

00721
604



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

“ ESTUDIO DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 466 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 :

CLAUDIA MORALES REYES



MÉXICO, D. F.

MARZO 2003

TESIS CON
TALLA DE ORIGEN

A



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.

**TESIS CON
FALLA DE
ORIGEN**



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/80/SP//03/03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.
P R E S E N T E.

La alumna MORALES REYES CLAUDIA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. PAULINO CHAVARRIA GOMEZ, la tesis profesional intitulada "ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. PAULINO CHAVARRIA GOMEZ, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ESTUDIO DOGMATICO DEL ARTICULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna MORALES REYES CLAUDIA.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que lo sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 25 de marzo de 2003.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFd/igp.

B

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO.**

MÁXIMA CASA DE ESTUDIOS INVALUABLE E INAGOTABLE
DE CONOCIMIENTOS, QUE ME PROVOCA:

"...EL ÚNICO SUBLIME EXCESO: EL EXCESO DE LA GRATITUD".

A LA FACULTAD DE DERECHO Y ACADÉMICOS:

PORQUE GRAN SATISFACCIÓN ME REPRESENTA TENER LA OPORTUNIDAD
DE MOSTRAR GRATITUD AL RECINTO EN QUE SE NOS HA INSTRUIDO
Y DESDE LUEGO, A QUIENES NOS HAN TRANSMITIDO SUS CONOCIMIENTOS
CIMENTANDO NUESTRA FORMACIÓN PROFESIONAL.

AL LIC. PAULINO CHAVARRÍA GÓMEZ:

A QUIEN LE AGRADEZCO SU EXCELENTE DIRECCIÓN Y
COLABORACIÓN, EN LA CULMINACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO DE
INVESTIGACIÓN.

C

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A MI SEÑOR PADRE:

JUAN MORALES NORIEGA

"...EL HOMBRE MÁS IMPORTANTE DE MI VIDA".

PORQUE SOY SU TIEMPO.

A MI SEÑORA MADRE:

ADELA REYES

EJEMPLO DE UNIÓN FAMILIAR, ENTEREZA E ÍMPETU;

CON AMOR.

A MIS HERMANOS:

JUAN,
VERO,
PEDRO Y
REBE

POR SU INQUEBRANTABLE ENTUSIASMO.

A MI ABUELA:

SRA. BERNARDA NORIEGA,

CON PROFUNDO CARIÑO.

IN MEMORIAM.

TEBIS CON
FALLA DE ORIGEN

D

Í N D I C E

Pág.

PRÓLOGO.....1

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL", EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

1.1 ANTECEDENTES DE LA PRÁCTICA INSEMINATORIA.....4

1.2 LA PROBLEMÁTICA LEGAL DE LA TÉCNICA INSEMINATORIA.....7

1.3 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL DELITO DE VIOLACIÓN.....15

1.4 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL ARTÍCULO 150 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....18

1.5 ESTUDIO COMPARADO SOBRE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....22

1.6 DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.....26

1.7 DERECHO PENAL MEXICANO.....27

1.7.1 DERECHO PENAL ESPECIAL MEXICANO.....29

1.8 LEY GENERAL DE SALUD.....31

1.8.1 REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD.....36

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

E

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTOS GENERALES

2.1 CONCEPTO DE SALUD.....	39
2.2 CONCEPTO DE MENOR E INCAPAZ.....	41
2.3 CAUSAS QUE AFECTAN EL NORMAL DESARROLLO DE LAS FACULTADES DE CONOCIMIENTO Y VOLICIÓN.....	48
2.4 CONCEPTO DE EMBARAZO.....	51
2.5 CONCEPTO DE ESTERILIDAD E INFERTILIDAD.....	51
2.5.1 CAUSAS QUE PRODUCEN LA INFERTILIDAD EN LA MUJER.....	54
2.5.2 DEFICIENCIAS ANATÓMICAS FISIOLÓGICAS EN EL HOMBRE Y LA MUJER QUE PRODUCEN LA INFERTILIDAD.....	56
2.6 CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	57
2.6.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	62
2.6.2 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	62
2.7 MÉTODOS PARA LLEVAR A CABO EL PROCEDIMIENTO INSEMINATORIO.....	63
2.8 REQUISITOS PARA REALIZAR LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	65

CAPÍTULO TERCERO

VISIÓN PANORÁMICA DEL DELITO EN GENERAL.

3.1 CONCEPTO DE DELITO.....	69
-----------------------------	----

F

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.1.1 SISTEMAS EN QUE PUEDE SER ESTUDIADO EL DELITO.....	71
3.1.2 ELEMENTOS DEL DELITO.....	75
3.2 CONDUCTA.....	76
3.2.1 FORMAS DE CONDUCTA.....	77
3.2.2 AUSENCIA DE CONDUCTA.....	78
3.3 TIPICIDAD.....	82
3.3.1 ATIPICIDAD.....	84
3.4 ANTIJURIDICIDAD.....	85
3.4.1 FORMAS EN QUE SE CONSTITUYE LA ANTIJURIDICIDAD.....	87
3.4.2 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	87
3.5 IMPUTABILIDAD.....	93
3.5.1 ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD.....	94
3.5.2 INIMPUTABILIDAD.....	95
3.5.3 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.....	96
3.6 CULPABILIDAD.....	97
3.6.1 PRINCIPALES TEORÍAS QUE EXPLICAN LA CULPABILIDAD.....	98
3.6.2 FORMAS DE CULPABILIDAD.....	100
3.6.3 CLASIFICACIÓN DEL DOLO.....	101
3.6.4 INCULPABILIDAD.....	102
3.6.5 CAUSAS DE INCULPABILIDAD.....	103
3.7 PUNIBILIDAD.....	108

G

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.7.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	109
3.8 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	111
3.8.1 FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	113

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MENORES E INCAPACES", TIFICADO EN EL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

4.1 EL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MENORES E INCAPACES", REGULADO POR UNA LEY ESPECIAL.....	114
4.2 CONDUCTA.....	116
4.2.1 AUSENCIA DE CONDUCTA.....	117
4.3 CLASIFICACIÓN EN ORDEN A LA CONDUCTA.....	119
4.3.1 CALSIFICACIÓN EN ORDEN AL RESULTADO.....	119
4.3.2 CLASIFICACIÓN POR LA LESIÓN QUE CAUSAN.....	120
4.3.3 CLASIFICACIÓN EN FUNCIÓN A SU DURACIÓN.....	120
4.3.4 CLASIFICACIÓN POR EL NÚMERO DE ACTOS INTEGRANTES DE LA ACCIÓN TÍPICA.....	121
4.3.5 CLASIFICACIÓN POR EL NÚMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA COMISIÓN DEL DELITO.....	122
4.4 TIPICIDAD.....	122
4.4.1 ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MENORES E INCAPACES".....	123
4.4.2 ATIPICIDAD.....	125

H

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.4.3 CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL TIPO.....	127
4.5 ANTIJURIDICIDAD.....	128
4.5.1 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.....	129
4.6 IMPUTABILIDAD.....	132
4.6.1 INIMPUTABILIDAD.....	133
4.7 CULPABILIDAD.....	134
4.7.1 INculpABILIDAD.....	135
4.8 PUNIBILIDAD.....	137
4.8.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	138
4.9 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	139
4.9.1 AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	139
CONCLUSIONES.....	140
BIBLIOGRAFÍA.....	143

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I

PRÓLOGO

Con verdadero asombro hemos sido enterados de los diversos avances científicos y tecnológicos en el campo de la medicina, y precisamente considerado como uno de los mayormente significativos con el que incluso se logró maravillar al mundo lo constituyó en concreto la "inseminación artificial" realizada con éxito en los seres humanos; tema que si bien es cierto, puede en apariencia no resultar del todo novedoso lo es, en tanto que como tema de análisis e investigación ha sido casi inadvertido, no obstante de que es lo suficientemente extenso como para pretender abarcarlo en su totalidad en un solo tema de tesis por la problemática que dicha práctica encierra.

Es por ello, que la presente investigación versa principalmente respecto del estudio dogmático del supuesto primero que nos refiere el artículo 466 de la Ley General de Salud dentro de su 'Capítulo de Delitos', en el que se establece como ilícita la práctica de la "inseminación artificial", realizada en menores e incapaces, supuesto que nuestro legislador contempla en virtud de que se trata de seres que por las características propias que conllevan, suelen ser mayormente susceptibles de ver dañada su esfera de derecho.

Por lo antes aludido, es de entenderse que nuestros legisladores hayan determinado como delito la conducta ya descrita, no bastándoles el sólo hecho de que de que éste grupo de personas conforme parte de nuestra sociedad, sino porque además se trata de seres quienes por su carente capacidad no pueden entender y mucho menos repeler una conducta delictiva. En términos generales, los menores e incapaces suelen ser mayormente vulnerables, engañados o manipulados; razón demás por la que suelen ser víctimas fáciles de lograr el objetivo deseado, dañando como consecuencia su integridad física y los derechos inherentes a toda persona.

Es así, como se considera no sólo importante sino necesario que se siga protegiendo la integridad personal de los individuos, sobretodo tratándose de los menores de edad, incapaces mentales y aquéllas personas que carecen de sentido, pues resulta inaceptable que a través de prácticas como la inseminación artificial, se dañe a estos seres, de quienes inclusive en un momento determinado podría obtenerse su consentimiento para ser sometidas a ésta técnica inseminatoria, "aceptación" a la que desde luego, el Juzgador no le concede validez alguna. En tanto que resulta innegable que debe existir una regulación adecuada y acorde a la realidad para éste tipo de

ENIS CON
FALLA DE ORIGEN

prácticas, tomándose en consideración que la ciencia no se detiene, por el contrario avanza.

La práctica inseminatoria desde que surgió provocó toda una serie de polémicas en su entorno, pues no sólo fue considerada como todo un acontecimiento por la trascendencia que implicó que se efectuara con éxito, sino porque el objetivo principal de la misma desde sus inicios consistió en que aquéllos matrimonios considerados estériles fueran beneficiados, dado que significó la esperanza de concebir y tener hijos propios. Evidentemente, ésta situación por sus posibles consecuencias despertó el interés en los legisladores sobre cómo poder regularla, pues evidentemente resultaba necesario prever determinadas conductas que podrían determinarse como ilícitas, como lo es el tema que nos ocupa.

De ésta manera, se realizaron en torno a la inseminación artificial análisis diversos, hasta concluir que de ella podían derivarse una gran variedad de supuestos y que de ser así, traerían aparejadas consecuencias de toda índole desde biológicas, morales, sociales, filiales y jurídicas; razón demás, para comprender que por ningún motivo debe carecerse de una regulación normativa, no obstante de que a la fecha no se hayan podido unificar criterios al respecto.

Actualmente la "inseminación artificial", en nuestro país es realizada en ciertos institutos de salud de nuestra ciudad, y es conocida comúnmente como una de las técnicas de "Fertilización Asistida", la cual se lleva a cabo con la finalidad de beneficiar a aquéllas parejas que se ven imposibilitadas para lograr la fecundación, y con ello se resuelve el padecimiento de una minoría dentro de una sociedad. Sin embargo, prevalece la ausencia de normatividad a ésta práctica, situación que no puede ignorarse, porque sencillamente ésta técnica inseminatoria es una de tantas que han venido a revolucionar la vida humana.

Como es de advertirse, sin duda la creación de la vida humana a través de medios "no naturales" y las decisiones que sobre la materia se tomen, suponen un compromiso de carácter ético, además del gran desafío que enfrenta el legislador sobre el tener que decidir si se limita a reglamentar las consecuencias que se deriven de la actividad propiamente de los médicos ó si fijará los límites a la intervención científica en seres humanos cuando la considere abusiva. Actualmente experiencias como los clonajes, nos llevan a determinar que no toda actividad científica debe ser protegida por el derecho, resultando de ésta manera imprescindible la regulación legal para solucionar el vacío jurídico existente respecto de los problemas concretos, que el uso de métodos de reproducción humana originan, con el fin de asegurar los derechos fundamentales del ser humano y así, evitar abusos.

TECIS CON
FALLA DE ORIGEN

También es de señalarse que los problemas jurídicos planteados por el tema central de nuestra investigación, aún constituyen un tema novedoso para su análisis en virtud de que no se ha llegado a conclusiones definitivas, puesto que tratándose de cuestiones del cuerpo humano siempre tendrán relación con el derecho. Así, la imposición de un querer ajeno por el que se suprime el libre consentimiento del sujeto pasivo, al imponérsele el acto inseminatorio que puede o no concluir en la gestación de un producto, implica a nuestra consideración, la transgresión a diversos bienes jurídicos como: "la salud de la menor ó incapaz"; "la madurez sexual"; "la familia"; "el derecho a la genitividad o a la procreación", "el derecho a la libre maternidad" y "la sociedad".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA DEL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL".

SUMARIO: 1.1 ANTECEDENTES DE LA PRÁCTICA INSEMINATORIA.-1.2 LA PROBLEMÁTICA LEGAL DE LA TÉCNICA INSEMINATORIA.-1.3 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL DELITO DE VIOLACIÓN: I. Características en el delito de violación: a) Cópula; b) Persona de cualquier sexo; c) La violencia física o moral; d) Ausencia de la voluntad del sujeto pasivo. II. Elementos típicos: a) Objeto jurídico protegido; b) Objeto material; c) Sujeto activo y Sujeto pasivo; d) Medios de comisión. III. Diferencias. IV. Semejanzas.- 1.4 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL ARTÍCULO 150 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL: I. Características en el delito de inseminación artificial realizado en menores e incapaces: a) Inseminación artificial; b) Mujer c) La violencia; d) El consentimiento de la menor o incapaz. II. Elementos típicos: a) Objeto jurídico protegido; b) Objeto material; c) Sujeto activo y Sujeto pasivo; d) Medios de comisión.- 1.5 ESTUDIO COMPARADO SOBRE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL: Estados Unidos de América; Francia; Alemania; Inglaterra y Puerto Rico.- 1.6 DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.- 1.7 DERECHO PENAL MEXICANO. -1.7.1 DERECHO PENAL ESPECIAL MEXICANO.- 1.8 LEY GENERAL DE SALUD.- 1.8.1 REGLAMENTO DE LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD.

1.1 ANTECEDENTES DE LA PRÁCTICA INSEMINATORIA

El progreso de la ciencia en el campo de la fertilización, comprende desde luego las nuevas formas de procreación del género humano, las cuales plantean problemas jurídicos en diversas ramas del derecho, por lo que para poder conocer sobre tal problemática, es que nos permitimos sentar una reseña histórica relativa a la evolución de la inseminación artificial razonada de inicio como un tabú, derivándose con ello, la incapacidad de comprenderla como una nueva concepción de la vida lograda mediante procedimientos inusuales o no convencionales, más aún para el pensamiento conservador en el que significó la pecaminosidad religiosa y moral.

Efectivamente, la pareja impedida para fecundar a través de todos los tiempos fué representada como una malévola broma de la naturaleza, pues tal impedimento en un principio era categóricamente considerado como un castigo divino. Es así que no debe resultar extraño, que se efectuaran grandes esfuerzos por los estudiosos de la materia, para combatir este trastorno consistente en la infertilidad humana.

En el año 1322, se tiene referencia de que la inseminación artificial se practicó rudimentariamente por un árabe sobre una yegua de su propiedad, utilizando un

FINIS CON
FALLA DE ORIGEN

pequeño algodoncillo impregnado de semen proveniente de un semental fino, con el objetivo de lograr mejorar la raza.¹

Otro acontecimiento relevante se dá en 1660, cuando se tiene noticias de que Malpighi y Bibiena, fueron los primeros científicos en intentar sin éxito alguno, la fecundación artificial en gusanos de seda.²

Por su parte, distinguidos ginecólogos e investigadores médicos tales como Bonnet, Rohleder y Gautier en el año 1777, expresaron que las investigaciones de Spallanzani, no preponderaron en la inseminación artificial en seres humanos, debido a las directrices religiosas de la época, la intransigencia hacia la verdadera ciencia y el cúmulo de prejuicios que se expresaban de manera irrefutable en la Europa del siglo XVIII. En el año 1780, Lázaro Spallanzani, obtuvo éxito al fecundar artificialmente a una hembra canina y el biólogo francés Bonnet, al referirse a la práctica en cuestión pronunció: "Ya vendrá el día en que éste descubrimiento, adquirirá inmensa importancia para la sociedad humana".³ Hoy sus palabras se han convertido en una realidad, ya que la inseminación artificial se practica en gran escala en países altamente industrializados y en muchos otros que no lo son.

En 1790 John Hunter, lleva a cabo de manera exitosa la primera fecundación artificial en seres humanos, consistente en una inseminación artificial homóloga al hacer uso del semen del marido.⁴

Sin embargo, en 1838 Gautier considera que fué Marion Sims el primero en realizar una inseminación artificial ciertamente venturosa en seres humanos, agregando además que en 1866, el Dr. Girault, es quien por primera vez efectuó de manera científica la práctica inseminatoria, razón por la que afirma: "A Girault se le debe conferir el honor de haber realizado la primera inseminación artificial en seres humanos verdaderamente racional".⁵

¹ CFR. ROHLEDER, H. "Niños de Probeta: Historia de la Impregnación Artificial en seres humanos". Editorial Panurge Press. New York 1934. Pág. 6.

² CFR. SPALLANZANI, LÁZARO. "Disertaciones relativas a la Historia Natural de Animales y Vegetales". Vol. II. Editorial J. Murray. London 1789. Pág. 35.

³ Ibid.

⁴ CFR. BECK WILLIAMS, W. "Revisión Crítica de los Aspectos Legal, Ético y Técnicos de la Inseminación Artificial". American Fertil Society. Journal No. 1. Vol. XXVII. U.S.A. 1976. Pág. 1.

⁵ GAUTIER, J. "De la Fecundación Artificial y su Empleo en contra de la Esterilidad en la Mujer". Editorial J. H. Bailliere. Paris 1981. Pág. 13.

SE CON
FALLA DE ORIGEN

En el año 1871, Pierre Fabien Gigón, expone su tesis: "Ensayo sobre la fecundación artificial en la Mujer", en la facultad de Medicina en París, y conjuntamente expone muchos de los experimentos de su padre, los cuales son ciertamente proposiciones sobre la inseminación artificial.⁶

La primera tesis que trató sobre el tema de la inseminación artificial, surge en Alemania en el año 1888, realizada por Paul Levi en la facultad de Medicina de la Universidad de Wurzburg, y anteriormente sólo existieron ciertos comentarios en su entorno tales como los de: Haussmann, Muller y Janke.⁷

El Dr. Hard, publicó sus memorias científicas en la revista: 'Mundo Médico' en el año 1909, y a través de ellas se tuvo conocimiento de que: "En 1884, el profesor Pancoast efectuó la primera inseminación artificial heteróloga sobre una mujer en el hospital Jefferson de Filadelfia".⁸

La publicación del libro: "El Estado Actual de la Inseminación Artificial como se muestra por un Análisis Reciente" en el año 1941, cuyos autores fueron los ginecólogos Seymour y Koerner sacudió a la opinión pública estadounidense, dado que dicha obra contiene diversas investigaciones de campo, así como la formulación de datos estadísticos a través de los cuales se señala que de cada 9,500 inseminaciones el 97% de ellas se realizaban exitosamente en los Estados Unidos de América.⁹

Así, el progreso de la ciencia en el campo de la fertilización a través de las nuevas formas de procreación en el género humano, plantean problemas jurídicos de diversas especies. En tanto que nuestros legisladores se cuestionan si existe o no el derecho a procrear haciendo uso de cualquiera de las técnicas que la ciencia hoy pone a disposición de las personas.

Actualmente, se ha conseguido transplantar un huevo fecundado de un organismo a otro, así como fecundar dos o más huevos ya fecundados, obteniendo individuos con orígenes diferentes y poder fecundar un huevo in vitro. También, se han registrado casos de los llamados 'niños de probeta'; 'el préstamo de útero' e

⁶ CFR. GIGÓN PIERRE, FABIEN. "Ensayo sobre la Fecundación Artificial en la Mujer". Tesis. Universidad de París 1871. Pág. 24.

⁷ CFR. SHELLLEN, C. M. "Inseminación Artificial Humana. Aspectos Médicos, Sociológicos, Legales, Teológicos y Psicológicos". Editorial Elsevier Publishing Co. Amsterdam 1957. Pág. 6.

⁸ HARD, E. D. "Artificial Impregnation". Vol. XXVII. Medical World. U.S.A. 1909. Pág. 163.

⁹ CFR. KOERNER, A. "Consideraciones Médico-Legales sobre la Inseminación Artificial". Louisiana, Law Review. U.S.A. 1948. Pág. 48.

NI UNO CON
FALLA DE ORIGEN

incluso se habla de 'la clonación'; situaciones que por su trascendencia no pueden eludirse sino por el contrario, deben regularse conforme a derecho, dado que la utilización de dichas técnicas implican correr ciertos riesgos, tanto por el lado de la madre como del hijo, al grado de poder perder la vida, o nacer con problemas congénitos, psicológicos y físicos. Estos riesgos a que se hace referencia pueden padecerlos quienes prestan su útero o bien, quienes son inseminadas artificialmente, supuesto bajo el que quedan comprendidas las menores e incapaces, tema central de la presente investigación.

