho	

En el error de derecho, un sujeto en la realización de un hecho delictivo alega ignorancia o error de la ley; sin embargo no habrá inculpabilidad, siguiendo el principio de que la ignorancia de las leyes a nadie beneficia.

Para que error esencial de hecho tenga efectos de inculpabilidad, debe ser invencible (conocimiento incorrecto), ya que de lo contrario dejará subsistente la culpa (en el error vencible subsiste la culpa pese al error). Respecto del error esencial Vanini expresa. “El que recayendo sobre un extremo esencial del delito,

¹⁴⁰ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ibidem, p.238.

impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal”¹⁴¹

“En la doctrina, también se ha dividido al error de hecho en error de tipo y de prohibición; el primero versa sobre la conducta, cuando el sujeto cree atípica su actuación, considerándola conforme a Derecho, siendo en realidad contraria al mismo. El error de prohibición es el que se refiere al caso de obediencia jerárquica, cuando el inferior posee poder de inspección sobre la orden superior, pero por un error esencial e insuperable desconoce la ilicitud del mandato.”¹⁴²

El error accidental no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino en circunstancias secundarias, se subdivide en error en el golpe, error en la persona y error en el delito.

Estaremos en presencia de inculpabilidad en el tipo previsto por la fracción I de la Ley general de Salud, en el supuesto de que un médico obtenga un órgano humano, podría ser un riñón, cuando la persona de la cual lo obtiene le dice que es donador de dicho órgano sin serlo y le muestra un documento apócrifo donde consta tal circunstancia

¹⁴¹ Vanini, *Instituzioni di diritto Penale*, Italia, 1939, p.121

¹⁴² López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, ob, cit, p.239.

2.2.11 LA PUNIBILIDAD EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Previo a la punibilidad debemos abordar el tema de las condiciones objetivas de punibilidad, Beling dice que son: "ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen el carácter de culpabilidad."¹⁴³

La presencia de las condiciones objetivas de punibilidad condiciona la aplicabilidad de la sanción. Se consideran circunstancias que se hayan fuera del tipo del injusto y del de la culpabilidad, pero de su presencia dependen la punibilidad de la conducta ilícita y la posibilidad de la participación; no pertenecen al tipo por lo que no es preciso que sea abarcadas por el dolo ni por la imprudencia.

En las condiciones objetivas de punibilidad se expresa el grado de menoscabo del orden jurídico protegido, que en cada caso se requiere.

"Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellos requisitos establecidos en algunos tipos penales, lo (sic) cuales si no se presentan no es factible que se configure el delito; de ahí que al manifestarse sólo en algunos tipos penales, es porque no constituyen elementos básicos del delito, sino secundarios."¹⁴⁴

¹⁴³ Beling, Ernest Von. La Doctrina del Delito Tipo, ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, p31

¹⁴⁴ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit, p.254

Un ejemplo de una condición objetiva de punibilidad es la señalada en el delito de quiebra fraudulenta, el que para poder configurarse requiere de la previa declaración de quiebra. La quiebra la tiene que declarar precisamente la empresa “quebrada” y no otra persona ajena, porque se trata de un delito de querrela, quien tiene que acudir al Ministerio Público es la parte ofendida, ya que este delito no se persigue de oficio.

Los requisitos penales procesales se refieren a otras condiciones; tal es el caso del desafuero que se debe efectuar a un diputado que ha delinquido, previo al procedimiento penal; igualmente en el caso de un diplomático, primero se requiere llevar a cabo un procedimiento para despojarlo de su inmunidad, y así poner a iniciar el procedimiento penal.

La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, es el aspecto negativo de las mismas. “El lugar que ocupen dentro de la teoría del delito dependerá del criterio que se sustente, ya que algunos autores consideran que la ausencia de dichas condiciones, será el aspecto negativo de un elemento del delito, al considerar las condiciones objetivas de punibilidad elemento del delito, y otros estimarán que no constituyen un aspecto negativo del delito, al negar a las condiciones objetivas el carácter mismo de elemento.”¹⁴⁵

¹⁴⁵ López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit, p.258

“Cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; pero así como la carencia del acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias, hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y si se produce la denuncia o la querrela después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá alegarse de adversa la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad... permite, una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable.”¹⁴⁶

“Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, adecuación al tipo, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, pero no punibilidad en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo que viene a confirmar que está no es un elemento sino una consecuencia del delito.”¹⁴⁷

Las condiciones objetivas de punibilidad son elementos valorativos y generalmente, modalidades del tipo, en caso de no presentarse, constituirán formas atípicas, impidiendo la tipicidad de la conducta ilícita. Cuando en la conducta falta la condición objetiva de punibilidad no podrá castigarse la conducta. Asimismo, la falta de estas circunstancias ajenas o exteriores al delito, e independientes de la voluntad del agente, impedirán que la conducta se adecue a alguno de los tipos penales, por lo que no se impondrá sanción. El incumplimiento

¹⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis, Principios... ob cit. p.425

¹⁴⁷ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte ... ob, cit p.285

de las condiciones objetivas de punibilidad trae consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente.

LA PUNIBILIDAD consiste en el merecimiento de una pena, en virtud de la comisión de un delito.

Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad es "la amenaza de pena, que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social"¹⁴⁸

"Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal nulla poena sine lege, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por lo tanto constitutiva de delito y no es penada

¹⁴⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de derecho Penal Mexicano. Parte General, ob cit p.395

por consideraciones especiales. Sin embargo, cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7º del Código Penal.”¹⁴⁹

Algunos autores como Carrancá y Trujillo, e Ignacio Villalobos, **no** consideran a la punibilidad como elemento del delito, estiman que las excusas absolutorias dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena; no consideran a la punibilidad un elemento esencial del delito.

“Una acción o una abstención humana son penas cuando se les califica de delictuosas, pero adquieren este carácter porque se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el estado para creación y conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente. Más no se pueden tildar como delitos por ser punibles”.¹⁵⁰

La punibilidad para el tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, consistente en la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, lo es, según el párrafo primero del artículo 462 de la Ley General de Salud, de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica

¹⁴⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico-penal, Ed. Porrúa, S.A., México, 1954, p.59

¹⁵⁰ Villalobos, Ignacio, Manual de Derecho Penal Mexicano, 7a. Ed.- México, 1985, p.455

de que se trate y, según el último párrafo del precepto citado, si intervinieren profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se aplicará además suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más en el caso de reincidencia.

Y para el caso de la tentativa (infla) la punibilidad, atendiendo al artículo 63 del Código Penal Federal que establece: "Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario. En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior. En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.", la punibilidad será de dos años ocho meses a seis años ocho meses.

El artículo 194 del Código Penal Federal en el cual se encuentran catalogados los delitos federales grave, no contiene el tipo previsto previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud.

2.2.12 LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Las excusas absolutorias son el aspecto negativo de la punibilidad; son aquellas circunstancias específicamente establecidas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente. En éstas a pesar de existir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida la posibilidad de imponer la pena al autor. Carrancá y Trujillo divide a las excusas absolutorias, desde el punto de vista subjetivo, de la siguiente manera:

- "a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados;
- b) Excusas en razón de la copropiedad familiar;
- c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela;
- d) Excusas en razón de la maternidad consciente;
- e) Excusas en razón del interés social preponderante, y
- f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada"¹⁵¹

En las excusas en razón de los móviles afectivos revelados; la acción que el sujeto desarrolla, acredita en el nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble, por ejemplo el encubrimiento de personas que sean parientes ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, el cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad

¹⁵¹ Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 8a. ed., Ed. Libros de México, S.A., México, 1967, p. 378

hasta el segundo grado y los que estén ligados con el delincuente por amor, respecto, gratitud o estrecha amistad.

“Las excusas en razón de la copropiedad familiar se han querido fundamentar en motivos de intimidad o de una supuesta copropiedad familiar. Actualmente ya no existen este tipo de excusas absolutorias en nuestro Código Penal”¹⁵²

Las excusas en razón de la patria potestad o de la tutela, tienen su sustento en el hecho de quienes ejercen la patria potestad pueden corregir y castigar a sus hijos de una manera moderada, por así convenir a la educación de los hijos. Actualmente esta excusa absolutoria no existe.

Las excusas en razón de la maternidad consciente surgen cuando la mujer preñada no se provoca el aborto y corre peligro de muerte, a juicio del médico que la asiste, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

Las excusas en razón del interés social preponderante; debido al interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública, es punible el no procurar impedir por todos los medios lícitos que estén al alcance del

¹⁵² López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, ob, cit, p.269

sujeto, la consumación de los delitos que sepa van a cometerse o que estén cometiendo.

Del tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, ilícito que lo comete quien ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; en éste no se encuentra excusa absoluta aplicable al mismo, aseveración a la que se arriba en virtud de que si bien es cierto la fracción XI del artículo 6 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos establece:

ARTICULO 6.- Para los efectos de este Reglamento, se entiende por:

XI. disposición de órganos, tejidos y cadáveres y sus productos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres, incluyendo los embriones y fetos, **con fines terapéuticos, de docencia o de investigación.**

Este precepto nos señala los fines para los cuales se destinarán estos elementos; así también el título XIV de la Ley General de Salud denominado Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida, establece los lineamientos legales que deben registrarse para que **legalmente** se lleve a cabo la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos. El artículo 319 de la referida ley establece: "Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y

cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la Ley.”

También es cierto que la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud establece expresamente: “Al que ilícitamente...”; la palabra ilícitamente deja afuera toda posibilidad de que en dicha fracción haya excusas absolutorias.

CAPITULO III

3. LA TENTATIVA Y EL CONCURSO DE DELITOS EN LA FRACCION I DEL ARTICULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

3.1. CONCEPTO DE TENTATIVA.

El ilícito puede terminar en consumación o en tentativa. La primera se logra cuando el delito se ejecuta plenamente, y la tentativa ocurre al existir plena voluntad del sujeto para consumir el delito, y este no se logra por causas ajenas a su voluntad.

Según Mir Puig: "Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea propio y voluntario desistimiento."¹⁵³

De acuerdo a Mir Puig, los elementos de la tentativa son:

¹⁵³ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, 2a. Ed., ed. PPU, Barcelona, 1985, p 288.