Es importante resaltar, que dentro de nuestra legislación la única referencia que tipificaba a la inseminación artificial como delito, se encontraba comprendida dentro de la Ley General de Salud en la primera hipótesis del artículo 466, actualmente contenida en el artículo 150 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Por otra parte, el propósito substancial de la inseminación artificial llevada a cabo en menores e incapaces, implica el análisis de dicha conducta, al tomarse en consideración que tal situación de inicio resulta aberrante, dado que estos seres por las características que conllevan son susceptibles de engaño. Asimismo, el hecho de poder determinar cuál es el fin de dicha experimentación al grado de dañar su esfera de derecho. Para lo cual, resulta indispensable recordar que desde su inicio, la práctica inseminatoria se efectúa con el fin de dar una posible solución a las necesidades biológicas de una minoría social y lograr la fecundación en las parejas estériles, pero de ninguna manera se pretende lesionar la integridad de las personas, habida cuenta de que el mismo Reglamento de la Ley General de Salud, señala los lineamientos para poder someter a experimentación a los seres humanos. No obstante, el legislador protege a estos seres que en suma suelen ser víctimas fáciles de cualquier ilícito, motivo por el cual, en la presente investigación además de tomarse como referencia los antecedentes históricos de dicha práctica, se acudió a distintas instituciones de salud, e incluso a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, considerándose la posibilidad de que se tuviera registro o conocimiento de algún caso concreto, sin que se lograra obtener información al respecto.

1.2 LA PROBLEMÁTICA LEGAL DE LA TÉCNICA INSEMINATORIA

Verdaderamente, se ha suscitado cierto oscurantismo jurídico en torno al desarrollo de la inseminación artificial, provocado por razonamientos limitados y confusos que esta técnica propició desde sus inicios en países de América y Europa principalmente. Estas circunstancias han sido consideradas como aquéllas que motivaron el silencio de nuestros legisladores del 28 para eludir la impregnación artificial en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

seres humanos, resultando evidente que se hallan derivado dilemas y expectativas de carácter social, jurídico y de toda índole respecto a dicho acto inseminar, por lo que a efecto de poder apreciar las diferencias y consecuencias que motivan tal práctica, se han realizado innumerables cuestionamientos tanto de carácter legal como médicos.

La Ley General de Salud, contempla algunas disposiciones relativas a la planeación familiar, las cuales nos remiten expresamente al artículo 4º de la Constitución Federal. Por lo que hace al artículo 67 de este mismo ordenamiento, comprende el apoyo y el fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

De lo antes señalado se advierte, que los medios de procreación actualmente discutidos se encuentran en una etapa pre-legal, puesto que ninguna ley los regula específicamente y de modo directo para permitirlos, prohibirlos o limitarlos.

Es a partir de las múltiples inquietudes suscitadas por la practica inseminatoria, que surgieron algunos proyectos de Ley con el propósito de regularla. Así, en los años ochentas, fue presentado tanto al Senado como ante la Cámara de Diputados de la Nación la denominada: "Ley sobre la fecundación Humana Asistida", cuyo contenido entre otras disposiciones señala que:

"ARTÍCULO 1º.- Las técnicas de reproducción humana asistida tendrán aplicación en casos de esterilidad o infertilidad, previa evaluación por un equipo interdisciplinario del centro médico que determinará el tratamiento respectivo".¹⁰

"ARTÍCULO 2º.- Las técnicas referidas en el artículo 1º, sólo podrán llevarse a cabo en centros especializados para tal fin. Dichos centros deberán contar con habilitación especial por autoridad competente, para aplicar los métodos de procreación asistida. El Ministerio de Salud y Acción Social será el órgano de aplicación de la presente ley".¹¹

Entre los fundamentos manejados en el presente proyecto sobre fecundación asistida, las técnicas empleadas constituyen el inicio de una nueva etapa para el género humano. En la ciencia médica y en el campo de la ingeniería genética los avances han sido tan notables en los últimos tiempos, al grado de considerarse que ha originado una auténtica revolución biológica. La sociedad observa con interés y al mismo tiempo con expectativa los nuevos descubrimientos científicos que permiten algo inimaginable en

¹⁰ <http://www.seek.com.ar/html/congreso/laffe4.html>, Pág. 1.

¹¹ Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el pasado, como lo ha significado indudablemente la creación de un ser humano en un laboratorio. Sin embargo, los investigadores por sí solos quizás no puedan advertir todos los alcances de sus hallazgos.¹²

Asimismo, se externan en el mismo sentido, las consideraciones siguientes: "Sus valoraciones se circunscriben en el ámbito del conocimiento y su punto de referencia, es el logro de los mejores resultados. De ahí, que se afirma, que la ciencia no tiene límites, salvo los del propio investigador. Lo cierto, es que suele existir un desfase entre la rapidez de los descubrimientos y la aceptación social de los mismos. La cuestión radica en determinar si todo nuevo avance científico debe ineludiblemente ser aplicado. Pueden existir respuestas diversas, pero frente al hecho concreto, esto es, uso de los métodos de reproducción humana asistida, la sociedad, debe tomar conciencia de las consecuencias que se generan e intentar solucionar lo más adecuadamente posible los conflictos que se pudieran plantear. Las técnicas de reproducción humana asistida, que abren las puertas a la ingeniería genética humana trascienden el derecho personalísimo de la procreación, convirtiéndose en una controversia de carácter político en el que interviene toda la comunidad".¹³

Actualmente, se estima que un movimiento creciente desea la normativización de las técnicas de la reproducción humana asistida, considerando que el primer dilema a plantearse consiste en determinar si la ley debe acompañar el cambio científico, ir detrás o preverlo. El segundo, reside en precisar si el legislador al dictar una norma debe o no guiarse por sus propios principios éticos o debe compulsar también los sostenidos por el contexto social. Respecto de la primera interrogante, se señala que la ley tiene dos funciones, consistentes en normativizar la realidad, y en fijar pautas que respondan a una determinada política. Tocante al segundo cuestionamiento, no sólo se da la identidad de valores entre los objetivos del legislador y de los destinatarios, sino también dotará a la norma de las mayores posibilidades de eficacia".¹⁴

Tocante a quienes han manifestado su desacuerdo con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, la Iglesia Católica, ha expresado que no deben ser rechazadas por ser 'artificiales', sino porque están en colisión y atentan contra la dignidad de las personas. Sin embargo, un documento emitido por la Congregación para la Doctrina de la Fe, conocido como Informe Ratzinger, hace mención a la necesidad ineludible de que las autoridades legislativas intervengan promulgando leyes, a fin de asegurar la defensa de los derechos fundamentales y evitar abusos,

¹² CFR. Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ CFR. Ibid. Pág. 5.

TESIS CON
FALTA DE ORIGEN

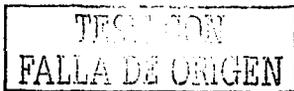
agregando que resulta difícil aceptar desde la tradición judeo-cristiana con herencia helénica-romana, el desafío al que hoy se enfrentan los científicos referente a la concepción fuera del seno materno o al menos asistida por terceros. Si bien, la procreación dejó de ser un acto de dos, la finalidad última sigue siendo la de formar una familia.¹⁵

El proyecto de 'Ley de Fecundación Asistida' citada, contempla los vínculos afectuosos de la pareja que se consolidan con el ejercicio de las funciones parentales. Este proyecto, no tiene por fin admitir la reglamentación de un sistema alternativo de procreación, puesto que se considera que el espíritu que debe guiar la aplicación de éstas técnicas es la solución, y no la curación al problema de esterilidad o infertilidad humana. En consecuencia, sólo bajo este supuesto y previo dictamen médico-científico, las técnicas en comento pueden llevarse a cabo, exigiéndose el consentimiento de los destinatarios previamente informados, de manera tal, que los receptores tienen derecho al conocimiento, asesoramiento e información sobre las técnicas de reproducción humana asistida, sus posibles riesgos y sus posibilidades de éxito.¹⁶

La medida por la que se optó para poder asegurar del cumplimiento de este requisito consiste en que dicho consentimiento no puede ser dado por mandatario y además deberá hacerse por escrito. Asimismo, se reserva la exigencia del instrumento público para todos los casos en que se utilice material genético de terceros, por las consecuencias que esa situación implica en materia de filiación. En tanto que el consentimiento expresado en instrumento público, implica pleno reconocimiento y se exige al inicio de cada tratamiento. Debe necesariamente contemplarse la posibilidad que la fertilización durante la primera intervención no sea exitosa, produciéndose así la revocación legal a la muerte del otorgante, o los efectos de evitar la aplicación de ésta técnica, cuando exista un cambio en el estado civil de los receptores, por ejemplo viudez, separación personal, divorcio. En el caso de dación de gametos por terceros es gratuita, ya que se considera fuera del comercio. La necesidad del anonimato se funda en la falta de voluntad procreacional por parte del dador, lo cual es congruente con el objetivo de la aplicación de éstos métodos, pues se llevan a cabo al considerárseles como una posibilidad de darle solución a la esterilidad o infertilidad de los receptores. Es así, que resulta obvio el hecho de mantener en secreto la identidad del dador, pero también la de los receptores para evitar situaciones conflictivas. Sin embargo, se cree prudente la creación de un registro donde consten los datos de las partes incluso los genéticos, y las características de la intervención en orden a eventuales posibilidades de impedimentos matrimoniales o enfermedades de transmisión hereditaria, entre

¹⁵ CFR. Ibid. Pág. 6.

¹⁶ CFR. Ibid.



otros.¹⁷

Nosotros consideramos, que tanto en nuestro país como en los diversos ámbitos donde se practican las distintas técnicas de reproducción humana, requieren ineludiblemente de un marco legal a efecto de regular la realidad de la ciencia y su desarrollo, por lo que el derecho no debe perder de vista tal circunstancia, tomando en consideración que existe convencimiento sobre la universalidad de ciertos valores, incluyéndose entre ellos, el de la dignidad humana.

El planteamiento del tema en comento, nos refiere en términos generales el miedo a lo desconocido y la falta de comprensión, propiciaron el oscurantismo en torno a ésta práctica inseminatoria, consecuentemente, algunas corrientes han tratado de desnaturalizar el problema y precisarlo como una 'amenaza que atenta contra la moral pública'. Sin embargo, ésta visión que ha pretendido desvirtuar su esencia, afirmando que su aplicación es violatoria de los más sagrados derechos inherentes a la persona humana, se contraponen a quienes aseguran que los verdaderos propósitos que se persiguen con la terapéutica inseminatoria, consisten en acabar con un mal que aqueja a unos cuantos y poder darle solución a la esterilidad humana.

En países primer mundistas, provoca gran desconcierto el hecho de que siendo notoria la práctica del acto inseminatorio, su actuación jurídica está todavía sujeta a la duda, en tanto que sólo existen unos cuantos 'antecedentes' de heroicas resoluciones legales, que de manera definitiva, no tienen la consistencia ni la estructura jurídica necesaria para recurrir a ellos en todos los casos.

La penalización de la inseminación artificial, aún no se ha establecido en modo alguno, en la mayoría de las codificaciones penales de los países del tercer mundo; en tanto que en nuestro país sólo existe para el caso de que sea practicada en los menores e incapaces. De acuerdo a la doctrina, esto puede deberse a la parva peligrosidad social, pero no a la mucha o poca temibilidad de los sujetos que de una u otra manera han incurrido en ésta conducta penalmente confusa, desdeñada por el margen poco conocido por los juristas de la incidencia creciente de embarazos inducidos en forma artificial.

En el Código Civil de 1928, se estableció lo siguiente: "...las leyes no crean las condiciones del mundo social, ya que no hacen más que expresarlas; pero la legislación no se limita a ese límite pasivo en virtud de que en gran parte es el eco de

¹⁷ CFR. Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

las nuevas necesidades y condiciones sociales. Por lo tanto, no debe olvidarse que la legislación es un conjunto de normas de conducta en atención a que la vida no tiene la inflexibilidad de la línea recta".¹⁸

Nosotros consideramos que el presente análisis jurídico desde luego no pretende ser definitivo de las situaciones que contempla la inseminación artificial, sin embargo, sí es enunciativo de algunos de los múltiples dilemas que a la fecha se han suscitado, acompañados de dudas e inquietudes. Algunas consideraciones de fondo se emplean para interrogarnos dos cuestiones virtuales relativas a la problemática del fenómeno inseminatorio, una respecto de si debería ser considerada como un delito la práctica de la inseminación artificial y otra en torno a que si sería punible todo tipo de inseminación.

En tanto, el artículo 7 del Código Penal, recoge perfectamente el principio de la legalidad, y con él, se pretende favorecer el ámbito respeto por la libertad y dignidad humana; así como uno de los más importantes dogmas del penalismo: "Nullum crimen nulla poena sine lege" alcanzando un punto medular de la cuestión, al exigirse que sea la ley precisamente la fuente única del derecho represivo. Al respecto el autor Anselmo Von Feberbach refiere: "No hay pena sin ley; no hay pena sin crimen; no hay crimen sin pena legal".¹⁹

Resultaría claro, determinar que no sería delictuosa ninguna conducta diversa de las prescritas en el Código Penal. En tanto que correlativamente, el párrafo cuarto del artículo 14 de nuestra Carta Magna, no permite la aplicación analógica, y el párrafo tercero del mismo artículo ordena que la sanción penal se ajuste exactamente a la ley. De lo cual se desprende que ni los principios jurídicos, ni la mayoría de razón juegan papel alguno en la incriminación y en el castigo. Esto sería tanto como afirmar que tratándose del Derecho Penal no existirían conductas típicas, antijurídicas ni culpables exentas de punibilidad. Empero no debemos olvidar que no sólo existe el Código Penal, sino también las Leyes Especiales, en las que al igual que en nuestro Código represor, se contemplan conductas ilícitas que son sancionadas, como en el caso concreto que nos ocupa.

¹⁸ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. México 1972. Pág. 10.

¹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "Los Derechos Humanos y el Derecho Penal". Editorial Sepsetentas. México 1976. Pág. 101.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En dicho en torno, el autor Porte Petit apunta que: "No hay delito sin tipicidad, dado que ésta es un concepto relacionante de la conducta humana con el tipo penal que la ley describe".²⁰

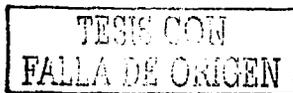
Ahora bien, actualmente se tiene conocimiento de que la inseminación artificial es una de las formas de reproducción asistida, y que sólo es considerada como delito cuando se practica en las menores e incapaces como se ha referido, existiendo una pena mayor cuando en ellas se produce el embarazo como consecuencia de dicho acto; sin embargo, han quedado a la deriva múltiples cuestionamientos que deben analizarse para efecto de poder determinar las conductas 'delictivas' o bien, en su caso simplemente regular la práctica a que se hace alusión, dado que tratándose de cuestiones del cuerpo humano siempre serán relevantes, y porque en el caso concreto que nos ocupa no sólo está en juego la salud, sino también la dignidad humana.

La terapéutica inseminatoria, antes de ser contemplada como ilícita dentro de la Ley General de Salud, bajo las dos hipótesis establecidas en su artículo 466, al no contraponerse con ninguna abstracción penal contenida dentro de nuestro Código punitivo en ninguna de sus formas, no pudo considerarse como delictiva. Es decir, que no existieron en modo alguno antecedentes formalmente legales que permitieran una mayor claridad, a efecto de ubicar el fenómeno inseminatorio dentro del derecho penal positivo mexicano. Sin embargo, es de entenderse que este tipo de situaciones representan cambios en las condiciones sociales de la vida moderna, y ello impone la necesidad de renovar la legislación actual, misma que no puede permanecer ajena al movimiento de transformación que las sociedades experimentan.

Resulta por demás evidente, que existe oscuridad e incertidumbre ante la conductas que se derivan del procedimiento inseminal. De ahí la necesidad de crear nuevas disposiciones para situar a nuestro Derecho si bien no a la vanguardia, por lo menos actualizarlo a fin de que en nuestra legislación el legislador contemple y abarque los principales supuestos delictivos que pueden derivarse de la práctica aludida.

En el caso concreto de llevarse a cabo el acto inseminal en mujeres menores e incapaces, de inicio la manifiesta imposición de un querer ajeno por el que se suprime el libre consentimiento de la víctima, por las características propias de estos seres vulnerables, es decir del sujeto pasivo al que se le impone la práctica inseminatoria la

²⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "Programa de Derecho. Parte General". 3ª Edición. Editorial Trillas. México 1990. Pág. 378.



cual puede concluir en la gestación de un producto; concepción asexualizada de una nueva vida, en la que la mujer inseminada ciertamente no pensó, ni contribuyó voluntariamente, y en el caso de que se obtuviera su aceptación ésta será invalidada como así lo determina el mismo legislador.

La naturaleza de la inseminación artificial categóricamente resulta dañosa cuando se trata de seres, que por las características propias de su edad e incapacidad suelen ser víctimas fáciles de engaño, situación que contempló el legislador, tipificando la conducta descrita en el artículo 466 de la Ley General de Salud, dentro de su capítulo de delitos. Es por ello, que se requiere entrar en el ámbito jurídico de ésta práctica, con el propósito de evitar que sigan existiendo lagunas jurídicas en su entorno.

Por lo que en principio, nuestra Carta Magna en su artículo cuarto establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. De dicha disposición, en ningún momento se deduce impedimento alguno para que la persona titular del derecho acuda a los novedosos medios científicos para lograr la fecundación y lograrse así tanto la paternidad o la maternidad

Sin embargo, puede desprenderse que los métodos de procreación actualmente se encuentran en una etapa pre-legal, puesto que en ninguna Ley se regulan de modo específico y directo para permitirlos, prohibirlos o limitarlos.

Ahora bien, en la actualidad tomando como referencia los nuevos estilos de conducta y las necesidades individuales de las minorías estériles, hemos considerado la ineludible necesidad de sugerir la existencia de legislación en torno del acto inseminal realizado en seres humanos, a efecto de poder regular las conductas que puedan suscitarse como consecuencia de ésta práctica, principalmente tratándose de aquéllas a las que pudiera calificarse como delictivas, así también se pretende lograr una mayor precisión respecto de la práctica de la inseminación artificial efectuada en menores e incapaces que contempla la 'Ley General de Salud'. En este sentido, es que consideramos que deben existir soluciones a la referida problemática, elaborando abstracciones sancionadoras de teóricas formas que impliquen las posibles dañosas conductas inseminales. De ésta manera se evitaría como anteriormente se hizo, semejar por analogía el acto inseminal con algunos otros delitos que sanciona nuestro Código represor, tales como la violación principalmente, y otros más que en su momento también sancionó como el rapto y el adulterio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.3 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL DELITO DE VIOLACIÓN.

El delito de violación regulado en el artículo 265 del Código Penal establece:

“Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años”.²¹

En tanto, el artículo 266 refiere: “Se equipara a la violación y se sancionará con la misma pena:

- I. Al que sin violencia realice cópula con persona menor de doce años de edad;
- II. Al que sin violencia realice cópula con persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; y
- III. Al que sin violencia o con fines lascivos introduzca por vía anal o vaginal cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril en una persona menor de doce años de edad o persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, o por cualquier causa no pueda resistirlo, sea cual fuere el sexo de la víctima.

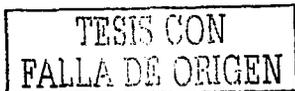
Si se ejerciera violencia física o moral, el mínimo y el máximo de la pena se aumentará hasta en una mitad”.²²

Las disposiciones citadas con antelación, fueron contempladas por los artículos 265 y 266 del Código represor para el Distrito Federal; actualmente contenidas en los artículos 174 y 175 respectivamente con algunas variantes, en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

I. Características en el delito de violación:

²¹ **CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.** 5ª Edición. Editorial ISEF, S.A. México 2000. Pág. 60.

²² *Ibid.* Págs. 60 y 61.



a).- Una cópula- Por la que se entiende cualquier forma de penetración sexual completa o incompleta, normal o anormal con eyaculación o sin ella, que una persona realiza en el cuerpo de otra.

b).- En persona de cualquier sexo- En nuestra Legislación Penal Mexicana, el delito de violación pueda ejecutarse indistintamente tanto en un hombre como en una mujer.

c).- La violencia física o moral- Cuando se emplea coacción física o intimidación moral para obligar al sujeto pasivo a realizar o aceptar la cópula.

d).- Ausencia de la voluntad del sujeto pasivo- No existe el querer por parte del sujeto pasivo, es decir, que existe la falta del consentimiento total aunado a la violencia física o moral de que es objeto la víctima.

II. Elementos Típicos:

a) Objeto Jurídico Protegido- Es la "libertad Sexual".

En el delito de la inseminación artificial en términos generales se protege: "la madurez sexual"; "la salud del menor"; "la familia"; "la sociedad"; "el derecho a la procreación ó a la genitividad" y "el derecho a la libre maternidad", conatural a toda mujer fértil.

b) Objeto Material- En el delito de violación es el cuerpo de la persona sobre la cual recae la conducta delictiva, sin distinción de su sexo o edad. Y en el caso de la violación equiparada, si existe una referencia cronológica de la edad y de su falta de capacidad para comprender la ilicitud del hecho, pero tampoco hay distinción de sexo.

En el delito de la inseminación artificial en menores e incapaces, será el cuerpo de la mujer fértil inseminada en el que se lleve a cabo el acto inseminatorio. Es decir, que el objeto material del acto fecundante 'dañoso' será la mujer fértil inseminada, en quien se ejecutarán las manipulaciones inseminantes.

c) Sujeto Activo y Sujeto Pasivo- El sujeto activo en el delito de violación puede serlo cualquiera. Por lo que respecta al sujeto pasivo, también puede recaer la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conducta en cualquier persona ya sea hombre o mujer. Tratándose de la violación equiparada, sólo existe diferencia en torno al sujeto pasivo, quien deberá ser un menor de doce años o incapaz, sin distinción del sexo.