- a) un inicio de ejecución en la parte objetiva, y la no realización de todos los actos ejecutivos necesarios;
- b) una voluntad de consumación, en la parte subjetiva,
- c) la ausencia de desistimiento voluntario

"Cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación de delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Ésta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito."¹⁵⁴

La tentativa es un delito imperfecto y que por sí mismo no constituye un delito autónomo; depende para su existencia, del tipo de delito que la originó. Aparece cuando el sujeto ha realizado todos los actos encaminados para la consumación del delito, el cual no se presenta por causas ajenas a su voluntad.

En los delitos culposos no puede haber tentativa, toda vez que el fundamento objetivo de la tentativa se encuentra en la decisión del sujeto de actuar dolosamente para afectar el orden público, por lo que la afectación del orden público al quedar truncada porque el delito no se concluye, hace que emerja la tentativa. El dolo es imprescindible, porque sin la intención del autor no tendría

¹⁵⁴ Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, op cit, p.474

cabida la capacidad para consumir un hecho típico, y que no se dió por causas ajenas a su voluntad.

En el delito consumado, así como en la tentativa, tiene que darse un dolo plenamente; pero cuando se consuma el ilícito, la transgresión a la norma se dió en toda su forma; a diferencia de la tentativa, su punición será menor que en el delito consumado.

“Por lo tanto la tentativa es de naturaleza imperfecta, si se compara con el delito consumado. Empero conviene precisar que la figura de la tentativa mantiene una dependencia absoluta respecto al delito doloso, pues aquella existe mientras no se consume el ilícito; si éste se verifica, la tentativa resultará inexistente.”¹⁵⁵

Maggiore, respecto de la tentativa señala que es: “un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por la irrealización del resultado.

3.1.1 ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

Podemos deducir que la tentativa tiene tres elementos:

1. La intención dirigida a cometer un delito;
2. Un acto idóneo, y
3. Una acción no realizada o un resultado no verificado.

La intención dirigida a cometer un delito; sino hubiera intención delictuosa, tampoco existiría la tentativa. En virtud de que el dolo proviene del tipo de delito

¹⁵⁵ López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, 7a. ed. Ed. Porrúa, México, 1999, p. 167

que se deseaba cometer, la intención es inequívoca, no admite interpretaciones, esa intención debe estar dirigida a la comisión de un delito.

Un acto idóneo; ese acto puede ser de cualquier naturaleza; la idoneidad consiste en ser capaz de producir el resultado que se ha propuesto el activo, sin que lo pueda conseguir por causas ajenas a su voluntad.

Una acción no realizada o un resultado no verificado; el acto delictivo no se completó, porque la conducta no se realiza o porque el resultado no se verifica.

El Código Penal Federal dispone:

ARTÍCULO 12. existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

De acuerdo a este precepto, dos los elementos básicos de la tentativa:

- a) la resolución delictiva, y
- b) el principio de la ejecución.

La resolución delictiva es un elemento subjetivo, íntimamente relacionado con la decisión tomada por el sujeto activo. El principio de ejecución, es un elemento objetivo, comprobable y de evidente existencia.

Podemos afirmar que la tentativa es la resolución que toma un sujeto para cometer un delito, realizando para ello una conducta tendiente a producirlo, u omitiendo un acto indispensable, dando como consecuencia que el ilícito no se presente por causas ajenas a la voluntad del activo.

3.1. FORMAS DE TENTATIVA

Existen dos formas de tentativa, la acabada y la inacabada.

La tentativa acabada es la ejecución completa de la conducta realizada por el activo, encaminada hacia un resultado delictivo, pero éste no acontece por causas ajenas a su voluntad.

La tentativa inacabada es la omisión del agente de uno o varios actos tendientes a la verificación del delito. La ejecución es incompleta, por lo que el resultado como consecuencia de tal omisión no se produce.

“La tentativa o conato se hace consistir en los actos de ejecución que no produce el resultado del delito. En este punto, siguiendo a Romagnosi, la doctrina distingue las tentativas acabadas y las inacabadas, refiriéndose con el autor citado, al delito frustrado que es la tentativa acabada del delito. En ella el agente llega a la ejecución de todos los actos que debían producir el resultado delictuoso.

Por ejemplo una persona dispara sobre su enemigo para causarle daño en su persona, pero la bala no toca al presunto ofendido. El Código Penal de 1871 designó la tentativa inacabada con el nombre de conato; esta figura de la tentativa consiste en los actos de ejecución que no llegan al último momento en que debía producirse el resultado. Por ejemplo, una persona apunta en contra de su enemigo, pero cuando está para disparar, alguna cosa súbita lo impide. Una mujer pone veneno en los alimentos que debe servir al marido y los tiene dispuestos para la hora de comer; pero el marido come en la calle con sus amigos y se libra así del delito.”¹⁵⁶

“la tentativa acabada se define como la resolución de cometer un delito exteriorizando la conducta que debería de producirlo, sin embargo, aquél no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.”¹⁵⁷

En la tentativa inacabada se tiene la resolución de cometer un delito, existiendo un comienzo de ejecución y no se consuma porque el agente omite realizar algún acto necesario para la verificación del ilícito.

“Tanto en la tentativa acabada como en la inacabada, el ilícito no se presenta contra la voluntad del sujeto, debido a factores externos que impidieron la consumación del ilícito, o la omisión del propio agente.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ Abarca, Ricardo, El Derecho Penal en México, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, pp.369-370.

¹⁵⁷ López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, ob cit, México, 1999, p. 170

¹⁵⁸ López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, ibidem,

Debemos diferenciar entre los actos preparatorios del delito y la tentativa; los primeros son eventos que por su naturaleza, no se pueden considerar punibles, por ejemplo la compra de un arma de fuego para cometer un homicidio. En la tentativa deben presentarse los actos dentro de un periodo lógico que respondan a una idoneidad, y por esto los actos preparatorios, por su naturaleza, están ajenos a la idoneidad necesaria.

El Código Penal Federal, para efectos de la sanción, da el mismo trato a la tentativa acabada como a la tentativa inacabada, es necesario señalar lo previsto por el artículo 63 del Código Penal Federal.

ARTICULO 63.- Al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

Al referir este precepto “tentativa punible”, acepta tanto la acabada como la inacabada, así como la que realiza de acción como la que se realiza de omisión; imponiendo una sanción atenuada, señalando un máximo: dos terceras partes de la sanción que le correspondiera si el delito se hubiera consumado, sin embargo no señala un mínimo.

Cuando los medios empleados son notoriamente inadecuados o inidóneos, o cuando es irrealizable el ilícito penal por ser imposible, se elimina la punibilidad de una tentativa. Pero si el sujeto activo emplea medios idóneos para la consumación de un delito, aunque sea imposible su realización, será punible en el grado de tentativa.

“El delito no obstante la voluntad del agente y los actos por el ejecutados puede no llegar a su consumación por dos causas: a) Cuando el medio empleado para realizarlo es inadecuado, inidóneo (v.g., cuando se intenta envenenar a una persona con sal común creyéndola arsénico); b) Cuando falta el objeto material del delito (v.g., las maniobras abortivas realizadas sobre una mujer no encinta).”¹⁵⁹

Para que la tentativa sea punible, es necesario que los actos realizados en la ejecución del delito sean idóneos, para que el delito se pueda producir, también se requiere el objeto material del delito, el cual al no existir, no se presenta la

¹⁵⁹ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal. Parte General, tomo I, ob cit, pp. 501-502.

tentativa, Carrara señala: "El delito es un ente jurídico, y por lo tanto las aludidas condiciones de los actos externos deben mirarse también en sus relaciones jurídicas. Asimismo la inidoneidad puede derivarse también de ciertas relaciones existentes entre los actos existentes y el sujeto pasivo del delito, cuando dichas relaciones constituyen un obstáculo legal, que hace imposible desde su comienzo la creación, en ese determinado orden o forma de hechos, del ente jurídico que se llama delito. La inexistencia del sujeto pasivo contra el cual se dirige la acción puede, en los casos congruentes, equivaler a la inidoneidad."¹⁶⁰

A diferencia de la tentativa, cuando la no realización o no consumación del ilícito se da por causas imputables a la voluntad del sujeto, estaremos frente a un desistimiento o un arrepentimiento. Desistimiento si antes de que el sujeto realice su conducta delictiva la misma no la efectúa; y el arrepentimiento es cuando ya cumplida o realizada la conducta, el mismo impide que se produzca el resultado.

"Desde el punto de vista de la política criminal, debe observarse que el que desiste de una acción delictuosa, incoada o completa, demuestra menor maldad y ciertamente menor peligrosidad que el que persiste en ella; por otra parte, es interés del Estado estimular el desistimiento y evitar un delito, prometiendo la impunidad, o un trato más benigno, al que se detiene ante las últimas consecuencias de la mala obra."¹⁶¹

¹⁶⁰ Carrara, Francisco, Programa de Derecho Criminal. Parte General, vol. I, 7a. ed., Ed. Temis, Bogotá, 1956, pp.251-252

¹⁶¹ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, volumen II, ed. Themis, Bogotá, 1989, p. 84

El arrepentimiento, así como el desistimiento es una circunstancia aportada por la voluntad del agente.

TENTATIVA IMPOSIBLE

Hay tentativa imposible cuando, por falta de idoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no puede llegarse a la consumación del delito querido. Se encuentra relacionada con el delito imposible, hay imposibilidad para cometer el delito, esa imposibilidad elimina el que se pueda dar también la tentativa; existe una opinión generalizada de que ese tipo de conductas no son sancionables, sino en medida en que puedan producir un daño distinto al querido. Ambos se presentan cuando hay falta de objeto, de medios o de sujetos requeridos para que el delito efectivamente se logre; la jurisprudencia señala:

“La imposibilidad para cometer un delito elimina la posibilidad de una tentativa cuando los medios empleados son notoriamente inadecuados o no idóneos, o bien cuando una de los copartícipes desiste de su propósito criminal y exclusivamente por esta causa los demás copartícipes no logran consumir la infracción penal.”¹⁶²

“Del delito y tentativa imposible, debe distinguirse el delito putativo, porque éste se define como la conducta no penada por la ley, cuando el autor cree erróneamente que sí lo está. Supone el agente, bajo los efectos de un error, de que existe un tipo penal aplicable a la conducta por él desplegada. En la tentativa imposible es típico lo que se pretende conseguir y que se intenta en forma inadecuada; en cambio en el delito putativo se tiene en mente que está penado,

¹⁶² Boletín de Información Judicial, Vol. VI, p.7

osea que es típico, lo que no lo es, y la conducta que se despliega es la idónea. Es el caso particular del Estado de Veracruz que no penaliza el adulterio, y si alguien bajo esa circunstancia, lo comete, estaremos frente a un caso de delito putativo. En el delito putativo, existe uniformidad de criterio de que no es sancionable.”¹⁶³

Del artículo 12 del Código Penal Federal (*supra*), se desprende que la tentativa acabada y la inacabada se puede dar tanto en los delitos de actividad como en los de inactividad u omisión.

¹⁶³ López Betancourt, Eduardo; Introducción al Derecho Penal, ob, cit, pp.177 y 178

3.3. LA TENTATIVA EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

El tipo previsto en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud es un delito de actividad, para estar en presencia de la tentativa en este tipo, debemos partir del dolo, en virtud de que la tentativa encuentra su objetivo en la decisión del sujeto de obtener, conservar, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos de manera ilícita. Respecto del tipo en estudio hemos apuntado que es un delito doloso de resultado material y por consiguiente sí acepta la tentativa. En los delitos culposos no hay tentativa, debe existir plena voluntad del sujeto para consumar el delito y éste no lograrse por causas ajenas a su voluntad y no por desistimiento voluntario. Para ejemplificar la tentativa en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud; tomemos la primer hipótesis, la de obtener un órgano, hablemos de un riñón, ilícitamente; si un médico realiza toda la preparación del material quirúrgico y suministra anestesia a la persona de la cual ilícitamente va a obtener dicho órgano; y cuando está a punto de iniciar la sustracción es impedido por otras personas que súbitamente llegan al lugar.

En el caso de la tentativa en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, (supra) la punibilidad es de dos años ocho meses a seis años ocho meses.

3.4. CONCEPTO DE CONCURSO DE DELITOS.

Habrá concurso de delitos cuando un mismo agente ejecuta varias conductas delictuosas de la misma índole (delitos iguales) o de diversa (delitos distintos).

Mir Puig, señala: "Existe concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos. En el primer caso se habla de concurso ideal, mientras que en el segundo se produce un concurso real. Dentro de este último el Código Penal distingue el supuesto de que uno de los delitos sea medio necesario para cometer otro (concurso medial). El concurso ideal y el medial reciben el mismo tratamiento jurídico en nuestro Derecho, contraponiéndose al régimen general del concurso real."¹⁶⁴

"..si existe una diferencia entre el concurso de delitos propiamente dicho y lo que bien podemos denominar 'concurso aparente de normas' donde se habla de aparente porque sólo es un problema formal, o como algunos especialistas denominan, pseudoproblema, en donde hay la pretensión normativa de que ante, la pluralidad de disposiciones legales, se aplique una con exclusión de las demás. El tema de la exclusión y el del por qué o cómo se ha de aplicar una de ellas, o en

¹⁶⁴ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, ob cit, p.598.

base a que, son los aspectos que podrían considerarse en el tema de concurso aparente de normas.

Por otro lado, el concurso de delitos, es un problema objetivo en donde una sola acción produce varias infracciones a la ley penal. Veamos un ejemplo. Juan Pérez dispara su arma de fuego con la cual atraviesa el cráneo de Juan López, la misma bala atraviesa el brazo de Juan Gómez y esa misma bala rompe un jarrón de cristal. De esta manera con una misma conducta se han cometido los delitos de: homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena. Aquí hay un sentido estricto, un concurso de delitos, esto es varios delitos se han cometido con una sola conducta.

En cambio el concurso de normas tiene su mejor expresión en el ejemplo del contrabando. Un sujeto que introduce mercancías al país sin pagos de impuestos; lo mismo se le puede aplicar el Código Fiscal de la Federación o la Ley Aduanera, ¿cuál se le aplicará?, ¿por qué?. Estos son los planteamientos y las soluciones que busca el concurso de normas."¹⁶⁵

Habrá concurso de normas penales cuando existan varias disposiciones que sea factible se apliquen a una sola conducta. Al concurso de normas también se le llama concurso aparente de normas, con la finalidad de precisar que no se han violado varias normas, sino una solamente una, siendo las demás inaplicables. Para la debida aplicación de la norma, cuando aparentemente son varias las normas que se pueden imponer, existen los siguientes principios:

- a) Principio de la especialidad;
- b) Principio de consunción o de absorción;
- c) Principio de subsidiaridad; y
- d) Principio de la alternatividad.

a) Principio de la especialidad; en este debe preferirse y por tanto aplicarse la ley especial sobre la general.

Puig Peña, expresa: "...es aquél por cuya virtud cuando dos leyes penales protectoras del mismo bien jurídico una de ellas contiene, sin embargo, respecto de la otra algún elemento singular que concrete más el supuesto, debe ser aplicada aquélla con exclusión de la segunda"¹⁶⁶

b) Principio de consunción o de absorción; en éste, la ley de más amplio alcance debe absorber a la de menor alcance

Mir Puig expresa: "Conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye (consume) ya el disvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiaridad."¹⁶⁷

c) Principio de subsidiaridad; consiste en la aplicación de la norma principal o primaria en lugar de la secundaria o subsidiaria. La subsidiaria puede ser expresa o tácita.

¹⁶⁵ López Betancourt, Eduardo: Introducción al Derecho Penal, ob, cit, pp. 225 y 226

¹⁶⁶ Puig Peña, Federico, Coalición de Normas Penales, Barcelona, 1955, p. 99 .

¹⁶⁷ Mir Pig, Santiago, Derecho Penal. Parte General, ob, cit, p. 607

“Varios grupos de casos suelen incluirse entre los supuestos de subsidiaridad tácita. Por una parte, aquéllos en que el sujeto interviene al mismo tiempo como partícipe y autor, o con distintas modalidades de participación (así inducción y complicidad). Se considera subsidiaria la forma de intervención menos grave, que ha de ceder frente a la más grave. Por otra parte, el delito imprudente es subsidiario respecto del doloso. Por último, se dice que las fases delictivas anteriores a otras más avanzadas son subsidiarias de éstas (así por ejemplo, la tentativa se considera subsidiaria respecto de la consumación, y los delitos de peligro concreto respecto de los de lesión del mismo objeto de la acción afectando, mientras que se niega que sean los delitos de peligro abstracto porque suponen un peligro más colectivo que no se agota en la lesión que se produzca).”¹⁶⁸

d) Principio de alternatividad; cuando dos leyes protegen el mismo bien jurídico, se puede aplicar cualquiera de las dos, siendo indiferente la que subsista.

El Código Penal Federal en su artículo 6o. se inclina por el principio de especialidad al señalar:

ARTICULO 6o.- Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.

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

¹⁶⁸ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General *ibidem*, pp.606 y 607.

Lo señalado inicialmente en el artículo 6 del Código Penal Federal es lo que acontece respecto del tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud; toda vez que el Código Penal Federal no contiene ningún tipo que prevea la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres y fetos de seres humanos de manera ilícita; por lo que se toma en consideración lo previsto por la Ley general de salud, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero, y en su caso, las conducentes del Libro Segundo del Código Penal Federal.

3.5. FORMAS DE CONCURSO DE DELITOS.

El concurso de delitos puede ser:

- a) ideal o formal
- b) real o material

Habrá concurso ideal, cuando con una sola conducta se infringen dos o más disposiciones penales. Cuello Calón expresa: "Hay concurso ideal cuando con una sola acción se producen varias infracciones de la Ley Penal. También hay concurso ideal cuando se comete un delito como medio para la ejecución del otro. En este caso, se ha dicho, existen dos delitos, pero se unifican en la conciencia del agente por razón del vínculo que enlaza al uno con el otro."¹⁶⁹

¹⁶⁹ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, 9a. De. Editora Nacional, México, 1961, pp. 570 y 571

Para Cuello Calón el concurso ideal es una unidad de acción y una unidad de fin; en el agente deben darse varios fines criminosos, e incluye el caso de que se cometa un delito como medio para la ejecución de otro. Por ejemplo, en el supuesto de que para privar de la vida a una persona se coloque una bomba en su coche, para que muera es indispensable que sufra daños el automóvil; por lo que para cometer el delito de homicidio previamente se comete el delito de daño en propiedad ajena.

“A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico.

UNIDAD DE ACCIÓN Y DE RESULTADOS. Cuando una conducta singular produce un solo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente; se habla entonces de unidad de acción y de unidad de lesión jurídica.

UNIDAD DE ACCIÓN Y PLURALIDAD DE RESULTADOS. En este caso aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales. En el concurso ideal o formal -y atendiendo a una objetiva valoración de la conducta del sujeto-, se advierte una doble o múltiple infracción; es decir por medio de una sola acción u omisión del agente se llenan dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas, afectándose, consecuentemente, varios intereses tutelados por el Derecho...”¹⁷⁰

¹⁷⁰ Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, ob, cit pp.307 y 308

Respecto al concurso ideal de delitos, Mir Puig, apunta: "La doctrina distingue el concurso ideal heterogéneo del concurso ideal homogéneo. El primero se produce cuando el hecho realiza delitos distintos, mientras que el segundo se dará cuando los delitos cometidos son iguales. Ejemplos: causar lesiones a un agente de la autoridad, constituye un concurso ideal heterogéneo (concurren el delito de lesiones y el de atentado, delitos distintos) mientras que el matar a varias personas con una sola bomba originará un concurso ideal homogéneo (concurren varios asesinatos, que son delitos iguales)."¹⁷¹

Habrá concurso real o material, cuando se han realizado varias conductas y se han infringido varias disposiciones penales.