En el acto inseminatorio, el sujeto activo será cualquier persona. En tanto, que el sujeto pasivo será siempre personal, esto es, tendrá una calidad especial consistente en ser una 'mujer fértil', que además sea 'menor' ó 'incapaz'.

d) Medios de Comisión.- En el delito de violación lo serán la violencia física o moral.

En el caso del delito que nos ocupa, no se hace referencia alguna en ese entorno. Por lo que hemos de señalar que la primera hipótesis del artículo 466 de la Ley General de Salud, no contempla ningún medio comisivo para la ejecución de la conducta.

De lo citado con antelación, podemos señalar las siguientes:

III. Diferencias:

a) En la violación, no se hacen referencias normativas de ninguna clase, salvo que tratándose de la violación equiparada sí las hay respecto del sujeto pasivo, señalándose la referencia cronológica de la edad, atendiendo a que éste sea menor de doce años o incapaz de comprender el significado del hecho, sin distinción del sexo.

En tanto que en el ilícito inseminación artificial en menores e incapace, se alude a la especial calidad en el sujeto pasivo, al precisarse que debe tratarse de una mujer que sea 'menor', 'incapaz'.

Aunque, tomando en consideración la naturaleza del acto inseminatorio, a título personal consideramos que la víctima también debe ser 'fértil', para estar en condiciones de lograrse en ella la fecundación.

b) En todo delito de violación, existe como elemento: 'la cópula' misma que será impuesta por el sujeto activo a la víctima.

En nuestro delito a estudio, no existe el elemento 'cópula' habida cuenta de que la conducta típica refiere que la práctica inseminatoria es 'artificial', lo cual

TECNICÓN
FALLA DE ORIGEN

implica que el líquido seminal será introducido en la víctima por medios no convencionales o artificiales, descartándose para su realización precisamente la 'cópula', como medio natural de concepción.

c) En el delito de violación, el sujeto pasivo puede ser tanto un hombre como una mujer; es decir, que en el presente ilícito indistintamente se maneja el sexo de la víctima sobre quien recae la conducta.

Por lo que hace a nuestro delito en análisis, la víctima de la práctica inseminatoria sólo puede ser la 'mujer'.

d) Tratándose de la violación, se emplean como medios comisivos para su realización la violencia física o moral.

Mientras que en el caso que nos ocupa, no se hace referencia alguna al respecto, en tanto que la conducta típica descrita por el numeral 466 de la Ley General de Salud, no contempla ningún medio comisivo para su ejecución.

IV. Semejanzas:

a) En ambos ilícitos concuera la calidad de sujeto pasivo con el objeto material del delito.

b) En ambas formas de conducta, el sujeto activo podrá ser común e indiferente, en virtud de que no se contempla una calidad especial en él.

No obstante, nosotros consideramos que por la naturaleza de la técnica inseminal, quien la utilice deberá tener conocimientos médicos para su ejecución, por lo cual, consideramos que el sujeto activo también debe tener una calidad especial.

1.4 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS CON EL ARTÍCULO 150 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Con motivo de la creación del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, se implementaron algunas disposiciones a este ordenamiento, con la finalidad de regular algunos posibles supuestos en materia de procreación asistida, inseminación artificial

TESIS CON
FALJA DE ORIGEN

y manipulación genética, al considerárseles violatorios de la esfera de derechos de las personas y a los que se les ha dado el carácter de ilícitos.

Ahora bien, nuestra hipótesis materia del presente estudio (inseminación artificial en menores e incapaces), contemplado por el artículo 466 de la Ley General de Salud, se encuentra actualmente regulada por el nuevo Código Penal para el Distrito Federal en los términos siguientes:

“Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión”.²³

I. Características en el delito de inseminación realizado en menores e incapaces regulado por el artículo 150 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal:

a) Inseminación artificial.- Consiste en colocar o introducir el semen masculino del varón, en el cuerpo de la mujer que ha de inseminarse con el propósito de lograr en ella la fecundación, descartándose el medio sexual natural de concepción entre un hombre y una mujer, para lo cual, se utilizan métodos no convencionales o artificiales, como en el caso concreto de la técnica inseminal, es decir, que en términos generales se emplea como un auxiliar en aquellas mujeres infértiles.

b) Mujer.- La conducta típica descrita por el artículo de referencia, debe recaer necesariamente sobre una “mujer”, por la naturaleza misma de la práctica inseminatoria.

c) La violencia.- Cuando se emplea alguna clase de coacción, en el caso concreto sólo se hace referencia al uso de la violencia, dejando abierto su interpretación, puesto que ésta puede ser: “física” o “moral”.

d) El consentimiento de la menor o incapaz.- Puede o no ser otorgado el consentimiento de la menor o incapaz, para que en ella se realice la inseminación

²³ NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. “Leyes para el Distrito Federal”. Editorial Sista. México 2003. Pág. 142.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

artificial, en tanto que nuestro Juzgador lo invalidará por las características propias que conllevan estos seres, mayormente susceptibles de ver dañada su esfera derecho. En tanto, que no cuentan con la capacidad de comprender o resistir el significado del hecho.

II. Elementos típicos:

a) Objeto jurídico protegido.- En el caso que nos ocupa, son varios por las características propias que reviste la conducta típica, por lo que en términos generales se protege: "la salud de la menor ó incapaz", "la madurez sexual", "la familia", "la sociedad", "el derecho a la genitividad ó a la procreación", así como "el derecho a la libre maternidad".

b) Objeto material.- En el presente delito, lo constituye el cuerpo de la mujer fértil 'menor' ó 'incapaz' sobre quien se lleva a cabo el acto inseminal, es decir, sobre quien se efectúan las manipulaciones inseminantes.

c) Sujeto activo y Sujeto pasivo.- De la conducta típica descrita en el artículo 150 del nuevo Código para el Distrito Federal, se desprende que el sujeto activo podrá serlo cualquier persona. Por lo que hace al sujeto pasivo, deberá contar con una calidad especial, consistente en ser una mujer 'menor' ó 'incapaz'.

d) Medios de comisión.- En la disposición de referencia, se señala como único medio comisivo para la ejecución de la conducta: 'la violencia', dejando abierta su interpretación, toda vez que ésta puede ser de carácter físico o moral.

III. Diferencias:

a) En la descripción que hace nuestro legislador sobre el presente delito, se señala que la pena para quien lleve a cabo la ejecución de la conducta será de tres a siete años de prisión.

En tanto que el artículo 466 de la Ley General de Salud, establece para quien realice inseminación artificial en una 'menor' o 'incapaz', pena de prisión de uno a tres años. Por lo tanto, puede apreciarse que la pena establecida en este ordenamiento es menor a la que actualmente contempla el nuevo Código punitivo.

TESIS CON
FALSA DE ORIGEN

para la misma conducta típica.

b) El contenido del artículo 150 del nuevo Código Penal, refiere como medio comisivo para la ejecución de la conducta: 'la violencia', quedando abierta su interpretación, en virtud de que ésta puede ser de carácter físico o moral; asimismo, se especifica que si bajo tal supuesto se produce un embarazo, se agravará la pena imponiéndose de cinco a catorce años de prisión.

Tocante a lo dispuesto por el numeral 466 de la Ley General de Salud, no se hace referencia a ningún medio comisivo para llevar a cabo la conducta inseminatoria en la 'menor' o 'incapaz' y, bajo el supuesto de que como resultado de esa práctica se produjera un embarazo en la víctima, también se agravará la pena imponiéndose prisión de dos a ocho años.

Como puede desprenderse de la simple lectura, la pena señalada por la Ley en comento, también es menor a la establecida para el mismo supuesto por el nuevo Código represor para el Distrito Federal.

IV. Semejanzas:

En virtud de que se trata de la misma hipótesis, en ambas disposiciones concuerdan:

a) El objeto jurídico protegido.- Que lo constituyen "la madurez sexual"; "la salud del menor"; "la familia; "la sociedad"; "el derecho a la procreación o a la genitividad"; "el derecho a la libre maternidad".

b) El objeto material.- Que lo constituye el cuerpo de la 'menor' ó de la 'incapaz', sobre quien recae la conducta inseminatoria.

c) El Sujeto activo y el Sujeto pasivo.- El primero, que podrá tratarse de cualquier persona ya que no se hace referencia sobre alguna calidad especial en él. En tanto que respecto al sujeto pasivo, sí se establece una calidad especial, consistente en que deberá tratarse de una mujer que sea 'menor' ó 'incapaz'.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.5 ESTUDIO COMPARADO SOBRE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

En ésta parte de nuestra investigación, nos concretamos a examinar sólo en forma comparativa algunos de los aspectos jurídicos de legislaciones que revisten mayor relevancia, entre las que destacan países como Estados Unidos, Francia, Alemania entre otros. La concepción inseminatoria hoy en día se lleva a cabo en muchas de las comunidades escandinavas, en casi toda Europa y en forma mínima se practica en Bélgica, Suiza, Italia, Holanda, Noruega, también se recurre a ella en países como Israel, China, Turquía, Japón, Australia, Sudamérica y Sudáfrica; lo cual nos permite visualizar claramente que la fecundación asistida, se efectúa en casi todo el mundo incluyendo ciertas naciones en que se reprime la poligamia como medida importante para evitar la desintegración familiar, pues se considera que la familia es la unidad de toda sociedad.

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Actualmente Estados Unidos, es el país en que existe mayor número de nacimientos mediante la inseminación por semen de donante, o de un tercero, es decir por medio de la hero-inseminación, por tal motivo es que se constituye como la nación vanguardista de dicha práctica. Sin embargo, es dable señalar que en éste país, no se ha regulado en modo alguno esta técnica inductiva de procreación.

El cuestionamiento de fondo, que se hace en torno a la práctica insemininal, se concreta a determinar sobre la legitimidad o la ilegitimidad de los hijos. Es por ello, que para nosotros todo posible planteamiento de carácter penal sobre ésta forma inducida de concebir resulta por demás interesante, pero la realidad nos revela que a dichos planteamientos, se les ha atribuido escasa importancia, no sólo en nuestro país, puesto que incluso el criterio estadounidense empleado para resolver la problemática que implica la práctica de la inseminación artificial en seres humanos, se fundamenta únicamente en razones de higiene y sanidad.

FRANCIA

Actualmente la Legislación Penal Francesa, carece de disposiciones legales que sancionen o prohíban la práctica de la inseminación artificial inducida. Algunos autores tales como Savatier y Thelin, coinciden en señalar que bastaría tan sólo para resolver cualquier problemática que llegara a suscitarse con remitirse a algunos artículos que comprende su Código Penal como 'Atentados a las Buenas Costumbres', 'Crímenes y Delitos contra Particulares'; 'De los Crímenes, de los Delitos y de su

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Castigo concluyendo su apreciación y análisis con la siguiente afirmación: "...no es necesario crear un nuevo delito para sancionar la fecundación".²⁴

Por otra parte, resultan por demás interesantes y de mayor relieve penal las pautas que dió a conocer el jurista francés Savatier, a través del libro de Rambaour proporcionando una mayor visión del panorama relativo a la legislación penal francesa, debido a su enfoque dado a la inseminación artificial en seres humanos, el cual se concreta principalmente al análisis sucesivo del proceso inductivo de la concepción con relación a otros delitos ya clasificados, como "el adulterio" y "la violación" por citar algunos. De tal manera, que la práctica inseminatoria podría constituir un acto sexual simplemente inmoral, esto es, tendría esencia represiva por atentar contra la moral pública. Además plantea el supuesto consistente en que se efectuara el acto inseminal impuesto por la fuerza a una mujer por parte de un tercero, conducta que él contempla sólo como un caso similar al delito de violación.²⁵

ALEMANIA

Algunos científicos, entre ellos Bechtold opinan que todo problema legalmente dudoso, se resolvía de conformidad con la moral imperante. Y hasta el año 1963, es cuando la legislación alemana, emite un proyecto de nuevo Código Penal sancionando la práctica inseminatoria, argumentando al respecto lo siguiente: "El Estado Alemán debe proteger al matrimonio, la familia y las personas".²⁶

En tanto que autores como Keune y Rothe, publican al respecto que: "...los primeros antecedentes de la transferencia artificial de semen en Alemania, se remontan hasta antes de la Primera Guerra Mundial y su despegue del empirismo hacia el cientificismo, ocurrió a partir de la guerra de Corea, en el Pacífico donde el ejemplo audaz de los americanos (Inseminación Artificial a Distancia) cundió de manera vigorosa en el ánimo del médico alemán".²⁷

El Proyecto a que se hace alusión, no utiliza el término 'Inseminación Artificial', sino el de 'Transferencia Artificial de Semen', y la definen como: "...la

²⁴ RAMBAUR, RAYMOND. "El Drama Humano de la Inseminación Artificial". Editorial Moderna. México 1953. Pág. 48.

²⁵ CFR. Ibid. Pág. 47.

²⁶ HANAK, E. W. "Aspectos Jurídicos de la Inseminación Heteróloga". Geburshilfe und Frauenheilkunde. Germany 1973. Pág. 161.

²⁷ KEUNE, H. G. y ROTHE J. "Cuestiones Jurídicas sobre la Transferencia Artificial de Semen". Zehr Ärztlichen Fortbildung Jena No. 15. Germany 1972. Pág. 189.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

transferencia de los espermatozoides del varón a los órganos de reproducción de la mujer, de modo diverso al de la cohabitación".²⁸ Esta conducta descrita fué tipificada por el artículo 203 dentro de su Capítulo de 'Delitos contra el matrimonio, la familia y el estado civil de las personas', mismo que a la letra señala:

"1) El que ejecutare sobre una mujer una trasferencia artificial de semen, será castigado con prisión hasta por tres años.

I. La mujer que permita sobre sí misma, una trasferencia artificial de semen, será castigada con prisión hasta por tres años.

II. Los párrafos 1) y 2), no serán aplicados cuando un médico con el consentimiento de ambos cónyuges, insemine a la mujer con semen del marido.

4) Si el hecho del párrafo 1), fuere ejecutado sin consentimiento de la mujer, la pena de prisión no será inferior a los seis meses".²⁹

De la simple lectura, se desprende que en ningún momento se prevé el supuesto de inseminar a una menor o incapaz, pero en cambio sí se advierte que del proceso inseminatorio se manejan sus dos variantes: "Inseminación Artificial Homóloga" e "Inseminación Artificial Heteróloga", otorgándole a ésta última una mayor severidad; además de que el legislador alemán ya maneja los medios comisivos efectuados en el acto inseminatorio.

INGLATERRA

En éste país, la práctica inseminatoria resulta atípica, en virtud de que se carece de toda regulación jurídica-penal en su entorno. Asimismo, dicha nación, considerada meramente costumbrista no contempla algún antecedente que permita sancionar el acto inseminal, en seres humanos. Por lo que hace a su Jurisprudencia existente, y Derecho Estatuario, se precisa que todo conflicto jurídico se resuelve al tenor de los "precedentes" previamente estatuidos o seleccionados por el Derecho Consuetudinario Inglés.³⁰

²⁸ HANAK, E. W. Op. Cit. Pág. 161.

²⁹ Ibid. Pág. 163.

³⁰ JOURNAL AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. "Aspectos Médico-Legales de la Inseminación Artificial". Análisis Actual J.A.M.A. No. 18. Vol. 157. U.S.A. 1955. Págs. 1638 y 1640.

PUERTO RICO

La problemática legal, que se propicia como consecuencia de la práctica del acto inseminatorio en seres humanos en países como Puerto Rico, depende de principios totalmente ajenos a ésta práctica, es decir que no existen leyes que expresamente la permitan o prohíban. Es así, como incluso llegó a afirmarse que la inseminación artificial constituía una conspiración criminal para producir una criatura ilegítima. Asimismo, se contempló que la práctica de ésta técnica podría tipificarse como un delito de 'Agresión Agravada', dentro de la legislación de ésta nación, en el entendimiento de que dicho acto se efectuara sin el consentimiento de la mujer inseminada empleando la fuerza o la violencia y consecuentemente ocasionándole algún daño.³¹

Parte importante de la legislación de Puerto Rico, lo constituye el Código Civil, ordenamiento que en torno a la responsabilidad civil establece en su artículo 1802, que: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. La imprudencia concurrente del perjudicado no exime de responsabilidad, pero conlleva la reducción de la indemnización".³²

En torno a la responsabilidad civil, tratándose de la inseminación artificial, se enumeran posibles situaciones indicándose lo siguiente:

- I. Tratándose del médico o médicos, estos pueden ser responsables civilmente si no se observan ciertas medidas de diligencias y cuidado durante su práctica.
- II. Tocante a las áreas de mayor responsabilidad en estos casos, son las relativas a la investigación exhaustiva de fertilidad; teniendo como propósito saber sobre la estabilidad emocional y psicológica de la pareja, realizar una investigación responsable del banco de semen y tener cuidado con el manejo del esperma; asimismo, como requisito indispensable debe contarse con el consentimiento por escrito de la pareja.³³

³¹ CFR. REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO. No.1. Año 1979. Pág. 72.

³² Ibid. Pág. 75.

³³ Ibid.



Claramente se advierte, que en las distintas legislaciones no existe la previsión de la 'Inseminación Artificial', lo cual significa que la terapéutica inseminatoria, sin duda es una situación muy especial, pero sobretodo compleja que denota un profundo desconcierto hacia lo que se ha denominado como 'fenómenos de la concepción inducida', lo cual provoca incertidumbre y en muchos casos una repulsa social, lo que en última instancia nos lleva a prejulgar la escasa entidad del hecho fecundatorio, a través de las distintas técnicas actuales que se llevan a cabo en casi todo el mundo. Consecuentemente, se constata que no existen precedentes estrictamente jurídicos en relación a la práctica en comento, en ninguna legislación de derecho escrito o consuetudinario, y tan sólo se han dado a conocer casos aislados, predominando el olvido en la mayor parte de las mismas.

No obstante, la ciencia médica ha implementado un procedimiento riguroso y científico que está al alcance de todos, analizándose la dimensión lógico-jurídica de los antecedentes y circunstancias que se presentan en legislaciones como la norteamericana, la británica, francesa, italiana entre otras. Con ello, se pretende resolver los casos planteados de situaciones concretas que se suscitan con la práctica inseminatoria, observándose que sólo se ha podido semejar la práctica en comento, con figuras delictivas ya establecidas tales como: 'Faltas a la moral y a la buenas costumbres', 'Violación', 'Adulterio', 'Lesiones', y sin que se tome en cuenta que dicha práctica tiene elementos y consecuencias propias, por lo que en estricto sentido jurídico, resulta impropio sancionarla pues ninguna de ellas la contempla, prevé y menos aún la resuelve.

En los países donde existe un Derecho escrito o consuetudinario, el espíritu trascendental del legislador, ofrece una variada y sutil gama de interpretaciones de la ley, en cuanto a las situaciones que pudieran presentarse en torno a la práctica en comento. Sin embargo, la inducción artificial concepcional, presenta también su conflictiva penal y civil, y habida cuenta que son los antecedentes dentro de la Literatura Jurídica Mundial, se requiere de un análisis de fondo, ya que no existe un criterio común, y en casi todos los países se discute sobre la licitud médico-ética de la inseminación artificial heteróloga, la cual implica o encierra en sí toda la problemática.

1.6 DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

En el año 1978, la Conferencia Internacional sobre atención primaria a la salud (OMS y UNICEF), se argumentó la necesidad de conceptualizar a la salud, así el legislador mexicano en congruencia con el sentido social de nuestra Constitución, fortalecería la protección de la salud a través del texto actual de nuestro artículo 4º,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estableciendo que:

“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, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.³⁴

El contenido del párrafo anterior, encierra dentro de un marco de seguridad a la familia y de protección a la sociedad, comprendiéndose por ello el bienestar físico y mental del ser humano y la asistencia para el adecuado desarrollo desde antes del nacimiento de los seres concebidos, con el objetivo de lograr un mejoramiento de la calidad de vida.

Además, específicamente ésta disposición aplicada al caso que nos ocupa, nos lleva a determinar que no existe ninguna disposición legal que se oponga o prohíba la realización de la inseminación artificial salvo que se trate de menores e incapaces, y es por ello que se precisa al respecto que: “...los medios de procreación actualmente discutidos se hayan en una etapa pre-legal o para-legal, puesto que ninguna ley los regula específicamente y de modo directo para permitirlos, prohibirlos o limitarlos”.³⁵

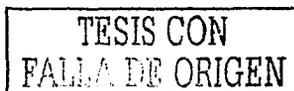
Lo anterior, es corroborado por la Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de 7 de febrero de 1984, misma que entró en vigor el primero de julio del mismo año y que en su artículo 67 regula la planificación familiar, comprendiendo el apoyo y fomento a la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

1.7 DERECHO PENAL MEXICANO

La primera legislación penal agrupada o codificada la constituye el Código Penal de 1871, habida cuenta de que se hizo patente en esa época la necesidad de contar con una Codificación Penal Mexicana, pues se pensó que con ella, se pondría

³⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. “Leyes para el Distrito Federal”. Editorial Sista. México 2003. Pág. 4.