Pavón Vasconcelos expresa: "Existe concurso real de los delitos cuando una misma persona realiza dos o más conductas independientes que importan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la naturaleza de éste, si no ha recaído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no está prescrita"¹⁷²

Según Pavón Vasconcelos el concurso real está íntimamente ligado con la acumulación, por ello deben darse, para que exista concurso real los siguientes requisitos:

¹⁷¹ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. ob cit, p. 598

¹⁷² Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, ob, cit p.468

- a) Que exista identidad en el sujeto activo;
- b) Que haya una pluralidad de conductas;
- c) Que se dé igualmente una pluralidad de delitos;
- d) Que no exista sentencia irrevocable respecto de los delitos en concurso, y
- e) Que la acción penal no se encuentre prescrita.

La opinión de Mir Puig respecto a la relación íntima entre concurso real y acumulación coincide con lo expresado por Pavón Vasconcelos, pues Mir Puig establece: "Existe concurso real, cuando una pluralidad de hechos de un mismo sujeto constituye una pluralidad de delitos..."¹⁷³

"A nuestro juicio, y sin quitarle respetabilidad al concurso real de delitos, sentimos que el único y verdadero concurso de delitos es el ideal, ya que en él se está dando de manera muy clara la participación o la presencia de varios ilícitos, por una sola conducta.

Consideramos de especial interés, la opción de denominar concurso real, cuando con una conducta se han infringido varias normas penales, ya que en este caso estaríamos tratando -según algunos autores- de concurso ideal, y para otros de concurso material, dependiendo si el agente quería o no cometer varios delitos con una única conducta, será un concurso ideal; en cambio si con una sola conducta se cometieron varios delitos, pero no los deseaba, se dice que hay concurso material. Estos planteamientos son nuevos y respetables, pero para

¹⁷³ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. ob, cit, p. 602

efectos prácticos y siguiendo la orientación de la mayoría de los estudiosos, aceptaremos que el concurso ideal, independientemente de la voluntad del agente, se presenta cuando con una sola conducta se infringen varias disposiciones penales.¹⁷⁴

El Código Penal Federal define al concurso ideal y al concurso real, establece:

ARTICULO 18.- Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

En el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud; un caso de concurso ideal, por ejemplo lo es un sujeto activo, en el Distrito Federal obtiene de otro ser humano su corazón, y por consiguiente priva de la vida a de quien obtuvo el corazón.

El sujeto activo, con una conducta singular, infringe dos disposiciones penales:

- a) La fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, en la hipótesis de obtener ilícitamente un órgano, en este caso un corazón.
- b) El artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal, al privar de la vida a otra persona.

En el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, un caso de concurso real, por ejemplo lo es que el sujeto activo en el Distrito Federal privara de la libertad a una persona y ese mismo sujeto activo

¹⁷⁴ López Betancourt, Eduardo Introducción al Derecho Penal, ob, cit, pp. 229 y 230

obtuviera de ella un riñón. El mismo sujeto activo realiza dos conductas independientes la una de la otra, que cada una integra un delito, tal sería:

- a) Infringir el artículo 163 del Código Penal Federal al privar de la libertad a otro con el propósito de perjudicar a la persona privada de la libertad.
- b) Infringe la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, al obtener de esta persona de manera ilícita un órgano , en este supuesto un riñón.

La acumulación se presenta cuando se han realizado varios delitos y los mismos no han sido sancionados; si alguno de ellos hubiese sido sancionado no se podría presentar esta figura. La acumulación es el sistema por el cual se va a sancionar al concurso real de delitos. Se considera que son tres los sistemas para castigar al concurso real o material:

- a) La acumulación material de las penas;
- b) La absorción de las penas, y
- c) Acumulación jurídica.

En la acumulación material de las penas se aplican todas las penas que correspondan a cada uno de los delitos cometidos; por ejemplo, si una persona cometió los delitos de homicidio y daño en propiedad ajena, si sus penas fueran respectivamente quince y tres años de prisión, la sanción que se impondrá al infractor, de acuerdo a la acumulación material de las penas, será de dieciocho años de prisión.

En el sistema de absorción el delito de mayor penalidad absorbe a los otros, en el anterior ejemplo se aplicaría sólo quince años de prisión, la pena del delito de homicidio absorbe a la de daño en propiedad ajena.

En el sistema de acumulación jurídica se toma como base para la imposición de la sanción el delito mayor, al que se le van incrementando en forma proporcional las sanciones de los demás delitos cometidos, siempre y cuando no se exagere la pena final, es decir la sanción deberá ser adecuada y justa, tomando en cuenta la diversidad de factores.

“...no hay concurso cuando las conductas realizadas constituyen un delito continuado; el delito continuado, podemos precisar, será una pluralidad de conductas y un sólo propósito delictivo; es el caso de quien quiere robar una caja de vino y durante 12 días se lleva una botella, habrá 12 conductas pero un sólo fin: el robo de la caja de vino.”¹⁷⁵

Respecto a la acumulación y al concurso de delitos el Código Penal Federal, en su artículo 64, establece que para el concurso ideal se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero, en este caso el artículo 25 de dicho ordenamiento señala un máximo de sesenta años de prisión. En caso de concurso real se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos

¹⁷⁵ López Betancourt, Eduardo Introducción al Derecho Penal, ibidem, p. 232

cometidos, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

De lo anterior se desprende que el Código Penal Federal no sigue en forma ortodoxa un sistema de los tres que se señalaron. En el caso de concurso ideal, su punición se asemeja a la acumulación jurídica; en el caso del concurso real se asemeja más a la acumulación material, pero la limita por el número de años de prisión.

Respecto al artículo 64, la jurisprudencia establece que es obligación del juez aumentar la pena, señala:

“El aumento de penalidad, que es consecuencia de la acumulación, no es potestativo sino ineludible. El tiempo verbal futuro podrá respecto del aumento de pena en la acumulación de delitos, según el texto del artículo 64 del Código Penal, no trae implícito el arbitrio judicial, porque no es potestativo del juzgador, en las especies acumulativas, aumentar o no la pena del delito mayor, sino que ese aumento es obligatorio, dentro de los límites legales.”¹⁷⁶

La reincidencia y la habitualidad son figuras que se refieren a personas que vuelven a delinquir cuando ya han sido juzgadas y sentenciadas por delitos anteriores.

¹⁷⁶ Boletín de Información Judicial, tomo I, p.287

La reincidencia va íntimamente ligada al hecho de tener un delincuente más peligroso; y a la necesidad de agravarle a ese delincuente la sanción. El artículo 20 del Código Penal Federal establece:

ARTICULO 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales.

De lo anterior se desprende que es válida la reincidencia internacional siempre y cuando se trate de delitos con ese mismo carácter en México; y se acepta la prescripción de la reincidencia.

Los artículos 22 y 23 del ordenamiento legal invocado estipulan:

ARTÍCULO 22. En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno sólo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable.

ARTICULO 23. No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente.

La jurisprudencia ha establecido:

“Empero haya constancias demostrativas de que alguien ha sido consignado varias veces ante la autoridad penal por actos emanados de una misma pasión o inclinación viciosa, ante la disposición inequívoca del artículo 20 del Código Penal, si en ninguna de las consignaciones ha recaído sentencia ejecutoriada, no hay base para estimar que se está frente a un caso de reincidencia y mucho menos de habitualidad delictiva”¹⁷⁷

“son reincidentes quienes delinquen de nuevo cuando se hallan disfrutando del beneficio de condena condicional, dentro de los tres años siguientes a la fecha en que causó ejecutoria la sentencia que les otorgó el beneficio, pero no se les puede agravar la pena, en atención a la reincidencia, sino lo solicita a sí el Ministerio Público en sus conclusiones acusatorias.”¹⁷⁸

La habitualidad y la reincidencia se encuentran íntimamente ligadas; la reincidencia depende y se vuelve consecuencia de la habitualidad. El delincuente habitual es quien reincide cuando ya ha sido reincidente (doblemente reincidente), es decir vuelve a delinquir después de haber reincidido. En la habitualidad se dan tres momentos: primero cuando se comete un delito y sobre el agente recayó una sentencia ejecutoriada; un segundo momento: vuelve a cometer un delito, y tomando en cuenta la sentencia ejecutoriada se le considera reincidente y por ello se le aplica un incremento a la pena que le corresponde; un tercer momento: vuelve a delinquir y habiendo sido condenado, también en sentencia ejecutoriada, como delincuente reincidente; ahora en este tercer momento se le habrá de considerar delincuente habitual.

La habitualidad es un grado mayor a la reincidencia, incurre en ella el reincidente al volver a delinquir y además de la habitualidad, hay autores que agregan otra clasificación, la del incorregible o incorregido, quienes son

¹⁷⁷ Boletín de Información Judicial, tomo II, p. 18

¹⁷⁸ Anales de Jurisprudencia, tomo XVIII, p. 300

delinquentes que nacen para un género de vida en el mundo de la ilicitud y cuya readaptación social es un ideal.

Cuello Calón comenta: "El concepto de delincuente habitual tiene íntima relación con el de delincuente incorregible y hasta puede decirse que ambos se identifican. La doctrina científica, con frecuencia los emplea como sinónimos y algunas legislaciones no hablan de delinquentes habituales sino de delinquentes incorregibles. Es lógica tal identificación pues el que después de haber sido condenado reiteradas veces y cumplió numerosas penas delinque de nuevo, muestra que éstas no han podido reformarle o al menos contener su inclinación al delito. Delincuente habitual equivale pues a delincuente incorregible."¹⁷⁹

El artículo 21 del Código Penal Federal establece:

ARTICULO 21. Si el reincidente en el mismo genero de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años.

La jurisprudencia ha interpretado el precepto anterior, estableciendo:

"Para que la habitualidad exista no basta que en período de diez años se hayan cometido tres infracciones del mismo género, sino que es indispensable que en la segunda o en la tercera, tenga el acusado el carácter de reincidente en la forma y términos establecidos por el artículo 20 del Código Penal, pues si bien es sabido que la doctrina estudia y desarrolla dos clases de reincidencia, la llamada propiamente reincidencia y la reincidencia ficta, consistente la primera en que se haya cumplido la condena impuesta con anterioridad, y la segunda, en que exista una sentencia ejecutoriada, independientemente de que se haya cumplido o no la condena, nuestra ley positiva siguió un criterio distinto, ya que conforme al

¹⁷⁹ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, ob cit, pp. 512 y 513

artículo 20 citado, no basta que con anterioridad se haya dictado una sentencia ejecutoriada sobre infracción de cualquier género (reincidencia genérica), sino que es indispensable, además, que al cometerse el nuevo delito no haya transcurrido el tiempo necesario para la prescripción de la pena impuesta en la primera sentencia.”¹⁸⁰

¹⁸⁰ Anales de Jurisprudencia, tomo XX, p. 856

4. LA PARTICIPACIÓN EN LA FRACCIÓN I DEL ARTICULO 462 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

4.1. CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN.

Existen diversas formas de intervención de los sujetos en la realización de un delito, y cada una recibe un tratamiento especial, dependiendo del modo en que cada sujeto participa. A las formas de intervención se les ha dado diferentes acepciones, como participación coparticipación, codelincuencia, concurso de personas, entre otras.

El Código Penal Federal (artículo 13, facciones I a VII,) enuncia el grado de responsabilidad en la comisión del delito.

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
 - II. Los que los realicen por sí;
 - III. Los que lo realicen conjuntamente;
 - IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
 - V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
 - VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
 - VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito; y
- VII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

En virtud de que el Código Penal Federal únicamente enmarca las posibilidades de participación en el delito sin precisar quienes son autores y quienes son partícipes la doctrina ha creado figuras diversas de autores, cómplices, encubridores y en general de todos los que intervienen en la realización del delito.

Debemos partir de la base que el autor (material) se encuentra en primera categoría, distinguiéndose de las demás figuras que concurren a la realización del hecho delictivo, porque su acción es la que produce la violación al tipo penal, la participación de los demás no es determinante al ejecutar el delito, sobre todo cuando la descripción legal del delito, requiere cierta calidad del agente delictivo.

No obstante que el Código Penal Federal atribuye a todos el carácter de responsable, el trato que a cada uno de ellos deba darse será diferente, pues hay que tomar en cuenta su grado de intervención, la magnitud de su participación, etcétera. Delimitar cada una de las figuras que integran la autoría y participación es importante, pues distinguiendo los grados de intervención se podrá determinar la pena para cada uno de los sujetos, de acuerdo a su intervención.

Cuello Calón llama a la participación codelincuencia, señalando: “Es condición precisa para la existencia de codelincuencia que varias personas quieran la ejecución de un mismo delito y que además realicen algo encaminado a su producción. Es, pues, necesario:

A) Intención en todos los copartícipes de realizar un determinado delito. La intención ha de estar encaminada a la consumación del delito y no tan sólo a la

realización de alguno de los actos de ejecución. En los hechos no intencionales, en los culposos (negligencia), no hay codelincuencia.

B) Todos los copartícipes deben ejecutar por lo menos algún acto encaminado directa o indirectamente a la producción del delito. No es preciso que realicen los actos propios y característicos de éste, basta con que su actividad tienda a la ejecución del hecho delictuoso. Tampoco es preciso que el delito llegue a consumarse, de modo que la codelincuencia existe no solamente en caso de consumación sino también en los grados de frustración y tentativa.¹⁸¹

El delito cometido por varios partícipes es uno sólo y todos los que concurren a su realización son responsables de él. Cuello Calón incluye dentro de la participación en el delito, al autor; lo considera como el que ejecuta el delito realizando los elementos integradores de la descripción legal, el autor puede ser autor mediato (no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento) o coautor. Otra forma de participación es la inducción una persona induce a otra a cometer el delito también es llamado autor intelectual y el que lo ejecuta directamente es llamado autor material. También la ayuda o auxilio es una forma de participación, aquí se distingue al delincuente principal que es quien ejecuta la acción principal, de los copartícipes, que ejecutan acciones secundarias; la complicidad puede ser moral y material; moral cuando únicamente instruye al delincuente para ejecutar el delito, prometiéndole ayuda para su realización; es material cuando le acerca medios materiales para la

¹⁸¹ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, tomo I, 9a, ed., Editorial Nacional, México, 1961, p. 547

perpetración del delito o interviene en su ejecución, realizando actos que no son establecidos en la descripción legal.

Referente a la participación existen dos teorías: la unitaria y la pluralística; en la primera los autores coinciden en señalar que el delito tiene como base la unidad y todos los que en él participan son penados, atendiendo a la figura delictiva por la cual concurrieron para su realización. Esta teoría es objetiva y analiza el grado de la intervención de cada uno de los participantes en el delito. La teoría pluralística se dirige más a la persona del delincuente que a la objetividad del delito y considera a cada uno de los participantes como responsables de un delito en particular, y estima su punibilidad de acuerdo con la significación del hecho delictivo antisocial, tomando en cuenta también la temibilidad del delincuente.

“Nosotros estamos de acuerdo con la teoría unitaria, en virtud de que es uno el delito que se comete; independientemente que participen varios sujetos, las voluntades de éstos van orientadas a la ejecución del mismo hecho delictivo, luego entonces, no se puede considerar que cada uno realice un delito; por tal motivo no se configuran delitos distintos, sino es solamente uno, en el que, para su realización intervienen en directa o indirectamente otras personas.”¹⁸²

¹⁸² López Betancourt, Eduardo Introducción al Derecho Penal, ibidem, p. 201

Hay que aceptar una diferencia entre autor y partícipe; autor es el creador del delito, quien lleva al cabo el evento delictivo; los partícipes son los que ayudan, colaboran con el autor, pero nunca llevarán la plena responsabilidad del evento delictivo. Sin embargo el Código Penal Federal, específicamente en su artículo 13 da el mismo valor al autor y a quienes le ayudan por lo que, según este precepto autor y partícipe pueden ser sinónimos.

Jescheck señala: "es autor el que realiza por su propia persona todos los elementos del tipo de la acción punible. El concepto de autoría no se limita, sin embargo, a la autoría individual de propia mano, sino que también alcanza a los casos en los que el autor se sirve de otro como 'instrumento'. También se castiga, pues, como autor a 'quien comete el hecho punible a través de otro' (autoría mediata). Además, existe la posibilidad de que varias personas vinculadas entre sí colaboren en un hecho como autores (coautoría). En este sentido: 'si varios cometen conjuntamente el hecho punible serán castigados todos como autores'. Finalmente, también es posible que varias personas intervengan en un mismo hecho como autores independientemente los unos de los otros (autoría accesoria). Mientras que el autor comete por sí mismo o a través de otro la acción típica o colabora en ella como coautor, el inductor y el cómplice quedan fuera del tipo. De ellos se ocupan preceptos penales específicos es inductor quien ha determinado dolosamente a otro a realizar un hecho antijurídico cometido dolosamente', y

cómplice 'quien ha prestado ayuda dolosamente a otro a realizar un hecho antijurídico cometido dolosamente.'¹⁸³

El autor es quien realiza la totalidad de los elementos del tipo por su propia persona, es a lo que Jescheck caracteriza como autor individual, pero el hombre puede actuar en colaboración con otros, es cuando surge la figura de la participación y con ella el problema de la intervención de varios en un mismo hecho delictivo. Para Jescheck, bajo el título de "autoría y participación" se regulan todas las formas de intervención en el hecho punible. No pertenecen a un mismo plano autoría y participación, sino que hay una línea de separación entre autor, coautor, autoría mediata y cómplice e inductor o instigador. Explica que el coautor y autor mediato cometen la acción punible como autores.

4.1. FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

Ya hemos apuntado que el artículo 13 del Código Penal Federal determina quienes serán los responsables del delito. Y la doctrina se ha encargado de señalar a los autores del delito en sus diversas modalidades y a los partícipes del delito que concurren a su realización.

¹⁸³ Jescheck, Hans-heinrich, Tratado de Derecho Penal, ob cit, pp.887 y 888

Existen diferentes formas de participación en el hecho delictivo, éstas son:

1. Autor material, directo o inmediato;
2. Coautor;
3. Autor intelectual (instigador);
4. Autor mediato;
5. Cómplice;
6. Encubridor;
7. Asociación o banda delincuente; y
8. Muchedumbre.

AUTOR MATERIAL, DIRECTO O INMEDIATO

Es la persona que directamente ejecuta el tipo descrito por el legislador.

Respecto de autor material Pavón Vasconcelos sostiene que: “.. es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley. Son autores en el orden material y por ello inmediatos, quienes realizan la ejecución de la acción típica.”¹⁸⁴

Para Maggiore es “...aquel que con su acción, completa por el aspecto físico y por el aspecto psíquico, comete el acto delictuoso. Autor es el agente, el sujeto activo, el reo, en sentido primario, a que se refiere la ley cuando establece el modelo del delito. Por regla general se le indica con la expresión ‘el que’”¹⁸⁵

¹⁸⁴ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, ob cit, pp. 448 y 449.

¹⁸⁵ Maggiore Giuseppe, Derecho Penal, ob, cit, p.107

Soler dice que: "...es el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva."¹⁸⁶

Zaffaroni comenta:

"...no cabe duda de que hay dominio del hecho cuando un sujeto realiza personalmente la totalidad de la conducta descrita en el tipo. No debe confundirse este criterio con el de la teoría 'formal objetiva', pues en esta teoría bastaba con que el sujeto realizase la parte externa, objetiva, de la conducta, ya que respondía a una teoría eminentemente objetiva del tipo. En la teoría del dominio del hecho no basta con que llene objetivamente el tipo, sino que también lo debe llenar subjetivamente.

En el caso de que un sujeto llene objetiva y subjetivamente los requerimientos de la conducta típica en forma personal y directa no ofrece ninguna duda acerca de que tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho. Pero puede suceder que también lo haga valiéndose de alguien que no realiza conducta, como cuando el que empuja a otro sobre una vidriera lo hace para cometer el delito de daños contra el comerciante a quien odia. En este caso, puesto que el empujado actúa como una masa mecánica, lo mismo da que haya sido su cuerpo o una piedra, de manera que el que actúa valiéndose de alguien que no realiza conducta también es autor directo porque realiza directamente la conducta típica."¹⁸⁷

¹⁸⁶ Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, tomo II, 3a. ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, p.244

¹⁸⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, pp.607 y 608.