³⁵ REVISTA DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE DURANGO. Números 20 y 21. Año 1986. Págs. 49 y 50.



fin al caos legislativo existente.³⁶

Posteriormente, se llevaron a cabo los siguientes acontecimientos: "En el año de 1912, se nombró una Comisión Revisora del Código de 1871, de la cual resultó conservar la parte fundamental del mismo y sólo se subsanaron algunas incoherencias y contradicciones".³⁷ Asimismo: "En el año de 1929, se promulgó un segundo Código Penal, el cual trae algunos cambios para las instituciones penales y dió lugar a que los juristas mexicanos tuvieran el anhelo de reformar las instituciones jurídico penales".³⁸

Históricamente, se tiene como referencia que estando en funciones el Secretario de Gobernación el Lic. Portes Gil, se organizó una comisión con la finalidad de que se encargara de formular una revisión de fondo al Código Penal de 1929 y no solamente una simple depuración, logrando con ello, el surgimiento del Código Penal de 14 de agosto de 1931.³⁹

Algunos autores, considerando que dentro del Código Penal se castiga el delito de lesiones, precisaron que podía hablarse de 'lesión' tratándose de la inseminación artificial, independientemente de que a dicho acto pudiera subseguir el embarazo, en virtud de que no puede contemplarse como una enfermedad causada por una lesión, todo lo más habría una responsabilidad por lesiones culposas. Es decir, si como consecuencia de la fecundación artificial, se originara alguna enfermedad por negligencia.

Por otra parte, como consecuencia de los planteamientos que anteceden a nuestro Derecho Penal, actualmente se sugiere como su única fuente a la ley; razón por la cual, se desprende que nuestra legislación mexicana reconoce la existencia de las leyes y se consideran también los derechos especiales, aún cuando el contenido de estos últimos, tenga características particulares. Es decir, que las normas pretenden conservar la unidad del Derecho Penal, estableciendo la supletoriedad del ordenamiento especial al Código Penal.

Tratándose de los delitos en general, el Código Penal para el Distrito Federal dispone que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. En los delitos

³⁶ CFR. ACOSTA ROMERO, MIGUEL y LÓPEZ B. E. "Delitos Especiales". 2ª Edición. Editorial Porrúa, México 1990, Pág. 7.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ CFR. Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, contrato o de su propio actuar precedente.

Tocante a los delitos especiales, algunos tratadistas manifiestan que el hecho de poder definirlos requiere de que se haga una interpretación letrista de lo que en principio se entiende como delito dentro del Código Penal, y sería tanto como investigar cuáles son las Leyes Penales a la que se les conceptualiza como aquellas cuyo objetivo fundamental de regulación es el delito y las instituciones conexas a él. De lo que se desprende que la ley penal por excelencia lo es el Código Penal.⁴⁰

Agregan también, que resulta contra la más elemental lógica considerar que las leyes administrativas cuyo objeto fundamental de regulación no es el delito, puedan calificarse de leyes penales, pues desde el título mismo de esas leyes y la materia que regulan no se refieren específicamente a los delitos.⁴¹

Con motivo de la creación del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, con vigencia a partir del 12 de noviembre de 2002, se incluyeron algunas disposiciones relativas a la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética, entre ellas se tuvo a bien regular nuestra hipótesis en estudio, consistente en inseminar artificialmente a una 'menor ó 'incapaz' con algunas variantes, en tanto que dentro de este ordenamiento, se señala 'la violencia' como medio comisivo para su ejecución, asimismo, establece penas de tres a siete años a quien ejecute la conducta típica, misma que aumentará de cinco a catorce años, en caso de que como consecuencia del acto inseminal se produzca en la víctima un embarazo. Sin embargo, debemos precisar que el artículo 466 de la Ley General de Salud, materia del presente análisis no ha sido reformado ni modificado.

1.7.1 DERECHO PENAL ESPECIAL MEXICANO

Autores como Fernando Castellanos Tena, consideran indispensable situar el objeto de estudio, precisando conceptos del derecho penal general, con el afán de poder delimitar el contenido del derecho penal y al respecto, existen diversas

⁴⁰ CFR. Ibid. Pág. 9.

⁴¹ CFR. Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

clasificaciones predominando en algunas la existencia de un derecho penal especial, en contraposición a un derecho general, ya sea por las leyes que lo contienen, por los sujetos, o por el objeto que se tutela.

En términos del artículo 14 párrafos segundo y tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, existe una clasificación al respecto a partir del momento en que señala que queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Por lo que hace al artículo 6 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que cuando se comete un delito no previsto en el Código, pero sí en una Ley Especial ésta se aplicará, observando las disposiciones conducentes del propio Código.

Opiniones de diversos autores, vertidas sobre el mismo concepto, señalan: "A la materia o leyes que estudian o definen los delitos especiales, se les conoce con los nombres de la ley especial, ley penal especial, derecho penal especial, pero la doctrina ha considerado más apropiado el de delitos especiales".⁴²

De ésta manera, se desprende que como delito debe entenderse cualquier conducta prevista en las diferentes leyes; en cambio tratándose de una ley especial, comprende una concepción gramatical más genérica, entendiéndose por estos términos aquél ordenamiento jurídico con una jurisdicción propia y limitada con sanciones determinadas en la propia ley.

A mayor abundamiento: "Los delitos especiales, son aquellas disposiciones normativas penales que no forman parte del Código Penal y tipifican un delito".⁴³

Las conductas constitutivas de los delitos en términos generales, son aquéllas que se encuentran contenidas en el Código Penal, sin embargo, existen muchas otras que se contemplan en diferentes ordenamientos no penales, tales como algunos Tratados Internacionales y Leyes Especiales.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid. Pág. 10.

Es así, como se ha denominado 'delitos especiales' a aquéllos que se encuentran contemplados por el artículo 6° del propio Código Penal, los cuales refieren: "...situaciones jurídicas abstractas determinadas, contenidas en leyes no privativas, ni prohibidas por el artículo 13 Constitucional; es decir, son impersonales, generales y abstractas".⁴⁴

Continuando con éste orden de ideas, algunos otros autores coinciden en que deben entenderse como aquéllas disposiciones en las que el sujeto activo o el autor del delito se encuentra en un plano diferente en relación a cualquier otro sujeto del delito, es decir, se requiere de una calidad específica señalada por el legislador.

El legislador mexicano, se inclina por el criterio de que existen delitos tipificados que no se encuentran en el Código Penal sino en una Ley de diferente materia, situación que es dable porque el delito tiene relación con su origen desde el momento de su nacimiento repentino, derivado de la necesidad de regular la situación jurídica concreta; esto es, que debido a las circunstancias en el momento requiere de su reglamentación.

En la actualidad, nuestro Código Penal resulta insuficiente para contener y regular los ilícitos que surgen como consecuencia de los impresionantes cambios de la sociedad; por ello, surgen infinidad de Leyes Especiales, las cuales, regulan delitos que no contempla nuestro Código Penal.

1.8 LEY GENERAL DE SALUD

La Ley General de Salud, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984 y fue modificada por última vez en fecha 7 de mayo de 1997; ordenamiento que se tuvo a bien definir en los términos siguientes:

"La Ley General de Salud, es una norma general que reglamenta este derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 4° de la Constitución, por lo que tiene carácter de ley federal y el conjunto de sus disposiciones son de orden público e interés social, de lo que deriva su vigencia y aplicación en todo el territorio nacional, a más de sus normas tienen naturaleza obligatoria e irrenunciable".⁴⁵

⁴⁴ Ibid. Págs. 10 y 11.

⁴⁵ Revista "CONAMED". Número 4. México 1997. Pág. 18.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En México se advierte que la protección de la salud al constituirse como un derecho constitucional, tanto los avances científicos y técnicos de la medicina, como el creciente acceso de la población a los servicios médicos, deben contribuir o a hacer cada vez más efectivo este derecho consignado en el artículo 4º de nuestra Constitución Política, pues dicha garantía refleja en su contenido no sólo su carácter individual, sino también constituye un derecho social.⁴⁶

Evidentemente, este derecho regulado por la ley en comento, ha llegado a significar un compromiso nacional donde se requiere de la participación de las instituciones de salud tanto públicas, privadas y de los profesionales de la medicina que la ejercen libremente; todos ellos, con el objetivo común de proteger y restaurar la salud individual y colectiva dentro del inmenso quehacer médico.⁴⁷

La Ley General de Salud, en sus disposiciones generales, Capítulo Único, señala:

“ARTÍCULO. 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 en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social”.⁴⁸

“ARTÍCULO. 2º.- El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

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

II.- La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la 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;

⁴⁶ CFR. Revista “CONAMED”. Número 1. México 1996. Pág. 4.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ LEY GENERAL DE SALUD. 14ª Edición. Tomo I. Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 1.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

V.- El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;

VI.- El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

VII.- El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud".⁴⁹

Así, 'el derecho a la protección de la salud', significa para el Estado la obligación de establecer los medios idóneos para propiciar o promover las transformaciones que le dan vigencia, en virtud de los avances científicos y tecnológicos que se derivan de la ciencia médica; de tal manera que la población tenga la oportunidad de contar con los servicios de salud necesarios, pues no tan solo se trata de que el Estado los proporcione por completo.

Este derecho social, garantiza a todo mexicano la protección de la salud y deja a la legislación secundaria Ley General de Salud, el establecimiento de las bases y modalidades que rigen el acceso a los servicios médicos, así como la reglamentación de estos servicios, siendo la salud de las personas uno de los bienes más preciados.⁵⁰

El 'derecho a la protección de la salud', al igual que otros en su especie, como los relativos a la educación, a la vivienda digna y al trabajo, se encuentra estrechamente vinculado con las aspiraciones del pueblo de México, estos derechos de los mexicanos de carácter social, emanados del mismo texto de nuestra Carta Magna.

La Ley General de Salud, establece las bases y modalidades para poder tener el acceso a los servicios de salud, y con el objeto de facilitar su cumplimiento, el Ejecutivo Federal dispuso la creación de La Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), como un organismo desconcentrado, mediante decreto publicado en fecha 3 de junio de 1996 en el Diario Oficial de la Federación, tomando en cuenta consideraciones tales como la necesidad de la población de contar con mecanismos que sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales, contribuyeran a tutelar 'el derecho a la protección de la salud'.⁵¹

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ CFR. Revista "CONAMED". Número 4. Op. Cit. Pág. 27.

⁵¹ CFR. Revista "CONAMED". Número 1. Op. Cit. Pág. 5.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta Comisión, es considerada en los términos en que lo define su propia Revista: "...como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, la 'CONAMED' contribuye a tutelar el derecho a la protección de la salud del pueblo de México, prescrito en el artículo cuarto constitucional desde 1983".⁵²

Consecuentemente la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, fue dotada de plena autonomía técnica a fin de que emita opiniones, acuerdos y laudos, con la finalidad de que actúe con imparcialidad y justicia, sin que ello afecte el ejercicio de otros derechos y vías que la ley otorga a los mexicanos. Se crea entonces para colaborar con las instancias jurisdiccionales en el desarrollo de los procesos que se ventilen ante ellas, con el propósito de poder recurrir a un organismo facultado y altamente calificado para la elaboración de dictámenes y peritajes especializados en la materia.⁵³

Este organismo, funge como instrumento de cooperación con los órganos internos de control de las instituciones públicas del sector al hacer de su conocimiento actos de los servidores públicos que pudieran suponer una transgresión a la normatividad que las rige, y así las quejas presentadas contra los prestadores de servicios médicos públicos, serán recibidas en la Comisión por personal especializado, quienes se encargarán de brindar asesoría e información sobre los derechos y obligaciones de usuarios y prestadores de los servicios.⁵⁴ Además, se le define como: "...un organismo desconcentrado de la Secretaría de Salud que posee plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, por lo que garantiza a las partes la imparcialidad en análisis, dictámen y resolución en las controversias que conozca".⁵⁵

La revista 'CONAMED' publica en uno de sus artículos del año 1997, lo siguiente: "Las condiciones de que el daño sea previsible y evitable, se pueden entender mejor diciendo que un hecho dañino se puede prever y evitar con una actuación diligente, reflexiva, perita, prudente, en función de los conocimientos teóricos y prácticos de quien tiene el deber de proteger un bien jurídico, más aún cuando en virtud de su profesión, como lo es el caso del médico, deben a sus pacientes un cuidado especial en función de los bienes jurídicos que están su cargo, como son principalmente, la integridad física y la vida".⁵⁶ En el mismo sentido se agrega: "...los médicos actúan por lo general bajo el principio de buena fe, lo que de entrada

⁵² Ibid. Pág. 1.

⁵³ CFR. Ibid. Pág. 5.

⁵⁴ CFR. Ibid. Pág. 6.

⁵⁵ Ibid. Pág. 7.

⁵⁶ Revista "CONAMED". Número 4. Op. Cit. Pág. 33.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

manifiesta la inexistencia de una actitud dolosa".⁵⁷

El artículo 133 de la Ley General de Salud, establece que: "...la información personal que el enfermo proporcione al médico psiquiatra o al personal especializado en salud mental, durante su tratamiento, será manejada con discreción, confidencialidad y será utilizada únicamente con fines científicos o terapéuticos. Sólo podrá ser dada a conocer a terceros, mediante orden de la autoridad judicial o sanitaria".⁵⁸

Además, la Ley en comento, en su capítulo VI prevé y sanciona la hipótesis materia de la presente investigación, estableciendo pena de prisión de uno a tres años, en caso de que no se produjera embarazo, en cambio, se agrava de dos a ocho años, si éste llegara a producirse como resultado de la práctica inseminatoria.

Por otra parte, el mismo ordenamiento establece en su artículo 67 lo concerniente a la regulación de la planificación familiar, comprendiendo el apoyo y fomento a la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de reproducción humana.⁵⁹

El artículo a que se ha hecho referencia, trata sobre la infertilidad humana comprendiendo también el tema de la inseminación artificial, sin que expresamente se mencione, resultando por demás interesante conocer los criterios que sobre la práctica inseminal se han empleado en otros países, como en el caso concreto de Italia en que se llegó a declararse adúlteras a las mujeres que recurrieron a éste procedimiento, aún contando con el consentimiento del esposo.

En 1921 consideró la Corte Suprema de Canadá que la inseminación artificial, no era más que una forma de cometer adulterio, bajo el supuesto de que se llevara a cabo sin el consentimiento del esposo; a diferencia de países como Italia, en el que el adulterio está tipificado en su Código Penal como un delito contra el matrimonio. Por lo que hace al Código Penal mexicano, el ilícito en comento se tipificó como un delito de carácter sexual y en ese sentido, se presupone la relación carnal con personas de distinto sexo, además se exigía que el adulterio hubiera sido cometido en el domicilio conyugal con escándalo, conducta que fue regulada y sancionada por el artículo 273 de

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Revista "CONAMED", Número 3, México 1997. Pág. 19.

⁵⁹ CFR. Ibid. Pág. 14.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

nuestro Código Penal, actualmente suprimido.⁶⁰

1.8.1 REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD.

En ejercicio de la facultad que se confiere al titular del Ejecutivo Federal la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para proveer en la esfera de administrativa, a la exacta aplicación de la ley, se tuvo a bien expedir éste Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de enero de 1987.

La Ley General de Salud, establece los lineamientos y principios generales a los cuáles deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada para la salud, correspondiendo a la Secretaría de Salud orientar su desarrollo. La investigación para la salud es un factor determinante para mejorar las acciones encaminadas a proteger ,promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general y para incrementar su productividad.

La realización de las investigaciones para la salud, deben atender a ciertos aspectos de carácter ético que garanticen la dignidad y el bienestar de la persona sujeta a investigación. Es por ello, que se rigen basándose en lo dispuesto por el Reglamento de la Ley General de Salud; ordenamiento que regula lo relativo a la investigación para la salud, estableciendo lo siguiente:

"ARTÍCULO 34.- Además de las disposiciones generales de ética que deben cumplirse en toda investigación en seres humanos, aquélla que se realice en menores e incapaces deberán satisfacer lo que se establece en éste capítulo".⁶¹

"ARTÍCULO 36.- Para la realización de investigaciones en menores e incapaces, deberá, en todo caso, obtenerse el escrito de consentimiento informando de quienes ejerzan la patria potestad o la representación legal del menor o incapaz de que se trate".⁶²

"ARTÍCULO 37.- Cuando la incapacidad mental y estado psicológico del

⁶⁰ CFR. REVISTA DEL SUPREMO TRIBUNAL DEL ESTADO DE DURANGO. Op. Cit. Pág. 52.

⁶¹ LEY GENERAL DE SALUD. Op. Cit. Pág. 393.

⁶² Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

menor o incapaz lo permitan, deberá obtenerse, además, su aceptación para ser sujeto de investigación, después de explicar lo que se pretende hacer".⁶³

"ARTÍCULO 38.- Las investigaciones clasificadas como de riesgo y con posibilidades de beneficio directo para el menor o el incapaz, serán admisibles cuando:

- I. El riesgo se justifique por la importancia del beneficio que recibirá el menor o el incapaz, y
- II. El beneficio sea igual o mayor a otras alternativas ya establecidas para su diagnóstico y tratamiento".⁶⁴

Ambiguamente, el artículo 40 en su fracción XI de la Ley en comento, señala que: "La Fertilización Asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga ó heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.⁶⁵ En tanto que el artículo 56 de la misma Ley, establece: "La investigación sobre fertilización asistida, sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el del investigador".⁶⁶

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación, comprende el desarrollo de acciones que contribuyan al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos, como de los vínculos entre las causas de la enfermedad, la práctica médica y la estructura social, la prevención, el control de los problemas de salud, la evaluación de los efectos nocivos del ambiente en la salud; el estudio de técnicas y métodos que se recomienden o empleen para prestación de los servicios de salud asimismo tratándose de lo que atañe a la producción de insumos para la salud.

Tocante al desarrollo de las investigaciones sobre la salud, se requieren de criterios técnicos para poder regular la aplicación de los procedimientos para la correcta utilización de los recursos destinados a ellas, sin que necesariamente tenga que restringirse la libertad de los investigadores, y en el caso particular de que se lleven a cabo en seres humanos y se utilicen materiales o procedimientos que conlleven un riesgo, es indispensable sujetarse a los principios científicos, éticos y a

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid. Pág. 394.

⁶⁵ Ibid. Págs. 394 y 395.

⁶⁶ Ibid. Pág. 396.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

las normas de seguridad establecidas en el reglamento citado.

Es por ello, que nosotros consideramos que los problemas planteados por la inseminación artificial hoy manejada como una de las técnicas de la fertilización asistida, aún constituyen un tema interesante para su análisis, independientemente de que como tema de investigación haya sido discutido por la doctrina, habida cuenta de que en la actualidad no se ha llegado a conclusiones definitivas, ni tampoco se han unificado criterios y porque finalmente, tratándose de cuestiones del cuerpo humano en su relación con el derecho, siempre tendrán vigencia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCEPTOS GENERALES

SUMARIO: 2.1 CONCEPTO DE SALUD.- 2.2 CONCEPTO DE MENOR E INCAPAZ.- 2.3 CAUSAS QUE AFECTAN EL NORMAL DESARROLLO DE LAS FACULTADES DE CONOCIMIENTO Y VOLICIÓN: I. Accidentales: a) Fisiológicas; b) Patológicas. II. Originadas por el actuar dólso del agente: a) Hipnosis; b) Narcóticos; c) Anestésicos; d) Bebidas alcohólicas.- 2.4 CONCEPTO DE EMBARAZO.- 2.5 CONCEPTO DE ESTERILIDAD E INFERTILIDAD.- 2.5.1 CAUSAS QUE PRODUCEN LA INFERTILIDAD EN LA MUJER: a) El bloqueo tubárico; b) El bloqueo de ovarios; c) Las enfermedades de transmisión sexual no tratadas; d) La tuberculosis; e) La ligadura de las trompas de Falopio; f) Los tumores de útero o las lesiones de cuello de útero; g) Algunos medicamentos; h) El exceso de peso o la delgadez extrema.- 2.5.2 DEFICIENCIAS ANATÓMICAS FISIOLÓGICAS EN EL HOMBRE Y LA MUJER QUE PRODUCEN LA INFERTILIDAD: A. En el hombre: I. Epispadias. II. Hipospadias. III. Fimosis. IV. Adiposidad excesiva. B. Padecimientos en el varón. C. En la mujer: I. Vagina. II. Matriz. III. Endometrio. IV. Excesiva adiposidad.- 2.6 CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.- 2.6.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.- 2.6.2 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.- 2.7 MÉTODOS PARA LLEVAR A CABO EL PROCEDIMIENTO INSEMINATORIO: I. Método Vaginal: a) Digital; b) Instrumental; c) Por empapamiento. II. Método Uterino: a) Por insuflación; b) Por inyección; c) Por instilación. III. Método Intracervical. IV. Método Intratubal.- 2.8 REQUISITOS PARA REALIZAR LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

2.1 CONCEPTO DE SALUD

El concepto de salud, ha tenido diferentes interpretaciones de acuerdo a las necesidades y a los problemas de la sociedad en general, como cuando se hace referencia a los cincuenta años primeros de la independencia de México, años en los que se fraguó y consolidó el concepto de la salubridad y los servicios médicos eran los que trataban de definir el concepto de salud.

Es de señalarse, que: "La Organización Mundial de la Salud define a ésta como un estado anímico de bienestar físico, mental y social y no sólo ausencia de enfermedad".⁶⁷ Por otra parte, se puntualizó al respecto que: "En la Carta de los Derechos del Hombre, consta como primordial para el desarrollo de la humanidad el derecho que todo individuo tiene a la salud".⁶⁸

⁶⁷ DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. "México a través de sus constituciones". H. Cámara de Diputados LV Legislativo. Tomo I. Editorial Porrúa. México 1994. Pág. 1360.