El autor material se encuentra enmarcado en la fracción II del artículo 13 de Código Penal Federal, que a la letra dice: “los que lo realicen por sí”, esto quiere decir los que lo ejecuten de manera directa y materialmente. Siempre será el que realice la conducta típica, es decir, descrita por la ley penal, es una figura principal y tradicional, de la que parten las demás modalidades.

El tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud es llevado a cabo por un autor material, que realice por sí la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos de manera ilícita. Por ejemplo un médico que directa y materialmente obtenga de manera ilícita de otro ser humano un par de córneas.

COAUTOR

El coautor es el que en unión de otro u otros autores responsables ejecuta el delito, realizando conductas señaladas en la descripción penal. Todos los coautores son igualmente punibles. Son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho delictivo. El sujeto puede hacerse coautor de un delito por una intervención igual a la de otros sujetos, o porque junto con otro u otros se hayan dividido sus funciones. El coautor es responsable de su acción, no depende de la acción de otro, reúne las condiciones requeridas para el autor de ese delito porque realiza los actos ejecutivos descritos en la ley penal, por eso se dice que en la coautoría hay imputación recíproca y supone autoría en todos los que concurren en la realización del hecho delictivo descrito en la norma penal, y cada uno de ellos puede ser autor idóneo de la parte que le corresponde a los demás.

Soler señala al respecto: "... también es autor el que interviene en igualdad de situación con otro a la producción de un hecho común. El autor no es autor mediato, sino un autor inmediato."¹⁸⁸

"La imputación recíproca se justifica por el principio del acuerdo común; es un elemento subjetivo necesario en la coautoría, por lo que no basta el consentimiento de uno sólo, sino que todos deben actuar conscientemente y con intención de realizar el hecho delictivo. En ese acuerdo común, que no es otra cosa que la concordancia de voluntades que resuelven realizar el delito, debe fijarse la distribución de funciones mediante la cual ha de conseguirse el resultado deseado en común, además de que deben estar conscientes que la responsabilidad recae sobre cada uno de los intervinientes.

La coautoría no se presenta en los delitos imprudenciales, porque se realizan sin la intención de cometerlos, pero por negligencia o descuido suceden; por tal motivo es éstos faltaría el acuerdo común, que como ya vimos es un elemento importante para que se presente la coautoría. Aunque pudiera darse el caso que algunos de los que concurren a la realización del delito actuaran con imprudencia, ellos serían sólo partícipes; y las distintas aportaciones deben valorarse separadamente en cuanto a su contenido de imprudencias.

Sólo podrá ser autor, aquel que cumpla con los elementos objetivos y subjetivos exigidos por el tipo o descripción penal; sin embargo existen los delitos de 'propia mano', que imposibilitan la presencia de esta figura, a virtud de que requieren de

¹⁸⁸ Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, tomo II, ob, cit p.251

la propia realización personal de la acción tipificada en la ley, como podría ser el caso de la usurpación de funciones públicas.”¹⁸⁹

El coautor no necesariamente debe ejecutar todos los elementos descritos en la norma penal, pues las contribuciones de cada uno de los concurrentes a la realización del delito, pueden imputarse a todos, en virtud de que se parte de la base que estuvieron de común acuerdo, todos los que intervienen como coautores lo hacen en ejercicio del dominio del hecho, que consiste en realizar, en base al acuerdo común, un elemento del delito personalmente y con responsabilidad.

El coautor se encuentra referido por la fracción III del artículo 13 del Código Penal Federal que señala que son responsables del delito. “los que lo realicen por sí.

El tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud da cabida a la coautoría, es coautor, quien en común acuerdo con otro u otros obtiene, conserva, utiliza, prepara o suministra órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos de manera ilícita. Tal es el caso en el que una enfermera y un médico, de común acuerdo, ambos ejecutan actos en la realización de la conducta descrita por la ley. La primera prepara el material quirúrgico y suministra la anestesia a una persona de la cual van a obtener un órgano; el médico procede a obtener del cuerpo del sujeto pasivo el órgano. En este caso el médico y la enfermera son coautores porque ambos, de común acuerdo determinaron realizar esa conducta, queriendo el resultado.

¹⁸⁹ López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, ob, cit, p.208

AUTOR INTELECTUAL (INSTIGADOR)

Es el que prepara la realización del delito, cuando al proyectarlo provoca o induce a otro a la ejecución de un delito, se convierte en instigador. En la instigación hay dos sujetos, uno el autor intelectual o autor moral, y el otro sujeto es la persona que ejecute materialmente el delito, que será el autor material.

Es importante destacar el elemento intencional, el autor intelectual debe tener conocimiento de las circunstancias y el hecho delictivo al que induce y la inducción debe estar dirigida a un delito en particular, esto es, el agente instiga a otra persona a la ejecución de un determinado delito, no es suficiente que lo instigue a cometer delitos en general.

“La persona que ha sido inducida es responsable de los hechos que haya ejecutado, y son imputables al instigador los hechos comprendidos en su intención, mientras que los otros no le pueden ser imputables, solamente que aquellos hechos, que no estaban en la intención del instigador, sean consecuencia de los queridos y previstos.

Puede darse el caso que el inducido rechace la instigación, o bien, que una vez aceptada no ejecute el hecho delictivo a que fue inducido. En este ejemplo no podrá ser castigado el instigador, en virtud a que no hubo la comisión del ilícito penal.

También podría suceder que el instigador se arrepienta de la realización del hecho delictivo y se lo haga saber a quien hubiera estado induciendo, en este

caso tampoco se puede castigar al instigador, porque dio a conocer al inducido su revocación.”¹⁹⁰

El autor intelectual, a diferencia del autor material, no tiene el dominio del hecho, únicamente actúa culpablemente, ya que para obtener un resultado se vale de alguien que puede cometer o no el hecho delictivo, ya que únicamente lo motiva y lo induce a que cometa el delito, siendo dicha motivación subjetiva e individual. La figura del autor intelectual o instigador aparece sólo cuando el instigado cometa el delito querido por el instigador, por lo que la realización del delito él instigado, constituye el límite del carácter del instigador.

El Código Penal Federal considera también responsable del delito al instigador, en el artículo 13, fracción V establece: “los que determinen dolosamente a otro a cometerlo”

En el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud si es susceptible la figura del autor intelectual; y éste será quien induzca a otro (autor material) a obtener, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos de manera ilícita.

AUTOR MEDIATO

El autor mediato no realiza el hecho delictivo directa ni personalmente, acude a otra persona extraña que utiliza como instrumento para su perpetración.

¹⁹⁰ López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, ob, cit, p.210

El autor mediato es aquel que en tiempo, lugar o grado está próximo a la persona que empleará para cometer el delito. Puede acontecer que mediante el empleo de una persona inimputable, que podría ser un niño, un individuo con trastornos mentales o un hipnotizado, le ordene y lo dirija de modo tal que provoque que realice el delito, o bien, puede ser que mediante el aprovechamiento del error esencial de hecho en que se encuentre una persona, ya porque el autor mediato lo haya originado, o porque se haya aprovechado de él. En la primera cita, para ejemplificar, el autor material le da una pistola a quien tiene trastornos mentales y lo conduce de tal forma que provoca dispare en contra de otra persona, a quien el autor mediato pretendía causarle el daño.

También para ejemplificar, en el segundo caso, el autor mediato provoca el error esencial de hecho, diciéndole a una tercera persona que le dé a la víctima su medicina, la que previamente cambió por veneno; aquella persona la suministrará a la víctima creyendo que es su medicina, siendo que es veneno, por lo que se produce su muerte. En ambos casos, como podemos ver, el autor mediato utiliza a una tercera persona para la realización del hecho delictivo, ya sea que ésta persona, pueda ser un inimputable que tenga un falso concepto de la realidad, por encontrarse en un error esencial de hecho."¹⁹¹

La persona que es utilizada para la realización del delito actúa sin dolo, por lo que no puede considerársele como autor en virtud de que carece de voluntad o intención delictiva, ésta se concentra en el autor mediato, que es quien concibe el

¹⁹¹ López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, *ibidem*, p.212

hecho delictivo, y al ejecutarlo utiliza como instrumento, a otro sujeto intermedio entre la voluntad del autor mediato y el hecho delictivo.

El autor mediato si puede encontrarse en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, tal es el supuesto en el que un médico (autor mediato) quien quiere obtener ilícitamente un riñón de cierto paciente, e induce a error a otro medico el cual atiende a un paciente, diciéndole que el riñón de su paciente, lejos de servirle y funcionar correctamente, está atrofiado y hay que quitarle ese riñón, y le muestra estudios que supuestamente avalan su dicho, y el médico encargado del paciente, quien tiene un falso concepto de la realidad obtiene un riñón del paciente.

CÓMPLICE

“El cómplice es el que realiza acciones secundarias encaminadas a la realización del hecho delictivo; puede participar moralmente, instruyendo al autor material, indicándole la forma en que debe ejecutar el delito, ofreciendo su ayuda para su perpetración o impunidad; el cómplice también puede ser material y es cuando le ayuda al autor material del hecho delictivo prestándole los medios materiales para su realización o bien, interviene en la ejecución del hecho delictivo con actos ajenos a la descripción legal.

La complicidad puede presentarse en forma negativa, en forma de omisión; es decir la persona que nada hace para evitar la realización del delito, violando un deber jurídico de obrar, será también cómplice; no así, la persona que se

encuentre en la misma situación, pero con su conducta por omisión no viole ningún deber jurídico.”¹⁹²

El multicitado artículo 13, en su fracción VI señala al cómplice como “los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión”

La complicidad debe referirse a un hecho determinado y el cómplice debe tener la intención de que se cometa el delito. Algunos autores entre ellos Sebastián Soler, clasifican al cómplice en primarios y secundarios, los primarios son equiparados objetivamente con el coautor y dice que son los que prestan una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse. El secundario será el que resulte al hacer un juicio hipotético, en que suprimida su contribución, el hecho se habría podido cometer.

A diferencia del coautor, que es quien ejecuta y tiene dominio del hecho, el cómplice presta ayuda para la realización del ilícito. El coautor tiene la intención de cometer el hecho delictivo, así lo planea con los demás coautores, tiene la voluntad para llevar a cabo todas las acciones para perpetrar el injusto. En el cómplice se presenta la intención de ayudar, auxiliando para que el otro cometa el delito. Sin embargo hay una excepción a la regla: algunos tipos permiten que aunque tenga un sujeto el dominio del hecho mencionado, no pueden considerarse autores sino cómplices, tal es el caso del cohecho, donde sólo uno de los participantes es funcionario público y el otro lo auxilia en su hecho, el primero de ellos es autor y el segundo cómplice.

¹⁹² López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, ibidem, pp. 213 y 214

Cómplice, en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, será quien, por ejemplo, tiene a su cargo un establecimiento óptimo para la obtención de órganos de seres humanos, podría ser una pequeña clínica; y pone al alcance de quien va a obtener un órgano de otra persona, todos los instrumentos necesarios para la obtención, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos de manera ilícita.

ENCUBRIMIENTO

El encubrimiento se presenta cuando se oculta a los culpables del delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo, con el fin de eludir la acción de la justicia. También se manifiesta el encubrimiento cuando una persona auxilia al agente para que se aproveche de los efectos del delito o ventajas, o el mismo encubridor se aproveche de dichos beneficios. En nuestra legislación penal, el encubrimiento tiene dos sentidos:

- a) como forma de participación; y
- b) como delito autónomo.

En forma de participación el encubridor, antes de cometerse el ilícito, tiene pleno conocimiento y está de acuerdo en guardar al autor material una vez que éste cometa su ilícito. Existe una participación cierta y efectiva en el desarrollo del ilícito; el encubrimiento se encuentra previsto en la fracción VII del artículo 13 del Código Penal Federal al señalar: "Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito."

“Como delito autónomo, el encubridor se presentará cuando se ignore lo referente a la realización del hecho delictivo y una vez que éste ha pasado, se oculte al delincuente.

La principal relevancia y diferencia de estos dos encubrimientos va en relación directa con la sanción; el mejor ejemplo que podemos anotar es el de un homicidio, si fuera encubrimiento como participación, la sanción será mayor que si fuera encubridor como delito autónomo, que es al que se refiere el artículo 400 del Código Penal, cuya sanción es de prisión de 3 meses a 3 años y de 15 a 60 días multa.”¹⁹³

En el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, habrá encubrimiento, por ejemplo, cuando alguien a sabiendas de que el material quirúrgico que guarda de una persona quien de manera ilícita obtiene órganos de seres humanos de manera ilícita, oculta dicho material.

LA ASOCIACIÓN O BANDA DELINCUENTE

La asociación o banda delincuente surge cuando varios individuos se reúnen con el ánimo de delinquir y esta reunión tiene permanencia.

Según Maggiore: “Asociación es una reunión, con carácter permanente, de personas, en vista de un fin común. El elemento de la duración del vínculo distingue a la asociación de una simple reunión, que es una cita temporal y

¹⁹³ López Betancourt, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, ob cit. p.216

voluntaria, previo acuerdo, y con un objeto dado, en determinado lugar. Cuando falta el acuerdo, y la reunión es completamente accidental, tenemos la agrupación¹⁹⁴

En la asociación participan dos o más individuos que resuelven cometer delitos indeterminados, es decir se reúnen para delinquir en forma general, su objeto no es cometer un delito, sino delitos indeterminados, entre ellos se da el ánimo de auxilio y ayuda mutua para su fin genérico de delinquir. En México se cuenta con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996.

Una asociación o banda delincuente es susceptible de cometer un delito contemplado en la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, por ejemplo que esa banda delincuente, lógicamente, integrada por varios individuos que se reúnen con el ánimo de delinquir y esta reunión tiene permanencia resuelven cometer delitos indeterminados, entre los miembros de la banda surge el ánimo de auxilio y ayuda mutua para su fin genérico de delinquir, y esa banda delincuente obtiene un órgano de otro ser humano de una manera ilícita.

MUCHEDUMBRE

La muchedumbre a diferencia de la asociación delictuosa, reúne varios sujetos sin acuerdo previo, actúan espontáneamente, carecen de organización; sus características son generalmente heterogéneas, se compone de individuos de todas las edades, de ambos sexos, homosexuales o lesbianas y de diferentes grados de cultura y moral. En la muchedumbre los individuos actúan impulsados por el tumulto del que forman parte. Los sentimientos buenos desaparecen y los

¹⁹⁴ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal ob cit, p.71

sujetos quedan dominados por los sentimientos antisociales, se produce un proceso de sugestión de miembro a miembro en donde la idea de delinquir termina por triunfar.

Cuello Calón, respecto de la muchedumbre señala: "no representa ni en sus actos, ni en sus manifestaciones, el carácter y el temperamento de los individuos que la componen, los cuales individualmente, por regla general, no serían capaces de ejecutar los actos que realizan en el seno de la muchedumbre. En ellas el contagio moral, la sugestión, el espíritu de imitación arrastran al delito de un modo casi insensible a individuos que a no hallarse bajo este influjo excepcional no delinquirían."¹⁹⁵

Desde nuestro particular punto de vista consideramos que el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud sí puede realizarse por una muchedumbre; en el supuesto de que varios sujetos, de distintas edades, de ambos sexos, homosexuales o lesbianas y de diferentes grados de cultura y moral, con la necesidad por parte de ellos o de sus parientes o amigos de obtener un órgano, sin acuerdo previo, se reúnen a las afueras de un establecimiento en el cual hay órganos de seres humanos para ser trasplantados, con el afán de que su necesidad sea cubierta y se les dé el órgano que requieren; mismos que ante la manifestación por parte de ese establecimiento en el sentido de que no se les puede atender su petición pues habrá que ajustarse a las listas de espera de las personas necesidad de ciertos órganos, prevalece en ellos la idea de obtener ilícitamente de dicho establecimiento cierto órgano, ésta cobijada del influjo que

¹⁹⁵ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal ob cit p.530

les produce la muchedumbre, pues estos individuos particularmente no serían capaces de ejecutar el acto.

PROPUESTA.

La salud humana y el control sanitario de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres de seres humanos se verían severamente afectados si de manera ilícita, es decir, contrario a lo establecido por el Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud, denominado: Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida, y a lo preceptuado por el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, tejidos y Cadáveres de seres humanos, se obtuvieran, conservaran, utilizaran, prepararan o se suministraran órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos. Salud humana y control sanitario que se ven seriamente menoscabados si surgen las conductas ilícitas aludidas, las cuales hasta donde alcanza mi conocimiento nunca se han comprobado; conductas que tienden a aparecer debido a la existencia mínima de los donadores de este tipo frente a la elevada población que requiere y está de acuerdo en que se les realice un trasplante o se le suministre alguno de estos elementos para el funcionamiento óptimo del cuerpo. Si se aumenta el número de donadores de esos elementos, o bien las personas que requieran de los mismos opten por que no se le realice el trasplante, esta última opción suena severa y drástica pues hemos visto que a lo largo del tiempo el hombre se ha aferrado a la vida y ha luchado contra la muerte y las enfermedades, nadie deseamos morir; por lo que mi propuesta va encaminada a que se consagre en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su capítulo de Garantías Individuales, que todas las personas tengan acceso a una información

de tipo biológico, jurídico y ético. En el aspecto biológico debe instruirse a toda la sociedad mexicana en cuestiones básicas como que es un trasplante, procedimientos, etcétera; en el aspecto jurídico se instruya a la población respecto a la donación en materia de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres y fetos de seres humanos, para que la persona donante, en vida o después de la muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes, destacando el altruismo, la ausencia de ánimo de lucro y la confidencialidad, precisando que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito, o bien, para quien así lo determinara, que en vida y en estado de consciencia precise por escrito que no es su deseo que se realice trasplante alguno a lo largo de su existencia, de la misma forma quede estipulado que no es su deseo que se disponga de sus órganos, tejidos y cadáver, así como en el caso de los testamentos, ver respetada la voluntad personalísima del individuo aun después de su muerte. En el aspecto ético deben coordinarse a las asociaciones religiosas a efecto de que la población que asiste a éstas reciban la información respecto al tema, encaminada a las dos vertientes, la primera que se acepte el suministro de órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos y por consiguiente se sumen al número de donadores de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; o bien la segunda que rechacen rotundamente el suministro de órganos tejidos y sus componentes de seres humanos, a grado de que en caso de requerir el suministro de órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos no les sea suministrado.

Por consiguiente se debe reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 3º, 4º y 24, en los que se consagra el derecho a la educación, el derecho a la protección de la salud y se tutela la libertad de creencia, respectivamente, a continuación se presenta el texto del artículo en su parte conducente, identificándose con énfasis añadido (negritas) las modificaciones propuestas:

ARTICULO 3.- Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios- impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano, **se le instruirá en el aspecto biológico y jurídico; por lo que respecta al primero deben abordarse en los programas de ciencias naturales de primaria y secundaria, mínimamente que es un trasplante y para qué sirve, y en los programas de ciencias sociales deberá instruirse respecto de la donación en materia de órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos.** Se fomentará en el ser humano el amor a la Patria y a la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

ARTICULO 4.- ...

...

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de

salubridad general, **en ésta queda incluido todo lo relativo a la donación de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos,** conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

ARTICULO 24.- Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. **En las asociaciones religiosas se abordara el tema de la donación de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos a efecto de que la población que asiste a éstas reciban la información respecto al tema, encaminada a dos vertientes, la primera que se acepte el suministro de órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos y por consiguiente se sumen al número de donadores de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; o bien la segunda que rechacen rotundamente el suministro de órganos tejidos y sus componentes de seres humanos, a grado de que en caso de requerir el suministro de órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos no les sea suministrado.**

Consecuentemente en nuestro país, el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Educación Pública, la Secretaría de Salud y la Secretaría de Gobernación, esta última por conducto de las asociaciones religiosas, llevarán a cabo este cometido.