⁶⁸ Ibid. Pág. 1357.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Consecuentemente, resultó inevitable la necesidad de establecer un Sistema Nacional de Salud, que permitiera la mejor utilización de sus recursos existentes y su adecuación a las necesidades reales del país, para con ello poder disfrutar del nivel más alto de salud posible, y para lograr con el objetivo de constituir uno de los derechos fundamentales de todo mexicano sin que exista ninguna distinción, resultando evidente que la salud no requiere de ninguna otra condición para el disfrute de una vida plena pues no admite discriminaciones.⁶⁹

Así fue como se trató de conceptualizar el 'derecho a la protección de la salud', delimitándolo en los términos siguientes: "El derecho a la protección de la salud debe alcanzarse por igual, desde el momento de la gestación, tanto a la futura madre como al hijo. Sin importar sexo, tanto el joven como el anciano, del inicio al término de la vida, no sólo prolongándola sino logrando que sea más grata dándole calidad, y haciéndola más digna de ser vivida".⁷⁰

Por lo tanto, 'el derecho a la protección a la salud' implica el compromiso por parte del Estado para aumentar el acceso a los servicios de salud existentes, y por otra parte, resulta necesario tener la opción de ampliación de los mismos. Además de que como una garantía constitucional 'el derecho a la protección a la salud', implica la necesidad de situarlo a la altura de otros derechos ya consolidados, como en el caso de la educación.

En este sentido, se externó la siguiente idea: "El derecho a la protección de la salud, se basa en la disponibilidad y accesibilidad de los servicios de atención médica, salud pública y asistencia social. Son autoridades sanitarias; el Presidente de la República, La Secretaría de Salubridad y Asistencia, el Consejo de Salubridad General; los gobiernos de las entidades federativas y el Departamento del Distrito Federal".⁷¹

Nosotros consideramos, que el hecho de pretender elevar a rango constitucional 'el derecho a la protección de la salud' implica una lucha constante, con el objetivo firme de que cada mexicano logre un desarrollo armónico de sus facultades físicas y mentales, en beneficio propio y consecuentemente de la sociedad.

⁶⁹ Ibid. Págs. 1357 y 1358.

⁷⁰ Ibid. Págs. 1358 y 1359.

⁷¹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 11ª Edición. Editorial Porrúa. México 1998. Pág. 2870.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.2 CONCEPTOS DE MENOR E INCAPAZ

Desde el punto de vista biológico, se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo, no ha alcanzado una madurez plena y desde el punto de vista jurídico es la persona que por la carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad, la ley le restringe su capacidad dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan. Una primera definición gramatical sobre el concepto en mención señala:

"MENOR. I. (Del latín *minor natus* referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección, pues esta última voz proviene a su vez de *pupus* que significa niño y que se confunde con la amplia aceptación romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela)".⁷²

En materia civil, el menor es colocado bajo la condición de incapaz, pero a pesar de ello se le otorgan posibilidades emergentes conforme a disposiciones de carácter de excepción y en razón de su edad se anticipan, por lo cual, podemos entender que no obstante la aparente incapacidad del menor, ésta sólo es relativa pues se extingue por la llegada ordinaria de la mayoría de edad y por la habilitación eventual que produce la emancipación a causa del matrimonio.

Por lo que hace a la materia penal, se han externado ideas diversas incluyendo la que establece que: "En orden al aspecto penal se parte de la base de que los menores son completamente inimputables hasta que cumplan los 18 años de edad, principio al que se llegó tras una larga evolución iniciada con el Código de 1871, seguida por la Ley de Prevención Social de 1928 que señalaba 15 años, y el Código Almaraz de 1929 que lo aumentó hasta los 16".⁷³

Otra definición, conceptúa al 'menor' en los términos siguientes:

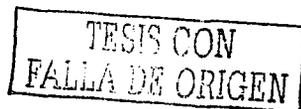
"Menor.- Se designa así a quien no ha cumplido todavía la edad fijada por la ley para gozar de plena capacidad jurídica".⁷⁴ Al mismo tiempo, se advierte que: "En efecto en los pueblos antiguos la mayoría de edad dependía del desarrollo físico de la persona y se hacía coincidir con la madurez sexual o pubertad".⁷⁵

⁷² Ibid. Pág. 2111.

⁷³ Ibid. Pág. 2113.

⁷⁴ **NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA.** Tomo XII. Carlos E. Mascareñas. Editorial Francisco Seix. Barcelona 1987. Pág. 517.

⁷⁵ Ibid. Pág. 107.



Con la finalidad de que no exista confusión entre los conceptos de 'menor' e 'incapaz', se hace la distinción correspondiente, definiéndolos por separado y señalando tocante al concepto de incapacidad lo siguiente:

"INCAPACIDAD-INCAPAZ. I. (Derivado del latín incapaz, que no tiene capacidad o aptitud para una cosa). En este sentido, incapacidad es la ausencia de capacidad. La capacidad se ha definido como la "aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismo" (capacidad de goce la primera, y de ejercicio la segunda). De esta manera, la incapacidad, a su vez, será incapacidad de goce o de ejercicio. La primera consistirá en la ineptitud del sujeto de ser titular de derechos y obligaciones, y la incapacidad de ejercicio en la ineptitud del sujeto de poder actuar por sí mismo en la vida jurídica".⁷⁶

También se precisa que incapaz implica: "...carencia de la aptitud para la realización, disfrute o ejercicio de derechos, o para adquirirlos por sí mismo".⁷⁷ El autor Escriche, señala: "la incapacidad traduce la falta de las calidades y disposiciones necesarias para hacer, dar, recibir, transmitir o recoger alguna cosa".⁷⁸

En tanto, Cabanellas define a la incapacidad como: "el defecto o falta total de capacidad, de aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones".⁷⁹ Por lo que hace a la capacidad procesal, se explica como: "Atributo o condición propios de todo sujeto de derecho habilitado por la ley para la realización de actos procesales válidos".⁸⁰

Para enriquecer los conceptos citados, aludo diversas ideas vertidas en el mismo entorno, las cuales precisan lo siguiente: "Un principio general de derecho establece que 'la incapacidad es la regla y la incapacidad de excepción'. En esta virtud, todos los sujetos de derecho son en principio capaces de goce y de ejercicio; capacidad es una y otra que sólo pueden ser restringidas cuando exista norma que así lo establezca. Como la capacidad de goce es múltiple (abarca todos los derechos contenidos en orden jurídico determinado), la incapacidad de goce se establece a través de normas prohibitivas, siempre en razón de determinadas circunstancias particulares de los sujetos en relación con otros".⁸¹

⁷⁶ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Op. Cit. Pág. 1659.

⁷⁷ DICCIONARIO DE DERECHO, Rafael de Piña y Rafael de Piña Vara. 27ª Edición. Editorial Porrúa. México 1999. Pág. 316.

⁷⁸ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo XV. Editorial Driskill. Buenos Aires 1989. Pág. 329.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ DICCIONARIO DE VOCABULARIO JURÍDICO, Eduardo J. Couture. Editorial Depalma. Buenos Aires 1976. Pág. 131.

⁸¹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Op. Cit. Pág. 1659.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Tocante a la incapacidad de ejercicio, se le define como: "...la ineptitud del sujeto de poder actuar por sí mismo, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones. El factor determinante para establecer la incapacidad, consiste en la limitación psíquica del individuo para poder decidir por sí sola la conducta debida y conveniente. Lleva implícita la incapacidad de ejercicio y su correspondiente figura, la representación, un sentido ético de protección social a los que no pueden manejar por sí mismos su vida jurídica y personal".⁸²

Además, por privación de inteligencia deben entenderse aquellos estados psicológicos de los individuos determinados con criterio médico, la locura que consiste en un trastorno mental lo suficientemente grave para impedir que el sujeto pueda discernir entre la conducta debida o indebida, puede ser transitoria, temporal o permanente.⁸³

Por lo que respecta a los vicios de adicción, a las drogas y el alcoholismo, cuando se convierten en permanentes, hacen al que los sufre un ser enfermo, necesitado también de protección. La labor del representante legal, en este caso debe encaminarse a procurar la rehabilitación de esos seres.⁸⁴

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 450 hace referencia a dos tipos de incapacidad que pueden tener los seres humanos:

"Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".⁸⁵

⁸² Ibid. Pág. 1660.

⁸³ CFR. Ibid.

⁸⁴ CFR. Ibid.

⁸⁵ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 7ª Edición, Editorial ISEF S.A. México 2000. Pág. 60.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De acuerdo a ésta disposición, se protege a quienes debido a su escasa edad, no pueden manifestar de ninguna manera su voluntad, en tanto que sufren de incapacidad natural o absoluta, semejante a la de los enajenados. Al desarrollarse físicamente, el menor va adquiriendo gradualmente el uso de la razón y de su voluntad, no obstante que el ordenamiento jurídico no lo considera capaz sino después de haber cumplido dieciocho años de edad.

Cuando hablamos de menor no necesariamente nos referimos a un impúber, ya que en algunas ocasiones la menor presenta un desarrollo fisiológico mayor al que le correspondería de acuerdo a su edad. Por lo que es importante hacer denotar la diferencia existente entre estos dos términos.

Para ello, en principio es necesario establecer que debemos entender por el siguiente concepto: "La edad se refiere únicamente a una simple determinación cronológica de la edad que presenta la persona, y la palabra 'impúber' deriva del latín 'in' que significa negación y 'pubertas' que se refiere a la pubertad, es decir, que no ha alcanzado la edad de pubertad (littre)".⁸⁶

Concretamente, no necesariamente un menor de edad es impúber, pues en ocasiones puede presentar un desarrollo fisiológico mayor al que generalmente debiera tener a su edad.

Por su parte, Martínez Roaro, afirma lo que debemos comprender por impúber señalando: "...es aquel que aún no sale de la segunda infancia o de la primera para entrar a la pubertad".⁸⁷

González de la Vega refiere: "...la impubertad es aquella temprana edad en que el sujeto aún no esta apto para la vida sexual de relación y para los fenómenos reproductores".⁸⁸

El fundamento de la protección legal de los menores, se basa en la incapacidad que tienen para comprender el significado social y fisiológico del acto que realizan, ya

⁸⁶ DICCIONARIO DE LOS TÉRMINOS TÉCNICOS DE MEDICINA. 20ª Edición. Editorial Interamericana 1981. Pág. 535.

⁸⁷ MARTÍNEZ ROARO, MARCELA. "Delitos Sexuales". 4ª Edición. Editorial Porrúa. México 1991. Pág. 15.

⁸⁸ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa. México 1986. Pág. 403.

que la auténtica capacidad para comprender y captar la trascendencia de los actos, se va dando con el tiempo y después de determinada edad, por lo tanto, de dicha incapacidad se deduce la imposibilidad de prestación de un consentimiento válido que si concurriera se consideraría 'viciado o no válido' por la propia ley así determinado, por lo que contrariamente a la capacidad que tienen las personas que no se encuentran en este supuesto y de quienes el consentimiento que emiten será totalmente válido, toda vez que se presupone que puede obrar con discernimiento y responsabilidad.

Como consecuencia, de la escasa edad e inmadurez que distingue a los sujetos pasivos de este supuesto comisivo; al respecto el autor González de la Vega: "...niega que sean aptos para prestar un consentimiento válido y conciente, y en este sentido manifiesta que la temprana edad les impide también resistir psíquicamente ante las pretensiones del sujeto activo, su significado y verdadero alcance, así como sus reales consecuencias, que ignora racionalmente".⁸⁹

Así también, podemos señalar respecto de la posibilidad de que exista la prestación del consentimiento por parte de la menor o incapaz para poder ser inseminada, consistente en la manifestación de la voluntad de la pasiva, aceptando una acción sobre sí misma la cual carece de validez jurídica, pues evidentemente tratándose de éstos supuestos, existe la ausencia de capacidad y de conocimiento para comprender y aceptar el verdadero alcance de dichas conductas y sus posibles consecuencias, principalmente por la ineptitud e inmadurez mental para afrontar determinadas situaciones.

Las personas bajo el supuesto de la minoría de edad y de las incapaces, carecen de la aptitud necesaria y del desarrollo mental suficiente para tomar decisiones propias respecto de determinadas circunstancias. Ahora bien, en el caso concreto el delito de la inseminación artificial realizada en una menor o incapaz, no puede ser factible bajo ninguna circunstancia, y así lo que concierne al requisito de la comprobación de la edad, se hará ante todo mediante el acta de nacimiento de la menor, o a través del informe pericial que la determinará con arreglo a criterios fisiológicos, tales como el desarrollo físico, genital y endocrino. De tal manera que el agente del delito, no alegue en su defensa ignorar la edad del sujeto pasivo más aún cuando la práctica de la Inseminación Artificial se encuentra totalmente restringida a profesionales de la medicina, y en ningún momento se permite realizarla en menores o incapaces tal y como lo prevé el artículo 466 de la Ley General de Salud.

⁸⁹ Ibid. Pág. 405.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto al propósito de establecer un sistema que determinara el límite de edad para los menores, el autor González de la Vega, manifiesta que: "...la edad de doce años en México, constituye el término medio de la aparición de los fenómenos de la adolescencia especialmente de la femenina".⁹⁰

Nosotros consideramos al respecto, que independientemente de la edad fisiológica o cronológica de la pasiva (menor o incapaz), en ambos casos se carece del desarrollo mental suficiente para comprender el alcance y trascendencia de estos actos para consentirlos o rechazarlos, habida cuenta de que la incapacidad deriva del latín incapax que no tiene capacidad o aptitud para una cosa.

Para Galindo Garfias, la incapacidad no es más que la ineptitud del sujeto de poder actuar por sí mismo en el ejercicio de sus derechos en el cumplimiento de sus obligaciones.

En tanto, Fontan Balestra, apunta que la persona privada de razón, es: "aquella que con trastornos de sus facultades, que le impiden comprender la naturaleza del acto que realizan como sujeto pasivo, razón por la cual su voluntad está viciada y carece de validez jurídica".⁹¹

Por su parte, Manfredini, entiende que: "...la privación de razón está integrada por manifestaciones de un estado psicopático, que anula la voluntad de la víctima frente al culpable o destruye su capacidad de valoración ética respecto al hecho concreto".⁹²

Apunta Carmona Salgado, que la privación de la razón consiste en: "...la alteración del conocimiento y voluntad del sujeto pasivo, de las que se deriva su capacidad para comprender y decidir libremente en orden al comportamiento del sujeto activo y al suyo propio".⁹³

Dentro de la doctrina, la enfermedad mental en general, puede revestir cualquiera de las formas clínicas estudiadas por la ciencia psiquiátrica, pudiendo ser

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ CARMONA SALGADO, CONCHA. "Los Delitos de Abusos Deshonestos". Editorial Bosh. Barcelona 1981. Pág. 136.

⁹² Ibid. Pág. 137.

⁹³ Ibid. Pág. 136.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

absoluta o permanente. Esto es, que la demencia a través de sus distintas formas, comprende un estado que impide para quien la padece darse cuenta o conocer del acto mismo que realiza, e impiden al paciente proporcionar su consentimiento esclarecido y conciente. Desde luego, también se incluyen a los que se manifiestan como síntomas de imposibilidad de movimientos de oposición, que implican ciertos estados mentales de gravedad, tales como la 'psicosis' y las 'oligofrenias' y dentro de las últimas 'la imbecilidad' y la 'idiocia'.⁹⁴

Los estados enajenativos de la mente, en sus diversas formas son también, causantes de la manifestación de la conciencia o de la voluntad, ya sea por esquizofrenia, o en general, por tratarse de disgregaciones de las funciones psíquicas que afectan el pensamiento, conducta, afectividad, sentimiento y relaciones en el mundo exterior, que pueden ser absolutos y permanentes, simplemente transitorios o se presenten dentro del curso de la enfermedad en algunos intervalos lúcidos.

Sebastián Soler, sostiene que al hacerse alusión a cualquier alteración de la salud mental no solamente debe entenderse a la que priva de la razón, sino a la totalidad de comprensión, ya que no se trata por tanto, sólo de simples alteraciones, deficiencias o anomalías psíquicas.⁹⁵

La debilidad mental, ha sido rechazada como causa suficiente para integrar el estado de privación de razón, ya que las anomalías mentales que no alteran profundamente las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto, se extenderían exageradamente a los límites que circunscriben el sentido y alcance de aquélla; así también, puede referirse la simple inferioridad intelectual, la moral, que sólo son estados limitantes pero no son integrantes del concepto de privación de razón.

Para nosotros, al igual que lo consideran otros autores, el hecho de que aún cuando fuera congénita o adquirida ésta característica no podrá originar el estado de falta de razón, salvo cuando vaya acompañada de otras anomalías o deficiencias psíquicas, pues en caso contrario no tiene afectada en forma alguna sus delimitaciones en la psique personal del individuo, y por tal motivo, están totalmente aptas como se hace hoy en día para aprender a comunicarse a través de diversos sistemas en la esfera social, consecuentemente estos sujetos pueden llegar a poseer plena capacidad de comprensión y no estar ubicados dentro del marco que prevé la presente hipótesis.

⁹⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. Op. Cit. Pág. 412.

⁹⁵ SOLER, SEBASTIÁN. "Derecho Penal Argentino". Tomo III. Buenos Aires 1993. Pág. 287.



Cuando una persona privada de razón, asiente en este caso que se le insemine carecerá de validez, en virtud de que la misma proviene de una persona que se haya imposibilitada de comprender el significado y el alcance de la conducta realizada, por la razón misma de tal alteración patológica que sufre su mente, colocando al quien la padece en una situación de indefensión, lo cual propicia que sea fácil de conducir hacia los fines que persigue el sujeto activo.

En tal virtud, no se puede argumentar ignorancia por parte del agente, especialmente cuando quienes realizan éste tipo de conductas tienen conocimientos de medicina y menos tratándose de casos profundos de deficiencia mental, cuyas características son conocidas por cualquier persona normal, que en algún momento ha tenido comunicación con su entorno social, pues se manifiestan con síntomas externos inconfundibles, resultando pertinente que se emita en casos de inseminación realizada en menores e incapaces dictámenes periciales psiquiátricos. Cabe señalar, que no existe ningún caso dado a conocer donde se dé el supuesto del tema en comento de la inseminación artificial realizada en menores e incapaces.

Aquella persona que por cualquier causa o circunstancia, no esté en posibilidad de resistir la conducta delictuosa, esto es que se encuentre privada de sentido, situación que supone la carencia o grave perturbación de las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto pasivo, originada por causas no patológicas y consiste en un estado de inconciencia de carácter transitorio, como lo afirma Jiménez Huerta, se trata de situaciones, de la naturaleza más o menos transitorias, en que el sujeto pasivo se halla en un estado de inconciencia que la priva de la facultad de conocer y comprender, por lo tanto, de asistir o resistir. En cualquier caso, el autor Carmona Salgado, afirma que lo verdaderamente esencial consiste en que la sujeto pasivo no comprenda el significado del acto por causas que afecten al normal funcionamiento de sus facultades de conocimiento y volición, de forma no permanente.

2.3 CAUSAS QUE AFECTAN EL NORMAL DESARROLLO DE LAS FACULTADES DE CONOCIMIENTO Y VOLICIÓN.

Jiménez Huerta, divide las situaciones antes mencionadas en:

I.- ACCIDENTALES.- Las cuales se pueden subdividir de la manera siguiente:

a) Fisiológicas.- Sueño, sonambulismo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- b) Patológicas- Desvanecimiento o sincopes oriundas de estados febriles, epilépticos o comatosos.

En ésta hipótesis, el sujeto activo aprovecha la situación de inconciencia en que se haya el sujeto pasivo, para poder realizar en ella la inseminación artificial y:

II.- ORIGINADAS POR EL PROPIO ACTUAR DOLOSO DEL AGENTE

Entre las cuales, pueden mencionarse las siguientes:

- a) Hipnosis
- b) Narcóticos
- c) Anestésicos
- d) Bebidas alcohólicas

Lo antes referido, debe entenderse como aquellos estados de inconciencia que revisten una mayor gravedad, toda vez que existe la imposibilidad de resistir la conducta dolosa del agente, en el estado que se encuentra la persona agraviada. En estos casos como lo refiere González de la Vega, el enfermo puede darse cuenta, pero no puede reaccionar por la imposibilidad de defensa que implica su estado, pues el agente ni siquiera necesita emplear coacción física o moral.

En tomo al supuesto de que la víctima se encontrara dormida en el momento en que se le practicara la inseminación artificial, entendiéndose por este un "sueño fisiológico y natural" y no como derivado de otro método artificial, situación que origina que surjan en la doctrina diversas y encontradas opiniones en el sentido de que es imposible realizar la conducta por parte del agente, aún y cuando el estado de sueño sea de completo abandono.

También resulta difícil la consumación de la conducta delictuosa cuando la persona se encuentre inmersa en un estado de sonambulismo, pues aún y cuando evidentemente el estado del sujeto pasivo permita ejecutar sin conciencia ni retardo determinados actos, estos son por lo general de índole simple, siendo muy poco factible que en tal estado se pueda sin despertar de dicho sueño, consentir la inseminación, y quizá no alcance a comprender el hecho y las implicaciones de que se lleve a cabo en ella, pero sí de que se hace uso de su cuerpo con algún propósito.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En tanto, los estados patológicos como los febriles, epilépticos o comatosos, producen desvanecimientos, desmayos o síncope más o menos largos, durante los cuales las personas que los padecen quedan en esos momentos privadas de sentido y pueden ser víctimas de que les sea practicada en este caso concreto, la inseminación artificial. El agente que realiza la conducta tiene conocimientos de medicina, experimentales, prácticos y demás, pues obviamente, no cualquier persona puede cometer dicho delito y no necesariamente, requerirá de la utilización de la fuerza, intimidación o engaño.

Por lo que respecta a la embriaguez, originada por el alcohol, deberá ser absoluta para que produzca un verdadero estado de inconciencia, y no un simple debilitamiento de los poderes inhibitorios que origina normalmente el alcohol. Sólo puede decirse de un ebrio que en ése preciso momento se encuentra privado de sentido, y que puede llegar a la total inconciencia. Por lo que hace a los narcóticos y anestésicos, tales como el cloroformo, pentatol, eter, producen en dosis adecuadas la privación del sentido en las personas a quienes se suministran toda vez que ocasionan un elevado índice de alteración o transtorno psíquico por intoxicación.

Por lo que hace al de narcosis, Salvagno Campos externa que: "...es el sueño artificial producido por un anestésico general, que priva a la víctima de todo sentido".⁹⁶

Las sustancias enervantes como el opio y sus derivados o drogas similares, pueden evidentemente privar de sentido al sujeto, pero indudablemente en éste supuesto, el posible consentimiento que la víctima otorgue encontrándose en un estado alucinógeno, debe considerarse al igual que las hipótesis ya mencionadas, dado que tal estado origina la privación de sentido y como consecuencia la no ubicación de la realidad.

Especialmente en torno a las personas privadas de sentido, el inculpado no puede alegar ignorancia dado que las víctimas presentan circunstancias externas de imposibilidad de movimientos o de toda acción eficaz de defensa plenamente perceptible a simple vista, y tomando en cuenta que el sujeto activo tiene conocimientos clínicos en demasía, que le permiten conocer todas las características y por menores de la víctima, lo más probable es que el hecho de realizar en las personas que se encuentren bajo este supuesto la inseminación artificial, se hagan con fines experimentales.

⁹⁶ CARMONA SALGADO, CONCHA. Op. Cit. Pág. 146.

2.4 CONCEPTO DE EMBARAZO

Algunos médicos-investigadores, indican que el embarazo es un proceso de la reproducción humana, que se inicia con la fecundación, que es la unión o fusión de los elementos ontogénicos (óvulo y espermia) provenientes de la madre y el padre, de la cual resulta la formación del cigoto o huevo, que es el principio del nuevo ser. Además, a ésta primera idea se agrega que: "El primer signo de embarazo y la primera razón por la cual la mayoría de las mujeres consultan con el médico es la ausencia de la menstruación esperada".⁹⁷ Habitualmente, el embarazo se calcula en semanas, empezando a partir del primer día de la última menstruación.

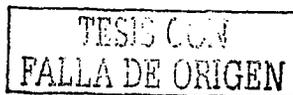
Clinicamente se entiende que el embarazo se produce cuando se unen, en el interior del cuerpo de una mujer, generalmente en la trompa de falopio, un óvulo femenino y un espermatozoide masculino. El óvulo como el espermatozoide contienen 23 cromosomas, es decir, la mitad de carga genética de todo ser humano y, se describe al espermatozoide como aquél de tamaño microscópico, que se produce en los testículos del hombre, calculándose que en cada eyaculación el hombre emite entre 3 y 5 millones de ellos, y que precisamente es el espermatozoide quien determina el sexo del embrión, en tanto que se describe al óvulo como la célula más grande del cuerpo humano, que se produce en los ovarios de la mujer a partir de la etapa de adolescencia.

El Reglamento de la Ley General de Salud, en sus disposiciones relativas a la investigación en mujeres en edad fértil, define que el embarazo debe entenderse como el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva de embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

2.5 CONCEPTO DE ESTERILIDAD E INFERTILIDAD

ESTERILIDAD.- La esterilidad humana ha significado una gran problemática a través de todos los tiempos para aquellas personas que la padecen, en algunas ocasiones incluso han padecido desprecios sobretodo tratándose de la mujer quien llegó a ser considerada culpable en toda forma de la infecundidad o esterilidad conyugal, dado que ella de alguna manera significaba un símbolo de la reproducción.

⁹⁷ EL MANUAL MERCK. Francesc Cardellach López. 9ª Edición Española. Editorial Grupo Océano. Barcelona 1994. Pág. 2049.



Algunas de las causas más comunes que provocan en la mujer los problemas de esterilidad es lo que clínicamente se conoce como estenosis o vagina infantil. El estudio del cerviz, se concentra en modo peculiar en países como Japón y China, donde la infertilidad es considerada como una gran desgracia, mientras que en las comunidades Mahometanas, toda mujer estéril era expulsada, destierro que usualmente les costaba la vida. En el caso concreto de la India, aquella mujer casada que continuara con problemas de infertilidad, aún después de haber sido sometida a una gran cantidad de ritos religiosos, era devuelta a sus padres. En África, se acostumbra a tratar a la mujer infecundada con desprecio, y con desdén, teniendo el marido el derecho de exigir a los padres de ella, la devolución de la cantidad pagada como dote. Actualmente entre la raza judía y tratándose de países como Turquía, todo hombre casado con mujer estéril puede divorciarse de ella: si éste fuera el caso, la mujer es condenada irremediablemente a llevar una vida en celibato, ya que muchos hombres la ven con recelo en virtud de ser considerada como una mujer no desarrollada.

Para efecto de poder entender lo que debe entenderse como 'fecundidad' y 'esterilidad', algunos autores como Raymond Pearl afirman que: "Fecundidad implica la innata y potencial capacidad creativa del individuo para formar y secretar glándulas sexuales, es decir, células germinales maduras y fisiológicamente activas; como ejemplo de factores que la afectan tenemos: la oligaspermia y problemas ováricos. La fertilidad implica la total, presente y actual capacidad creativa del hombre y la mujer unidos para traer progenie al mundo".⁹⁸

Asimismo, señala que la esterilidad ya sea proveniente de mujer o del varón debe entenderse como: "...la ausencia de la potencial capacidad para formar y secretar células germinales maduras".⁹⁹

También advierte, que la esterilidad matrimonial consiste en: "...la ausencia de capacidad creativa de un hombre y una mujer unidos para traer progenie o descendencia al mundo".¹⁰⁰

Como referencia histórica, en la literatura existe la descripción de una mujer que había sufrido una reacción anafiláctica después de una relación sexual, lo que clínicamente demuestra en forma espectacular que las mujeres pueden reaccionar

⁹⁸ PEARL, RAYMOND. "Contracención y Fertilidad en 2000 Mujeres". Ediciones Human Biology. Journal número 3. U.S.A. 1954. Pág. 412.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

contra los antígenos presentes en el semen y al respecto, los médicos la explican de una manera muy sencilla indicando que existen mujeres que crean anticuerpos contra el líquido seminal.¹⁰¹

El Manual Merck, considera que la esterilidad consiste en: "La incapacidad de una pareja para concebir tras 1 año de relaciones sexuales sin emplear contracepción".¹⁰²

Son considerados como otros posibles factores de la esterilidad, los cigarrillos, el alcohol y los trabajos arduos como posibles agentes contributivos a la disminución del recuento espermático, sin embargo, existen muy pocos trabajos experimentales que confirmen o nieguen esta idea.

Además de los ya citados, algunos médicos consideran que el alcohol podría también ser determinante para producir esterilidad y al respecto señalan: "El alcohol es más importante en la esterilidad como causa de impotencia o de disminución de la libido. El efecto pernicioso de la nicotina sobre tantos aspectos de la salud plantea con certeza la sospecha de que también puede disminuir la calidad del semen".¹⁰³

También son tomadas en cuenta las largas horas de trabajo que en el caso del alcohol, pueden provocar la disminución de la frecuencia del coito que de depresión directa del recuento espermático, y por ello se recomienda que todo varón estéril se realice un examen cuidadoso, y tenga especial cuidado en lo que en términos médicos se conocen como varicoceles pequeños, mismos que significativamente afectan a la calidad del semen.¹⁰⁴ Otro tipo de esterilidad es la denominada 'ideopática', cuyo origen se desconoce y se presenta sin ninguna causa aparente puesto que ni el hombre ni la mujer muestran inaptitud para el embarazo, aunque éste no se produzca. El factor psicológico tiene, en estos casos, un valor relevante.

Actualmente, la ciencia médica plantea que la infertilidad en el hombre tiene pocas posibilidades de resolverse. En cambio, las hormonas utilizadas en el tratamiento de la esterilidad femenina son aplicadas con éxito, y algunos médicos refieren incluso que los problemas hormonales suelen afectar la ovulación, cuando se

¹⁰¹ JORNET CASES, A. "Endocrinología, Ginecología e Infertilidad". 1ª Edición, Editorial Toray, S.A. Barcelona 1975. Pág. 184.

¹⁰² CFR. EL MANUAL MERCK, Op. Cit. Pág. 1961.

¹⁰³ JORNET CASES, A. Op. Cit. Pág. 206.

¹⁰⁴ CFR. Ibid. Pág. 207.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

presenta con frecuencia hasta llegar a inhibirla por completo.

En tanto, las mujeres cuyo problema radica en la esterilidad del marido, la solución dió comienzo en la década de los sesentas con el surgimiento en los Estados Unidos de América de los Bancos de Semen humano, considerándose como alternativa la cirugía, la cual aumenta en gran medida las posibilidades de éxito desde la aparición de la microcirugía.

Concretamente, se considera pareja estéril a aquélla que después de un año de relaciones sexuales con la finalidad de procrear, no tiene descendencia. En estos casos, el ginecólogo se encarga del estudio completo de los órganos reproductores femeninos, de la regularidad de los ciclos menstruales y de otros parámetros que dan una idea exacta de la condición de la mujer para poder gestar. El urólogo-andrólogo procede igualmente con el hombre, estudia también a través de ciertos análisis rutinarios la composición del semen y del estado hormonal y llega a una conclusión, para que a partir de ella, se pueda iniciar con los tratamientos oportunos y si es el caso la pareja decida someterse a cualquiera de las técnicas actuales de Fertilización Asistida.

INFERTILIDAD.- Esta puede deberse a la presencia de ciertos factores, que incluso pueden propiciarla, como son los de carácter mixto, como ocurre en la esterilidad de causa inmunológica, es decir, donde alguno de los dos miembros de la pareja crea anticuerpos capaces de destruir la acción de los espermatozoides al inmovilizarlos. También se refiere como la incapacidad de procrear aún no siendo ésta definitiva.

2.5.1 CAUSAS QUE PRODUCEN LA INFERTILIDAD EN LA MUJER

La infertilidad implica una falla en el proceso para llegar a concebir, resultando las más frecuentes las siguientes:

- a) **El bloqueo tubárico**, que impide la bajada del óvulo desde la trompa de falopio hacia el útero, si las trompas están totalmente bloqueadas.
- b) **El bloqueo de ovarios**, dado que en éste caso, no pueden desprender los óvulos durante la ovulación. Esto, puede ser originado por infecciones provocadas por el uso de los aparatos de control, como lo es en concreto el DIU'S.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- c) Las enfermedades de transmisión sexual no tratadas o mal tratadas, tales como la gonorrea, sífilis, y clamidia. Es ésta última enfermedad venérea, considerada como un grave factor de riesgo, especialmente porque puede no ser detectable mediante las citologías respectivas, sino mediante rigurosas pruebas especiales.
- d) La tuberculosis, es también una causa de infertilidad.
- e) La ligadura de las trompas de falopio, también es considerada como causa de infertilidad.
- f) Los tumores de útero y las lesiones de cuello de útero, también pueden ocasionar la esterilidad.
- g) Algunos medicamentos, el alcohol y el tabaco, han sido relacionados con la esterilidad.
- h) El exceso de peso o la delgadez extrema, así como los ejercicios físicos en exceso, la mala alimentación y los tóxicos industriales son factores que provocan la esterilidad.

A través de la realización de múltiples valoraciones clínicas, ha quedado demostrada la existencia de un declive paulatino en la infertilidad de las mujeres, a partir de cierta edad, comprendida dentro de los 30 a los 35 años. Asimismo, se estima que la infertilidad en los hombres puede tener su origen en diversas causas, como la imposibilidad de practicar el coito por causas hormonales, psíquicas o minusvalías, problemas en la producción y maduración de espermatozoides, trastornos hormonales en los testículos, varices en el escroto, agentes químicos como medicamentos, alcohol o toxinas.

Por otra parte, se cuenta con el antecedente de que fueron luchas intensas con quienes se oponían a los avances que trajo consigo la inseminación, especialmente por lo que hace a organismos religiosos. En tanto que en el campo de la medicina, han tenido como objetivo el concientizar a las sociedades sobre los logros y avances de la investigación científica en áreas diversas como la ingeniería genética (la ciencia que estudia el campo de la reproducción, herencia, variación y el conjunto de fenómenos y problemas relativos a la descendencia).¹⁰⁵

¹⁰⁵ CFR. REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO. Op. Cit. Pág. 70.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A lo largo de la historia, se nos refiere que la fecundación ha sido una cualidad o don propio de la mujer, por esta causa siempre que no se conseguía la gestación, ella era la culpable de la infertilidad.

2.5.2 DEFICIENCIAS ANATÓMICAS-FISIOLÓGICAS EN EL HOMBRE Y LA MUJER, QUE PRODUCEN LA INFERTILIDAD.

El autor Nacht en su obra "Patología de la Vida Amorosa", señala que existen deficiencias anatómico-fisiológicas impeditivas de la fertilidad:

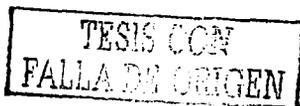
I. EN EL HOMBRE, SE PRESENTAN:

- a) Epispadias. - Cuando no existe funcionalidad del canal uretral del pene y ello provoca que desemboque en una parte superior y no en su sitio normal.
- b) Hipospadias. - Se produce cuando se presenta una disfunción en el canal uretral del pene.
- c) Fimosis. - Consistente en la estrechez o angostamiento irregular del orificio del prepucio que impide la salida del glande.
- d) Adiposidad excesiva. - Se presenta cuando existe algún elemento impeditivo de naturaleza física, detectado de manera amorfa o irregular ya sea en muslos, glúteos o bien, bajo el vientre.¹⁰⁶

II. LOS PADECIMIENTOS MÁS COMUNES QUE PROVOCAN ESTERILIDAD EN EL VARÓN, SON:

- a) Azoospermia. - Padecimiento que implica la total ausencia de espermias vivientes en el licor seminal.
- b) Necropermia. - Consistente en la eyaculación seminal carente de espermias vivos para fecundar, esto es, que se encuentran en la emisión pero "muertos".
- c) Astenospermia. - Se presenta cuando existe insuficiente motilidad en un alto porcentaje de espermatozoides en el fluido seminal.

¹⁰⁶ CFR. NACHT, S. "Patología de la Vida Amorosa". Editorial Extra. Chile 1946. Pág. 72.



d) Oligospermia.- Originado por la cantidad anormalmente baja de espermatozoides en el semen, resultando así, ser insuficientes para lograr la fecundación.

e) Hiperspermia.- Producido por la cantidad supranormal de espermatozoides en el semen que obstaculiza de igual manera que se logre la fecundación.¹⁰⁷

III. EN LA MUJER, SE REFIEREN LAS SIGUIENTES:

a) Vagina.- Se presenta cuando el moco cervical, presenta un aspecto sedimentoso, turbio, reseco y escaso, lo que provoca que las condiciones no sean adecuadas para el espermatozoide, y sea poco probable una concepción.

b) Matriz.- Cuando se altera el funcionamiento fisiológico de quien la padece y con ello se provocan cólicos, espasmos, flujos sanguinolentos e infecciones, padecimientos que por su naturaleza, pueden causar la esterilidad.

c) Endometrio.- Implica la realización de un exámen a fondo de éste órgano, el cual servirá para revelar como esta ovulando la mujer, y en el caso de no haya ovulación, se puede válidamente sospechar la existencia de una hiperplasia.

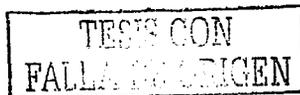
d) Excesiva adiposidad.- Consistente en la existencia de un elemento que impide la fecundación, detectado de manera amorfa, bajo el vientre, glúteos o muslos.¹⁰⁸

2.6 CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial ha sido en cuanto a su nomenclatura un tanto disímil, debido a la problemática que ha venido enfrentado en los distintos países ya que ésta varía dependiendo de la idiosincrasia que prevalece en cada uno de los diferentes lugares donde se lleva a cabo. La 'Inseminación Homóloga' y la 'Inseminación Heteróloga', son los dos términos comúnmente manejados dentro de la literatura médica mundial, aunque existe diversidad en la terminología que en su entorno se maneja, de tal manera que en países anglosajones especialistas en la

¹⁰⁷ CFR. RAMBAUR, RAYMOND. Op. Cit. Pág. 48.

¹⁰⁸ CFR. NACHT, S. Op. Cit. Pág. 48.



materia llegaron a proponer que se le denominara 'Semiodopción' (Rutheford); 'Heteroinseminación Terapéutica' (Kleegman); 'Fertilización Artificial' (Dickinson); 'Embarazo inducido' (Shidler); 'Impregnación Instrumental' (Mosher); en tanto que algunas publicaciones médicas del mundo occidental, indistintamente nos hablan de: 'Inseminación por donador', 'Inseminación sin unión' e 'Inseminación X'. En otras naciones como en el caso de Alemania, sugirieron algunos otros términos como 'Inseminación Iatrogénica' (Beck); en cambio en Italia se manejó el concepto de 'Fecundación Artificial'.

En la actualidad, aún no se ha podido delimitar etimológicamente y con precisión la nomenclatura sobre la práctica inseminatoria. Sin embargo, sí podemos avocarnos a la "Inseminación Homóloga" y a la "Inseminación Heteróloga", que como ya se ha referido son los dos términos comúnmente manejados en el campo de la medicina.

Una de las definiciones primeras que surgen en nuestro país en relación a la práctica inseminatoria, es la del Dr. Velasco quien la conceptúa en los términos siguientes: "A la inseminación artificial se le ha definido como: la aportación del eyaculado del varón al aparato genital femenino realizado sin contacto sexual alguno".¹⁰⁹

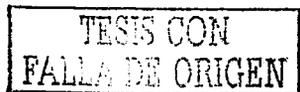
El autor Schellen, expresa: "...la inseminación artificial es un esfuerzo para facilitar el encuentro entre las células germinales femeninas u óvulo y la semilla masculina o semen por medios artificiales".¹¹⁰ Asimismo, éste último autor agrega que la inseminación inducida indica los varios procedimientos mediante los cuales se trata de procurar o por lo menos de facilitar, el encuentro del esperma con el óvulo para hacer posible la fecundación.

En consecuencia, la inseminación artificial, consiste en utilizar cualquier otro procedimiento distinto de la relación sexual natural, mediante el cual se obtiene el elemento masculino (semen), para después pasarlo a la mujer artificialmente.

Históricamente, desde los canonistas se tiene referencia de que ya se distinguía entre la inseminación artificial propiamente dicha, misma que precisan como aquella en la que se sustituye la obra de la naturaleza consistente en suministrar introduciendo el esperma en los órganos femeninos fuera de las relaciones sexuales, en tanto que la

¹⁰⁹ RUIZ VELASCO, VÍCTOR. "Cuadernillo de Gineco-obstetricia". I.M.S.S. México 1976. Pág. 1.

¹¹⁰ SCHELLEN, C. M. Op. Cit. Pág. 6.



impropia, comprendía la ayuda de fuerzas naturales para hacer posible la cópula, dilatando de modo artificial el orificio de la vagina o favoreciendo el acceso de los espermatozoides en el útero mediante un instrumento que ponga en mejor posición el cuello de la matriz introvertida, o bien introduciendo en la vagina sustancias químicas idóneas para modificar un ambiente poco propicio a la vitalidad de los espermatozoides o a la progresión de los mismos.

Clinicamente, el término 'inseminación artificial': "...se refiere al procedimiento médico mediante el cual el semen del hombre se introduce en la vagina de la mujer por medios artificiales con el propósito de hacerla concebir".¹¹¹

Este último concepto, simplemente descarta la cópula o medio natural de concepción y por esa razón, algunos médicos prefieren usar el término de inseminación terapéutica, considerándolo el más apropiado.

Por lo que hace a aquellas concepciones de carácter religioso, externadas en contra de reglamentar el acto inseminal, aún y cuando no han podido detener el avance científico, sí han limitado los intentos por legislarlo e inevitablemente, surgen inquietudes, y en razón a ello, se publicó el libro denominado: 'Problemas Médico-Legales', en el que se dan a conocer diversas estadísticas indicándose el número de niños nacidos en el mundo a través de ésta técnica, además de que en uno de sus artículos, se visualizan los resultados de los numerosos casos de inseminación artificial realizados con éxito.¹¹²

En nuestro país, se tuvo conocimiento de que la primera vez que se llevó a cabo la práctica de la inseminación artificial en seres humanos ocurrió en el año 1958, y también se señala que sólo era realizada por veintiún médicos mexicanos, en su mayoría jóvenes que habían egresado de Universidades Extranjeras.¹¹³

La inseminación artificial, puede ser: **HOMÓLOGA** ó **HETERÓLOGA**. La primera, consiste en utilizar el semen de la pareja. La inseminación artificial heteróloga, implica la utilización de semen de un donador (semen congelado de banco), y se recomienda cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria.

¹¹¹ REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO. Op. Cit. Pág. 69.

¹¹² CFR. REVISTA DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE DURANGO. Op. Cit. Pág. 38.

¹¹³ CFR. Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así la fase natural de procreación, puede ser sustituida principalmente por causas de esterilidad de uno de los progenitores (más frecuentemente por el padre), a través del conjunto de técnicas que ponen en contacto los elementos ontogénicos directamente en la matriz (inseminación artificial).¹¹⁴ En países como Suecia, existe una ley reguladora de la IAH (Inseminación Artificial Heteróloga), en tanto que en los Estados Unidos se considera lícita y fuera de toda formalidad legal.

Los avances logrados en la medicina, encaminados a lograr la fertilidad humana, han provocado inquietudes múltiples, al grado de puntualizarse lo siguiente: "Existen grandes expectativas sobre los beneficios sociales y humanos de estos descubrimientos: la eliminación total de las enfermedades hereditarias, la eliminación total de los defectos congénitos en los niños, un nuevo promedio de vida, una vida más sana, menos muertes por enfermedades; la cura total".¹¹⁵

Surge entonces la sombra de la duda, y se publica la obra de Aldo Huxley, *Brave New World* (1932) denominada: 'La creación de una sociedad totalitaria', obra en la que se precisa que fué regida por quienes tenían el poder de crear al hombre y la mujer, situación que se daba en la medida en que se tuviera el conocimiento y la técnica para predisponer de la vida, a fin de que no fueran fiscalizados ni supervisados.¹¹⁶

Nosotros consideramos que resulta necesario evitar el abuso de los conocimientos en cualquier campo de la ciencia, mayormente tratándose del ámbito de la medicina, en el que llegan a efectuarse investigaciones directas sobre los seres humanos, percatándonos así de los asombrosos cambios en la vida del hombre, y quedando de manifiesto que los avances tecnológicos hacen que surjan creencias, se especule y haya prácticas experimentales en torno al control de la natalidad, así como también se origina un inmenso potencial tanto para hacer el bien como para hacer el mal.

Por su parte, la revista del Supremo Tribunal de Durango publica que: "En todos los países, la legislación contempla la fecundación natural como única posibilidad de concepción de un nuevo ser, así que cuando se refieren a la reglamentación de lo relacionado con la producción humana, la IAH (inseminación artificial humana) es una

¹¹⁴ CFR. Ibid. Pág. 39.

¹¹⁵ REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO. Op. Cit. Pág. 71.

¹¹⁶ CFR. Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

situación de nueva aparición".¹¹⁷

La técnica de la inseminación artificial en seres humanos, es uno de los avances científicos de mayor éxito, sin embargo, nosotros consideramos que lo fundamental desde el punto de vista ético y legal consiste en asegurar que con ella se ha transformado el concepto de la reproducción humana, es decir, que el acto sexual entre el padre y la madre deja de ser esencial para la concepción de un nuevo ser humano.

En tanto que la llamada 'técnica del alquiler de úteros ó maternidad subrogada', consistente en inseminar a una mujer con semen del hombre cuya pareja es estéril, ésta lleva el embarazo a término y una vez que nace el niño lo entrega a la pareja que la contrata y en ese momento se da por terminada su participación.

Terminantemente, ésta forma de procreación no está legalmente permitida de acuerdo con el sistema jurídico mexicano, y en los países en los que sí existe autorización al respecto, se formaliza mediante la realización de un Contrato que se lleva a cabo la pareja estéril con la llamada madre subrogada, mismo que puede ser gratuito u oneroso, según se realice o no mediante precio convenido, y se señala que ambos casos serían inexistentes para el derecho y ninguna de las partes podría ejercer acciones tendientes a obtener su cumplimiento.¹¹⁸

Por lo narrado, es que resulta más fácil comprender que el procedimiento de la maternidad subrogada constituye una forma ilícita y eventualmente delictuosa, de obtener descendencia para la mujer estéril, en el estado actual de las normas jurídicas mexicanas.

Actualmente, constituye un hecho real la separación entre el acto sexual y la procreación, y que esto puede asumirse en dos formas, por una parte, puede haber acto sexual sin procreación dadas las técnicas anticonceptivas, y por otra, puede haber procreación sin conjunción carnal; asimismo, se señala que un niño puede nacer de una mujer que no sea su madre desde el punto de vista genético, cuando un óvulo ajeno fecundado es implantado en el útero de aquélla que dará a luz.¹¹⁹

¹¹⁷ REVISTA DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DURANGO. Op. Cit. Pág. 40.

¹¹⁸ CFR. Ibid. Pág. 56.

¹¹⁹ CFR. Ibid. Pág. 48.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para efectos de estudio, se requiere diferenciar a la 'eugenesia' de la 'inseminación', pues comúnmente existen confusiones entre éstos conceptos, considerando a la primera como la ciencia por la que se trata de mejorar la constitución genética de los seres humanos. Extremadamente también se ha referido como el intento de control de la reproducción para un hipotético mejoramiento de la raza. Así, la eugenesia, puede ser negativa o positiva; negativa porque propone eliminar las condiciones perjudiciales, esto es, corregir 'defectos', y positiva porque pretende conseguir seres humanos mejores.

2.6.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

La inseminación artificial tiene dos especies principales que son: 'La Inseminación Artificial Homóloga' u 'Homologo-inseminación' y 'La Inseminación Artificial Heteróloga'. Ambas son consideradas a partir del origen del semen varonil, es decir, que la primera implica el uso exclusivo del licor seminal del marido; en tanto que la otra, considera el semen proveniente de una persona distinta al cónyuge. En la literatura mundial se contemplan dos clases más de inseminación: 'La Inseminación Fisiológica' y 'La auto-inseminación', mismas que en estricto sentido sólo son consideradas como subespecies.

Esta práctica aludida se constituye como auxiliar de la fecundación, y puede iniciarse cuando se hayan determinado las causas impeditivas de la pareja a estudio, esto es, después de haberseles sometido a ciertas indicaciones médicas muy rigurosas como las anatómicas, fisiológicas y psíquicas.

La Inseminación Artificial Homóloga.- Debe su terminología al empleo sólo y exclusivo del semen del marido; su práctica es recomendable médicamente, cuando el varón o bien la mujer, están de tal modo afectados o impedidos por alguna deficiencia fisiológica o psíquica, que aún y cuando no obstaculiza en la mayoría de los casos la realización normal del coito, la fecundación no llega a producirse.

2.6.2 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Este tipo de inseminación implica el uso de fluido seminal de un varón distinto del marido, por especiales razones genéticas los especialistas lo prescriben de modo invariable en todo embarazo a parejas cuyo impedimento científicamente detectado, hace probable el nacimiento de productos anormales y con ello, se pretende evitarlos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el profundo daño psicológico y moral. Es por ello, que principalmente se toman en consideración sólo dos sintomáticas indicaciones que son: la absoluta esterilidad del marido y las indeseables características hereditarias de origen genético, localizadas en el varón como el síndrome 'Dawn'.

2.7 MÉTODOS PARA LLEVAR A CABO EL PROCEDIMIENTO INSEMINATORIO.

A través de los métodos siguientes, se puede realizar la presente técnica de fertilización asistida:

I. MÉTODO VAGINAL.- Consiste en que una vez que el semen ha sido eyaculado o puesto en zonas intra o extra vaginales, con el objeto de ayudarlo a alcanzar su destinación final hacia las partes más profundas del aparato reproductor femenino, tal ayuda puede lograrse de tres modos distintos:

- a) Digitai.- Mediante el empleo de los dedos índice o anular de la cavidad vaginal.
- b) Instrumental.- Mediante ciertos elementos técnicos, tales como jeringas, sondas y otros.
- c) Por empapamiento.- En que se utiliza algún material idóneo como algodoncillo, esponjas, del semen eyaculado y su posterior introducción en la vagina de la paciente.¹²⁰

II. MÉTODO UTERINO.- Para ginecólogos del prestigio de Gautier y Rohleder fue su colega francés Girault, quien introdujo esta técnica de inseminación, la cual se popularizó durante las primeras décadas del siglo XX, a tal grado que fue empleado como único método, consistente en colocar directamente el semen dentro de la cavidad uterina de la paciente, en forma por demás lenta y cuidadosa para tener resultados positivos, de tal manera que Rohleder divide esta técnica en tres formas de colocar el licor seminal en la matriz femenina:

¹²⁰ CFR. ROHLEDER, H. Op. Cit. Pág. 114.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

a) Por Insuflación.- Consiste en depositar o mandar semen al útero, mediante una sonda o pipetilla impregnada en uno de sus extremos, y por el otro lado, impulsarlo o soplarlo mediante aire. Rohleder al igual que otros investigadores, considera como peligrosa esta técnica, ya que la insuflación o impulsión de aire dentro de la cavidad uterina, puede causar diversas y violentas reacciones como cólicos e infecciones graves.

b) Por Inyección.- Con la que se pretende que lograr la fecundación, mediante la utilización de una jeringa especial, y cuando la inyección seminal se pone de manera brusca, provocará invariablemente espasmos y vivos dolores; por otro lado, se duda de su eficacia ya que no elimina el peligro de posibles infecciones en el cuello del útero y de las trompas, así como la manipulación excesiva que se hace del fluido seminal.

c) Por Instilación.- Que consiste en la deposición del semen también en la matriz, mediante una jeringa especial que va depositando el semen y al mismo tiempo extrayendo el aire que eventualmente se haya colocado al recinto uterino. Esta técnica, aún cuando tiene grandes ventajas, también se le critica por tener serios inconvenientes para la salud de la paciente.¹²¹

III. MÉTODO INTRACERVICAL.- Consiste en que cuando el semen es depositado directamente en el cerviz y en contacto permanente con su mucosa. Si el moco cervical es permeable y normal para los espermatozoides, es indudable el éxito del procedimiento inseminatorio; pero tiene también la gran desventaja esta técnica de que si los espermias no logran salvar la ambientación hostil que la mucosa cervical les presenta, sino perecen, pierden rápidamente su poder de fecundación.¹²²

IV. MÉTODO INTRATUBAL.- Se efectúa mediante la deposición del semen en la parte más alta de la matriz, exactamente en la desembocadura interior de las trompas; su procedimiento requiere de extrema pericia y habilidad en el inseminador médico, en virtud de que se realiza mediante la introducción de una sonda esterilizada en la intra región uterina. El semen se impulsa por esta sonda hasta la desembocadura interior de alguna de las trompas, lo cual se manifiesta claramente al

¹²¹ CFR. Ibid.

¹²² CFR. Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

momento en que la paciente empieza a sentir de manera leve, molestias o dolor en esa parte de su aparato reproductor.¹²³

La mayoría de los tratadistas, condenan esta técnica por considerarla extrema y peligrosa, pues de manera inmediata se evidencia una sintomatología difusa y permanente consistente en altas temperaturas, continuos cólicos, infecciones y probable traumatología de una o ambas trompas.¹²⁴

En México, no existe un análisis indagatorio por parte de los especialistas en materia de inseminación artificial; por lo cual, los datos estadísticos existentes no son del todo confiables, resultando como consecuencia casi nula la divulgación científica sobre esta práctica.

2.8 REQUISITOS PARA REALIZAR LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Para efectuar esta práctica, se parte de la base de que la pareja sea considerada estéril, y haya decidido someterse a la técnica inseminatoria para lograr la fecundación, siempre que existan cualquiera de las razones clínicamente aceptadas, como las siguientes:

I. Cuando la mujer tiene algún problema a nivel del cuello del útero como la alteración en el moco cervical, presencia de anticuerpos antiesperma, estenosis (estrechez), secuelas de conización, tratamiento con láser o cirugía.

II. Cuando el hombre muestra alteraciones en el semen como son disminución del número de espermatozoides y/o de su movilidad, disminución en el volumen del eyaculado, aumento excesivo en el número de espermatozoides, malformaciones anatómicas de su aparato reproductor o alteraciones funcionales en la eyaculación.

¹²³ CFR. DICKINSON, R. L. "Impregnación Artificial: Ensayo sobre la Inseminación Tubal". A.G.S.J. No. 45. U.S.A. 1920. Pág. 141.

¹²⁴ CFR. Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

III. Cuando la pareja presenta una esterilidad inexplicable (aquella en la que todos los estudios demuestran normalidad pero no se logra fecundación).¹²⁵

El Instituto de Perinatología, maneja como principal especialidad los embarazos de alto riesgo, además de ser una de las pocas instituciones de salud, donde se practica la inseminación artificial, misma que actualmente constituye una de las técnicas de la 'fertilización asistida'. Para poder ingresar a este instituto, se requiere cubrir los siguientes requisitos:

- Comprobante de no filiación a otra institución del sector salud, llámese IMSS, ISSSTE, PEMEX y otros.
- Presentar los documentos que le serán solicitados después de la valoración médica.
- Edad menor de 17 años o mayor de 35
- Embarazo menor de seis meses (28 semanas)
- En embarazos menores de 3 tres meses; y presentar prueba de embarazo positiva o estudio de ultrasonido
- Antecedentes de dos o más partos prematuros
- Antecedentes de dos o más niños con bajo peso al nacer
- Tres o más abortos
- Dos o más hijos que hayan pesado más de 4 kilos al nacer
- Uno o más hijos con malformaciones al nacer
- Dos o más hijos que hayan nacido muertos
- Antecedentes de dos o más cesáreas
- Epilepsia
- Diabetes mellitus
- Enfermedades de la glándula tiroides
- Enfermedades del riñón
- Enfermedades del pulmón
- Enfermedades del corazón
- Factor Rh negativo
- Embarazo múltiple
- Placenta con inserción baja
- Presión arterial alta
- Infecciones
- Tumores
- Otras causas no señaladas y que serán valoradas por los médicos del Instituto.¹²⁶

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹²⁵ CFR. <http://www.reproducción.com.mx/insem.html>. Pág. 1.

¹²⁶ CFR. <http://www.ssa.gob.mx/insti-hosp/inper/informa.html>. Pág. 1.

Actualmente, clínicas de diversas especialidades tales como la de 'Esterilidad e Infertilidad', exigen como requisitos para poder ingresar los siguientes:

- "Cumplir con los requisitos generales
- Edad de la mujer menor de 35 años
- Mujer no embarazada con antecedentes de partos prematuros
- Antecedentes de niños con bajo peso al nacer
- Uno o más hijos que nacieran muertos
- Epilepsia
- Diabetes Mellitus
- Padecer de enfermedades de la glándula tiroideas
- Enfermedades del riñón
- Enfermedades del pulmón
- Enfermedades de corazón
- Tabaquismo, alcoholismo o uso de drogas
- Rh negativo sensibilizadas
- Presión arterial alta
- Una o dos más muertes neonatales".¹²⁷

La inseminación artificial, es un procedimiento utilizado en los programas de reproducción, como primera alternativa en el manejo de parejas estériles que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales, tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad. Tocante al criterio médico, éste atiende a que debe valorarse su dimensión técnica, así como también su finalidad primordial, consistente en procurar el bienestar de las personas y su salud corporal y psíquica. Al respecto, algunos criterios morales, tratan de regular la intervención médica en la procreación artificial, argumentando que existe un desprendimiento de la dignidad de la persona humana, de su sexualidad y de su origen.¹²⁸

Nuestra escala de valores encabezada por los de mayor jerarquía, como el derecho inviolable de todo individuo a 'la vida' y a 'la libertad', y otros no menos importantes como 'el derecho a la familia' y a 'la institución matrimonial', fundamentales en toda la humanidad, ineludiblemente los coloca al mismo tiempo como elementos constitutivos de toda sociedad y de su ordenamiento jurídico.

¹²⁷ Ibid. Pág. 2.

¹²⁸ CFR, <http://www.reproducción.com.mx/insem.html>. Op. Cit. Pág. 1.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es por ello, que nosotros consideramos que pueden visualizarse a futuro las nuevas posibilidades de lograr la fecundación mediante técnicas cada vez más sofisticadas en el campo de la medicina, para lo cual se requiere de la participación de las autoridades legislativas para su regulación, habida cuenta de que de ninguna manera debe perderse el control en la aplicación de éste tipo de técnicas, pues en caso contrario, traería consigo consecuencias posiblemente nocivas e impredecibles para la sociedad. Por lo que es de resaltarse, que los derechos aludidos, son inalienables al ser humano, en virtud de que no se encuentran subordinados y son inherentes a la persona desde su concepción hasta la muerte.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO TERCERO

VISIÓN PANORÁMICA DEL DELITO EN GENERAL

SUMARIO: 3.1 CONCEPTO DE DELITO.- 3.1.1 SISTEMAS EN QUE PUEDE SER ESTUDIADO EL DELITO: I. Teoría totalizadora o Unitaria. II. Teoría analítica o Atomizadora.- **3.1.2 ELEMENTOS DEL DELITO.- 3.2 CONDUCTA.- 3.2.1 FORMAS DE CONDUCTA:** I. Acción. II. Omisión.- **3.2.2 AUSENCIA DE CONDUCTA:** I. La vis mayor. II. La vis absoluta. III. Movimientos reflejos. IV. El sueño. V. El sonambulismo. VI. El hipnotismo.- **3.3 TIPICIDAD.- 3.3.1 ATIPICIDAD:** I. Ausencia de calidad o del número del sujeto activo y sujeto pasivo. II. La falta del elemento material o del objeto jurídico. III. Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas por el tipo. IV. Cuando el hecho no se realiza por los medios comisivos específicamente señalados por la ley. V. La falta de elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos. VI. Por no darse, si fuera el caso la antijuridicidad especial.- **3.4 ANTJURIDICIDAD.- 3.4.1 FORMAS EN QUE SE CONSTITUYE LA ANTJURIDICIDAD:** I. Antijuridicidad formal. II. Antijuridicidad material.- **3.4.2 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN:** I. Legítima Defensa. II. Estado de necesidad. III. Cumplimiento de un deber. IV. Ejercicio de un derecho.- **3.5 IMPUTABILIDAD.- 3.5.1 ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD:** I. El intelectual. II. El volitivo.- **3.5.2 INIMPUTABILIDAD.- 3.5.3 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD:** I. El trastorno mental. II. Limitaciones patológicas. III. Diversas enfermedades mentales: I. La psicosis. II. Las psicopatías y neurosis.- **3.6 CULPABILIDAD.- 3.6.1 PRINCIPALES TEORÍAS QUE EXPLICAN LA CULPABILIDAD:** I. La teoría psicologista. II. La teoría normativista.- **3.6.2 FORMAS DE CULPABILIDAD:** I. Dolo. II. Culpa consciente o con previsión ó Culpa inconsciente o sin previsión.- **3.6.3 CLASIFICACIÓN DEL DOLO.- 3.6.4 INCULPABILIDAD.- 3.6.5 CAUSAS DE INCULPABILIDAD:** I. Error de hecho o de tipo. II. Error de prohibición o de Derecho. III. La no exigibilidad de otra conducta.- **3.7 PUNIBILIDAD.- 3.7.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- 3.8 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.- 3.8.1 FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.**

3.1 CONCEPTO DE DELITO

A través de la historia, el delito ha sido considerado como la transgresión a los valores fundamentales que resultan necesarios para mantener el orden y hacer posible la convivencia cotidiana dentro de una sociedad. En consecuencia, el delito implica una oposición a los intereses colectivos, salvaguardados por el Estado.

Para su estudio, resulta conveniente señalar que el delito es un acto jurídico, sobre el cual, la mayoría de los tratadistas en la materia, han externado concepciones múltiples, sin que en la actualidad exista unificación de criterios en su entorno.

Con el propósito de poder delimitar con claridad alguna definición sobre el vocablo de referencia, nos permitimos precisar que la palabra delito deriva del verbo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

latino "delinquere", que significa abandonar el sendero señalado y establecido por la ley.

El autor Francisco Carrara, considerado padre de la Escuela Clásica, lo define apuntando que: "El delito consiste en la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".¹²⁹

De la definición en comento, se desprende que el penalista Carrara contempla al delito como un ente jurídico, cuya esencia necesariamente implica una transgresión a nuestro Derecho. Llama al delito infracción de la ley, tomando en consideración que un acto adquiere el carácter de delito cuando con él, se viola lo establecido por la norma; asimismo, advierte que la ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin dicho propósito carecería de obligatoriedad.

En tanto, el jurista Rafael Garófalo exponente de la Escuela Positiva, refiere al delito como: "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".¹³⁰

Fundamentalmente, este jurista considera que el delito se propicia en razón a la oposición de las condiciones básicas, indispensables en la vida gregaria. Sin embargo, dentro de dicho concepto quedan fuera algunas otras figuras delictivas, en virtud de existen sentimientos que también pueden ser lesionados como el patriotismo o el pudor, entre otros.

El tratadista Enrique Ferri, nos enseña: "Son las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado".¹³¹

De acuerdo con la presente enseñanza, el delito se encuentra ligado a la manera de vivir de un pueblo y consecuentemente a las necesidades de cada época. Por ello, los hechos que alguna vez han tenido el carácter de delitos, llegan a perderlo, en virtud de los constantes cambios y nuevas necesidades a que se encuentra sujeta toda sociedad.

¹²⁹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", 42ª Edición. Editorial Porrúa. México 2001. Págs. 58 y 59.

¹³⁰ Ibid. Pág. 64.

¹³¹ FERRI, ENRICO. "Sociología Criminal". Editorial Eousseau. Paris 1983. Pág. 44.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ignacio Villalobos, señala: "Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe tener una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos".¹³²

Para el jurista de referencia, la definición jurídica del delito, debe ser formulada desde el punto de vista del Derecho, sin que se incluyan aquellas situaciones causales explicativas que determinan su existencia, en razón a que ello corresponde a otras ciencias.

En nuestra opinión, consideramos que la definición más adecuada sobre el delito, es la externada por el ilustre penalista Francisco Carrara, en razón a que contempla estrictamente necesaria la violación a lo establecido por la ley, para que exista el delito, es decir, lo que él llama infracción a la ley; además de que desde sus inicios ya advierte el carácter obligatorio de norma, misma que es promulgada para beneficio de los ciudadanos.

3.1.1 SISTEMAS EN QUE PUEDE SER ESTUDIADO EL DELITO

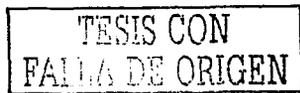
Existen dos formas o sistemas, que revisten mayor importancia a través de los cuales podemos entrar al estudio del delito:

I. La teoría totalizadora o Unitaria. - En la que se precisa que el delito no puede dividirse para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble.

II. La teoría analítica o Atomizadora. - En la que se estudia al ilícito penal a través de sus elementos constitutivos, sin que ello implique desconocer su necesaria unidad, es decir, que para poder estar en condiciones de entender el todo, se requiere del conocimiento de sus partes, sin que esto signifique la negación de que el delito por sí, comprende una unidad.

Respecto de la primera forma de estudio del delito, esto es, quienes optan por 'la teoría totalizadora o unitaria', afirman que el delito es una entidad que no puede

¹³² CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Pág. 128.



dividirse en sus diversos elementos, en virtud de que los autores que sostienen esta posición, refieren al delito como un 'bloque monolítico'.

Entre los penalistas que se adhieren a este sistema de estudio, podemos citar a Bettiol, quien opina: "el delito es un todo orgánico; es una especie de bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable".¹³³

El autor aludido, contempla que la verdadera esencia del delito no radica en alguno de sus elementos y tampoco en la suma de ellos, sino en su intrínseca unidad. Consecuentemente, el delito constituye una entidad esencialmente unitaria.

Inversamente, la concepción analítica comprende el estudio del delito a través de los elementos que lo integran. En dicho orden de ideas, el tratadista Porte Petit externa: "La concepción analítica estudia al delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito".¹³⁴

Los argumentos del jurista de referencia, se fundamentan al considerar que el delito es un todo, pero acepta que pueda fraccionarse en elementos y, éstos a su vez estudiarse en forma autónoma, sin olvidar que todos se interrelacionan y conforman su unidad.

Abundando, la teoría analítica estudia al delito desintegrándolo en sus elementos componentes, los cuales, se relacionan entre sí mediante una vinculación existente entre ellos, propiciando que los autores que se adhieren a esta concepción contemplen la debilidad de lo postulado por aquellos penalistas que se inclinan por el sistema monolítico, puesto que el análisis del delito puede realizarse a través de sus elementos, sin que esto implique la negación de su unidad.

En consecuencia, la teoría atomizadora o analítica analiza al delito mediante el estudio de los elementos que lo integran, hasta llegar a su naturaleza, lo que permite un verdadero análisis de fondo propio de la ciencia y de la dogmática jurídico penal,

¹³³ PORTE PETIT CANDAUPAP, CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". 18ª Edición. Editorial Porrúa, México 1999. Pág. 197.

¹³⁴ Ibid.

sin que en algún momento se olvide que tales elementos constituyen el todo del delito y conforman su unidad.

Ahora bien, la doctrina comprende diversas opiniones en torno no sólo de la concepción del delito, sino también sobre el número de elementos que lo constituyen; así, dentro de la teoría atomizadora o analítica, encontramos la concepción bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, exatómica y heptatómica, cuya denominación, es en razón del número de elementos que estructuran al delito.

A continuación, mencionaremos algunos autores que opinan al respecto:

Concepción pentatómica.- En México, el profesor Pavón Vasconcelos se inclina por esta concepción, argumentando lo siguiente:

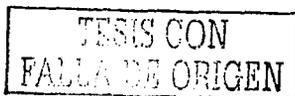
"Un concepto substancial de delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. De éste desprendemos que el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible, afiliándolos, por tanto, a un criterio pentatómico, por cuanto consideramos son cinco sus elementos integrantes: a) una conducta o hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; d) la culpabilidad, y e) la punibilidad".¹³⁵

El ilustre jurista Pavón Vasconcelos, acepta que la punibilidad es un elemento integrante del delito, distinguiéndola de la pena al señalar que la punibilidad, es una amenaza de pena para quien cometa el delito y la pena es la consecuencia del mismo. De otra manera, la norma sin sanción deja de ser coercitiva, y se transforma en un precepto declarativo sin eficacia alguna.

La crítica a las ideas expuestas por este penalista, es en relación a que no es lo mismo el delito que la norma; aún aceptando que ésta no se integra sin la sanción, lo cual, no excluye la posibilidad de que aquél exista faltando la pena. Por lo tanto, delito y norma son conceptos diversos, de ninguna manera idénticos.

Concepción hexatómica.- A la que se adhiere el tratadista alemán Ernesto Beling, quien define al delito como:

¹³⁵ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". 7^a Edición. Editorial Porrúa. México 1985. Pág. 165.



"la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal que llene las condiciones objetivas de penalidad".¹³⁶

De la presente definición, se desprende que para tener el carácter de delito, un acto necesita reunir ciertos requisitos que son: la acción descriptiva objetivamente en la ley, es decir, que medie culpabilidad; sancionada con una pena, o sea, que tenga fijada una penalidad; y que además, se den las condiciones objetivas de punibilidad.

Concepción hepatómica.- De la que es partícipe el destacado jurista Luis Jiménez de Asúa, quien señala que las características del delito son:

"actividad; adecuación típica; antijuridicidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad".¹³⁷

Partiendo de las características de referencia, define al delito señalando: "Delito es el acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".¹³⁸

Como puede apreciarse, el maestro Jiménez de Asúa incluye a diferencia del autor Ernesto Beling, la imputabilidad como elemento constitutivo del delito; asimismo, contempla a la punibilidad y las condiciones objetivas de la punibilidad, también como elementos integrantes del delito. Por ello, el autor en cita precisa que son siete los elementos constitutivos del delito: acción, tipicidad; antijuridicidad; imputabilidad; culpabilidad; la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad.

Nosotros, compartimos el criterio del profesor Castellanos Tena, quien afirma que de los siete elementos constitutivos del delito, sólo son esenciales algunos ellos, por lo que externa: "los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad o (antijuridicidad) y culpabilidad, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario".¹³⁹

¹³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. "La ley y el delito". 3ª Edición. Editorial Hermes. México 1986. Pág. 206.

¹³⁷ Ibid. Pág. 207.

¹³⁸ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Págs. 129 y 130.

¹³⁹ Ibid. Pág. 132.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, para efectos del presente estudio, se hará mención de los siete elementos integradores del delito tanto en su aspecto positivo como negativo, a que hace referencia el ilustre profesor Don Luis Jiménez de Asúa.

3.1.2 ELEMENTOS DEL DELITO

Para adentrarnos al estudio de los elementos del delito, resulta indispensable señalar bajo qué concepción ha de estructurarse, en virtud de que como se ha mencionado con antelación, existen teorías diversas en su entorno.

A la 'teoría del delito', corresponde el análisis de los elementos que constituyen al 'delito', tanto en su aspecto positivo como negativo, así como sus diversas formas de manifestación, concretándose al estudio de:

- 1.- La existencia del delito.
- 2.- La no aparición o inexistencia del mismo.

Para efecto de la presente investigación, nos situamos en el estudio de la teoría heptatómica, cuyo principal exponente como se ha precisado con antelación, es el ilustre penalista Jiménez de Asúa, quien refiere que los elementos integrantes del delito son siete y a cada uno de ellos corresponde un aspecto negativo, el cual, impide su integración. Es importante, señalar que el aspecto negativo de los elementos del delito fue una de las aportaciones del jurista alemán Guillermo Sauer, pero en razón de que no los expuso metódicamente, hubo necesidad de que el maestro Luis Jiménez de Asúa perfeccionara su doctrina, explicando con claridad los elementos positivos del delito y conjuntamente el aspecto negativo de los mismos:

ELEMENTOS:

ASPECTO POSITIVO

- 1.- Conducta o hecho
- 2.- Tipicidad
- 3.- Antijuridicidad
- 4.- Imputabilidad

ASPECTO NEGATIVO

- Ausencia de Conducta o Hecho
Atipicidad
Causas de Justificación
Inimputabilidad

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 5.- Culpabilidad
- 6.- Punibilidad
- 7.-Condiciones Objetivas de Punibilidad

- Causas de Inculpabilidad
- Excusas Absolutorias
- Ausencia de Condiciones Objetivas de Punibilidad.

3.2 CONDUCTA

El profesor Castellanos Tena nos enseña: "La conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito".¹⁴⁰

Por su parte, el tratadista Celestino Porte Petit, refiere que el término conducta es adecuado para abarcar tanto la acción como la omisión. Además, agrega: "La conducta sirve para designar el término elemento material del delito, cuando el tipo exige como núcleo una mera conducta".¹⁴¹

La precisión que hace este autor, es en relación a que con el elemento objetivo del delito denominado: "conducta", propiamente se agota el elemento objetivo del delito, esto es, bajo el supuesto de que el elemento del delito, se encuentre constituido por una conducta, caso concreto en el que se estará ante un delito llamado 'de mera conducta'.

Mariano Jiménez Huerta, explica: "Existe una conducta penalmente relevante siempre que la realización del comportamiento típico dependa de un acto de voluntad del agente".¹⁴²

Los argumentos del penalista de referencia, atienden a que toda conducta humana, implica una voluntad, sin la cual, resultaría imposible hablar de la presencia de la conducta y menos aún del 'delito'.

Sin embargo, debemos añadir que no basta únicamente el elemento psíquico o interno llamado 'voluntad', para la integración de las conductas descritas en las figuras

¹⁴⁰ Ibid. Pág. 149.

¹⁴¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "Apuntes de la Parte General de Derecho Penal". Op. Cit. Pág. 233.

¹⁴² JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. "Derecho Penal Mexicano. Introducción al estudio de las figuras típicas". Tomo 1. 5ª Edición. Editorial Porrúa. México 1985. Pág. 185.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

típicas, sino también se requiere que ése 'querer', sea llevado a un plano de exteriorización de la conducta (aspecto externo). Es decir, que la actividad del ser humano sea susceptible de ser considerada ilícita dentro de nuestro ordenamiento penal, al reunirse los elementos típicos del delito.

En forma personal, consideramos que la definición externada por el profesor Castellanos Tena, sobre este primer elemento del delito denominado: "conducta", resulta clara y explicativa, puesto que dicho elemento, debe ser entendido como el ejercicio de un comportamiento dirigido a lograr un determinado objetivo; razón por la que nos adherimos al criterio de este ilustre penalista.

3.2.1 FORMAS DE CONDUCTA

Antolisei, precisa: "La conducta puede asumir dos formas diversas: una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer y en un no hacer. En el primer caso, tenemos la acción (acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo, la omisión (llamada igualmente acción negativa)".¹⁴³

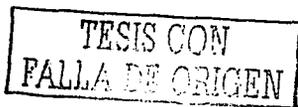
I. **ACCIÓN.**- De la enseñanza citada con antelación, puede desprenderse que la 'acción' es una de las formas de conducta, consistente en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico, dando lugar a un "tipo de prohibición".

El elemento constitutivo del delito llamado 'conducta', se encuentra integrado por dos elementos:

- a) La voluntad.
- b) La actividad o la inactividad.

Si en un acto faltara la voluntad, se estaría frente a una forma de ausencia de conducta, por lo que de manera concreta, la conducta consiste en un 'hacer voluntario'.

¹⁴³ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "Apuntes de la Parte General de Derecho Penal". Op. Cit. Pág. 234.



II. OMISIÓN.- La omisión, implica un 'no hacer voluntario' dirigido a la producción de un resultado típico. Existen dos clases de delitos por omisión:

a) Propio delito de omisión o de simple omisión.- Consistente en el no hacer, voluntario o involuntario, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un 'tipo de mandamiento' o 'imposición'.

En los delitos de omisión propia o simple omisión, el sujeto infringe como se ha señalado, una norma preceptiva, en virtud de que concretamente en estos ilícitos, se imputa al autor un no hacer algo que debió realizar y no hizo.

b) Delito de omisión impropia o de comisión por omisión.- Se produce cuando hay un resultado típico material, consecuencia de un no hacer voluntario o no voluntario, violando con ello una norma preceptiva y una norma prohibitiva.¹⁴⁴

Los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, son aquellos en los que existe un resultado material. En este tipo de ilícitos, el autor no obedece e infringe al mismo tiempo, una norma preceptiva y una prohibitiva, como consecuencia de no hacer lo que debe, provocándose con ello, un resultado material que no debió producirse.

3.2.2 AUSENCIA DE CONDUCTA

La denominada 'ausencia de conducta', representa el aspecto negativo del elemento material del delito, que se origina cuando la actividad o inactividad desplegada por el agente son involuntarias.

Bajo el supuesto de que no concurra el primer elemento objetivo del delito: "conducta o hecho", implicaría la presencia del elemento negativo de la conducta, esto es, que la ausencia de 'voluntad' en el sujeto traería como consecuencia, la inexistencia del delito.

El profesor Pavón Vasconcelos, externa: "que hay ausencia de conducta cuando la acción u omisión son involuntarias, cuando el movimiento corporal o la inactividad

¹⁴⁴ CFR. Ibid. Págs. 239 y 243.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

no pueden atribuirse al sujeto no son 'suyos', por faltar en ellos la voluntad".¹⁴⁵ En el mismo sentido, otros autores coinciden en señalar que un hecho del hombre no puede ser un hecho si no depende de su voluntad.

Tomando como punto de partida lo manifestado por este jurista mexicano, a partir del momento en que se realiza una conducta, como requisito indispensable para su propia existencia, se requiere que tal comportamiento sea voluntario por parte del sujeto. Es decir, que no basta con el hacer o no hacer (actividad o inactividad) del agente, desvinculada del aspecto subjetivo constituido por la voluntad, pues de existir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos causada de dicha manera, equivaldría solamente a simples fenómenos causales, productos de la misma naturaleza, lo cual, impide que a una persona se le impute el resultado producido.

Si se diera el caso de que existiera sólo la voluntad del agente y faltara el elemento objetivo de la conducta, traducido en el hacer o no hacer del sujeto, significaría simplemente que el pensamiento por sí mismo, no delinque.

En términos generales, la ausencia de conducta entendida como el aspecto negativo de la misma, implica la ausencia de la voluntad, por lo que se desprende que dicha ausencia, es un elemento impeditivo en la formación de la figura delictiva, habida cuenta de que la acción humana positiva o negativa, es la base indispensable del delito y de todo problema jurídico.

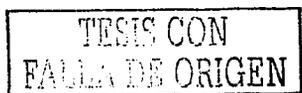
Precisando, cuando el agente incurre en alguna actividad o inactividad involuntarias, éstas generan la existencia del aspecto negativo de la conducta, quedando comprendidos dentro de dicho aspecto, cualquier supuesto en el que falte la voluntad por parte del sujeto, pudiéndose tratar de un movimiento corporal o de una inactividad.

Ahora bien, las causas que impiden la integración del delito por ausencia de conducta de acuerdo a la doctrina, son:

- I. La vis maior (fuerza mayor).- Esta fuerza se presenta como lo explica el tratadista Porte Petit: "cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad por una fuerza física irresistible, sub-humana".¹⁴⁶

¹⁴⁵ PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". 4ª Edición. Editorial Porrúa. México 1982. Pág. 244.

¹⁴⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "Apuntes de la Parte General de Derecho Penal". Op. Cit. Pág. 324.



ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

- II. La vis absoluta (fuerza física exterior irresistible).- Se comprende como aquella fuerza física e irresistible, a través de la cual, el sujeto realiza una actividad o inactividad que no quería llevar a cabo.
- III. Movimientos reflejos.- De igual manera, puede producirse un resultado típico o típico material, causado por un movimiento reflejo o fisiológico, mediante el cual, se origina el aspecto negativo de la conducta. El autor Antón Oneca, los define precisándolos como: "aquellos movimientos musculares, que son reacciones inmediatas e involuntarias a un estímulo externo o interno, sin intervención de la conciencia".¹⁴⁷

También "el sueño", "el sonambulismo" e "hipnotismo", son considerados como causas de ausencia de conducta:

- IV. El sueño.- Contemplado como uno de los aspectos negativos de la conducta; consistente en un estado de inactividad o inercia en que se encuentra el sujeto, que por su naturaleza evita que tenga dominio sobre su voluntad.

Cuando bajo dicho supuesto, el durmiente realizara una conducta tipificada por la ley, no existirá responsabilidad para él; en virtud, de que quien se encuentra dormido, carece de voluntad, la cual, es parte integrante de la conducta. No obstante, si el sujeto se coloca intencionalmente en estado de 'sueño', para realizar la conducta delictiva querida, responderá penalmente por el hecho que cometa.

- V. El sonambulismo.- La problemática que se plantea en torno del sonambulismo, consiste en determinar si es o no, una causa de ausencia de conducta. Sin embargo, para la mayoría de los penalistas el sonambulismo, es un verdadero aspecto negativo de la conducta, puesto que bajo este estado psíquico, el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el que su conciencia se encuentra suprimida.

¹⁴⁷ Ibid.

- VI. **El hipnotismo.** - Se entiende como la variedad especial e incompleta del sueño, a través de la cual, el individuo es particularmente susceptible de suggestionarse de quien lo hipnotiza. En su conjunto, se contempla como una serie de fenómenos que constituyen el sueño artificial provocado.

La fracción I del artículo 15 de nuestro Código Penal Federal, establece que las causas de exclusión del delito, se presentan cuando:

“El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”.¹⁴⁸

En la presente disposición, en ningún momento se precisan los supuestos de ausencia de intención en el autor, bajo los cuales se excluye al delito. Sin embargo, claramente puede desprenderse que se trata de un hecho delictivo, en el que no media la voluntad del sujeto para realizarlo.

Al respecto el profesor Castellanos Tena, afirma: “No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal”.¹⁴⁹

La consideración que hace el penalista de referencia, es clara al señalar que no es indispensable que en nuestro Código punitivo, se enumeren aquellas causas que a consecuencia de la ausencia de voluntad en el agente excluyen al delito, pues basta la ausencia de voluntad en el sujeto, para impedir que se conforme el delito.

Es importante añadir, que actualmente con motivo de la creación del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, la disposición a que se hace alusión, se encuentra contemplada en la fracción I del artículo 29 de este ordenamiento.

¹⁴⁸ **CÓDIGO PENAL FEDERAL.** Editorial Sista. México 2002. Pág. 7.

¹⁴⁹ **CASTELLANOS TENA, FERNANDO.** Op. Cit. Pág. 165.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.3 TIPICIDAD

Entre los autores que opinan sobre la tipicidad, nos permitimos citar a los siguientes:

Carrancá y Trujillo precisa: "es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto".¹⁵⁰

Lo manifestado por este tratadista, es en atención a que el encuadramiento o ajuste de la conducta desplegada por el sujeto, debe corresponder con exactitud a lo descrito por la norma, pues no podrá tratarse en ningún modo de una conducta análoga.

Sainz Cantero, apunta: "la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y el tipo penal (esto es: que es subsumible en un tipo penal)".¹⁵¹

El jurista de referencia, nos enseña que la tipicidad es aquel ajuste o adecuación del hecho a la hipótesis legislativa llamada tipo penal, por lo que ningún hecho podrá ser considerado como delito sin que la ley lo contemple como tal.

Para Castellanos Tena, la tipicidad consiste en: "...la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".¹⁵²

De acuerdo con este autor, la tipicidad es el segundo elemento integrante del delito, que consiste en la adecuación de la conducta desplegada por el sujeto a la descripción penal hecha por el legislador, es decir, la coincidencia existente entre el comportamiento del agente con lo descrito por la ley.

A manera personal, nos adherimos al criterio del profesor Castellanos Tena, quien considera que la "tipicidad" es la adecuación de la conducta del agente al tipo penal descrito por nuestro legislador dentro de nuestro ordenamiento punitivo, esto es, la tipicidad es propiamente el delito real, en virtud de que implica el encuadramiento

¹⁵⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL. "Derecho Penal Mexicano. Parte General". Editorial Porrúa. 20ª Edición. México 1999. Pág. 423.

¹⁵¹ SAINZ CANTERO, JOSÉ A. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona 1981. Pág. 292.

¹⁵² CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 167.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

del comportamiento voluntario del sujeto a la descripción hecha por nuestro legislador de conductas ilícitas.

Ahora bien, se denominan 'tipos', a aquellas formas de comportamiento que transgreden el orden jurídico, es decir, las conductas contrarias a la ley (antijurídicas), reguladas y descritas por nuestra Legislación Penal.

Al respecto, algunos autores señalan:

Edmundo Mezger, externa: "el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio essendi de la antijuridicidad".¹⁵³

La presente expresión, complementa lo que se ha venido precisando, en relación a que el tipo es el fundamento de la antijuridicidad. Por ello, se desprende que quien actúa típicamente, actúa también antijurídicamente.

Ignacio Villalobos, precisa: "es la descripción del acto