Una vez que se haya instruido a la sociedad mexicana respecto a la donación de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; deben ubicarse múltiples centros de atención en donde se pueda

realizar dicha donación, o bien para quien así lo determinare señale por escrito que no es su deseo que se realice trasplante alguno a lo largo de su existencia, de la misma forma quede estipulado que no es su deseo que se disponga de sus órganos, tejidos y cadáver, Si se aumenta el número de donadores de esos elementos se disminuirán las conductas tendientes a obtener, conservar, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos de una manera ilícita; conductas que igualmente se verán disminuidas si las personas que requieren de un suministro de un órgano, tejidos o sus componentes optan conscientemente por que no se lleve a cabo en ellas el mismo.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- A través de los años se ha visto que es indispensable legislar para regular la ilícita obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos: fue hasta 1973, con el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos en el que se prevé la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos o tejidos de seres humanos de una forma contraria a la ley. Al artículo 500 de dicho Código Sanitario, le sucedió, en 1984, el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud, en el que se señaló y a la fecha establece:

"Se impondrán de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos;"

SEGUNDA.- La escasa donación de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, lleva a la obtención de éstos de manera ilícita; o bien, las personas necesitadas de órganos, tejidos y sus componentes, perecen por falta de estos elementos .

TERCERA.- Infringe la Fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud quien obtiene, conserva, utiliza, prepara o suministra órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos de manera ilícita, según lo establece dicha fracción; pero este precepto es ambiguo, se limita a señalar "ilícitamente", sin precisar que se entenderá por "ilícitamente". Se tiene que acudir a lo señalado por el Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud, denominado: Donación, Trasplantes y Pérdida de la Vida, en donde se establecen los lineamientos legales que deben registrarse para que legalmente se lleve a cabo la obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos; dentro de ese Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud, específicamente en el artículo 319, se establece: "Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la Ley; y por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos nos señala los fines para los cuales se destinarán estos elementos, pues en la fracción XI de su artículo 6 establece: "Para los efectos de este Reglamento se entiende por: ... XI. Disposición de órganos, tejidos y cadáveres y sus productos: El conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres, incluyendo los embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación."

CUARTA.- La conducta del tipo previsto por la fracción I de la Ley General de Salud se compone de cinco hipótesis: obtener, conservar, utilizar, preparar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos de manera ilícita; todas de acción, pues cada una exige la realización de una conducta humana voluntaria. Cualquiera que sea la hipótesis, la voluntad va dirigida a la obtención de un resultado que se manifiesta en forma de acción consciente y voluntaria.

QUINTA.- El tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud si da cabida a la tentativa en virtud de que es un delito doloso de resultado material. Existe plena voluntad del sujeto activo para consumir el delito y éste no lograrse por causas ajenas a su voluntad y no por desistimiento voluntario.

SEXTA.- Es más severa la sanción vigente que la que se estipuló en el Código Sanitario de los Estado Unidos Mexicanos de 1973, cuando se reguló por primera vez al respecto; la punibilidad enmarcada en el artículo 500 de ese Código para quien obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos o tejidos del ser humano vivo o de cadáver se estableció de seis meses a cinco años de prisión y multa de quinientos a cinco mil pesos, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por otro u otros delitos que se cometan. Y el artículo 501 de ese ordenamiento señala: "si en los casos a que se refiere el artículo anterior intervinieren profesionales, técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará además, suspensión de un mes a dos años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta de cinco años, en caso de reincidencia. En el artículo 462

de la Ley General de Salud se señala, para quien ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, una sanción de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará además suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más, en caso de reincidencia.

SEPTIMA.- El bien jurídico protegido en el tipo previsto por la fracción I de la Ley General de Salud, lo es la salud humana y el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres y fetos de seres humanos; si se diera la ilícita obtención, conservación, utilización, preparación o suministro de estos elementos, el bien jurídico protegido se vería afectado; por lo que, en el supuesto de que se infringiera la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud; este ilícito se cometería en contra de la sociedad, independientemente de que además existe la posibilidad, según las circunstancias, de que sujeto pasivo, también lo será el titular del derecho dañado o puesto en peligro. El resultado es una mutación al mundo exterior, hay una alteración en el orden normativo, de carácter material e instantáneo consistente en la alteración de la salud del ofendido, resultado que provocó la alteración del bien jurídico protegido. Sin embargo existe una puesta en peligro de la salud pública que afecta a toda la sociedad.

OCTAVA.- La teoría del delito estudia los componentes del mismo; el estudio de cada uno de los aspectos positivos del delito, específicamente en el tipo previsto por la fracción I del artículo 462 de la Ley General de Salud y en general en cualquier tipo penal crea seguridad jurídica en el gobernado; pues al no concurrir uno de los elementos positivos del delito se excluye el mismo, viene a dotar de racionalidad y ética al derecho penal, pues únicamente la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable, en ocasiones dotada de condicionalidad objetiva, y punible puede ser considerada como delito; si falta alguno de los elementos positivos no estaremos en presencia de un delito.

BIBLIOGRAFIA:

ABARCA, Ricardo, El Derecho Penal en México, Ed. Cultura, México 1984

ACHAVAL, Alfredo, Manual de Medicina Legal, Ed. Abeledo-Perrot, Tercera Edición, Buenos Aires Argentina, 1988.

ALVAREZ AMEZQUITA, José, Historia de la Salubridad y de la Asistencia de México, Tomo I, Publicación de la Secretaria de Salubridad y Asistencia, México, 1960.

BELING, Ernes Von, La Doctrina del Delito Tipo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.

CARDONA ARIZMENDI, Enrique, Apuntamientos de Derecho Penal, Ed. Cárdenas, Segunda Edición, México, D.F, 1986.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, Décimo Quinta Edición, México, 1986.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, Ed. Libros de México, S.A., Octava Edición, México, 1967.

CARRARA, Francisco, Programa de Derecho Criminal, Parte General, vol. I Editorial Themis, Séptima Edición, Bogotá, 1956.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General), Ed. Porrúa, Vigésimo Novena Edición, México, D.F., 1991.

CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Editora Nacional, Novena Edición, México, 1990.

CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editora Nacional, Octava Edición, México, 1961.

CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, Editorial Bosch, Casa Editora, S.A. Décimo Octava Edición, Barcelona, 1980.

DAZA GÓMEZ, Carlos, Teoría General del Delito, Cárdenas Editor, México, 1997.

Diccionario Enciclopédico de las Ciencias Médicas, Tomo II, Ed. Mc Graw Hill de México, Cuarta Edición, México, 1985.

Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland, Tomo I, Ed. Mc Graw Hill Interamericana de España, Vigésimo Séptima Edición, Madrid, 1992.

Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V, Editorial Porrúa, S. A. de C.V., México 1985.

Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, Ed. Salvat Editores, Décimo Tercera Edición, Barcelona, 1992.

ECHANDIA REYES, Alfonso, Tipicidad, 6a. Edición Ed. Temis, Bogotá, 1989.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Derecho Penal, Editorial UNAM,, México, 1981.

JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA; Luis, La Ley y el Delito, Editorial Hermes, México, 1986.

JIMÉNEZ DE ASÚA; Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley Penal y el Delito, 3a. Edición; editorial Sudamericana, Buenos Aires 1990

JIMÉNEZ DE ASÚA; Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III Editorial Lozada, Buenos Aires, 1958.

JIMÉNEZ DE ASÚA; Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V Editorial Lozada, Buenos Aires, 1958.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo III, Ed. Porrúa, México, 1984.

JIMENEZ HUERTA, Mariano, La tipicidad, Ed. Porrúa, México, 1955.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, imputabilidad y Culpabilidad, Ed. Porrúa, Décima Edición, México, 1993.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Introducción al Derecho Penal, Ed. Porrúa, Décima Edición, México, 1999.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, Ed. Porrúa, Segunda Edición, México, 1999.

LUNA CASTRO, José Nieves, El concepto de Tipo Penal en México, Ed. Porrúa, Segunda Edición, México, 2000.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, volumen II Editorial Themis, Bogotá, 1989.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Tomo I Editorial Themis, Quinta Edición, Bogotá, 1989.

MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Tomo V, Editorial Themis, Segunda Edición, Bogotá, 1989.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal Parte General, Ed. Trillas, Tercera Edición, México, 1994.

MEZGER, Edmundo, Derecho Penal Parte General, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Madrid 1935.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, editorial PPU, segunda edición, Barcelona, 1985.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Imputabilidad e Inimputabilidad, Ed. Porrúa, Cuarta Edición, México, 2000.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Lecciones de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, Décima Edición, México, 1991.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Instituto de Ciencias Autónomas, México, 1964.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Nociones de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, México, 1974.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Vol. I Editorial Porrúa, décimo octava Edición, México, 1999.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal Editorial Porrúa, México, 1954.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Programa de Derecho Penal, Parte General Editorial Trillas, México, 1990.

PUIG PEÑA, Federico, Coalición de Normas Penales Barcelona 1955.

REYNOSO DAVILA, Roberto, Teoría General del Delito, Ed. Porrúa, Segunda Edición, México, 1997.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino Tomo II, Tercera Edición, editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1973.

VANINI, Instituzioni di diritto penale Italia, 1939.

VILLALOBOS, Ignacio, Manual de Derecho Penal Mexicano, Séptima Edición, editorial Porrúa, México, 1985.

WELSEN, Hans, Derecho Penal, Parte General, traducción al español Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte General, Tomo IV
Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.

LEGISLACION:

Código Sanitario de 1891.

Código Sanitario de 1894.

Código Sanitario de 1902.

Código Sanitario de 1926.

Código Sanitario de 1934.

Código Sanitario de 1950.

Código Sanitario de 1955.

Código Sanitario de 1973.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de Salud

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

OTRAS FUENTES:

ABARCA, Ricardo, El Derecho Penal en México, Revista de Derecho y Ciencias Sociales; México.

IUS 2003 Jurisprudencias y Tesis Aisladas junio 1917-marzo 2003 e Informe de Labores 2002. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación.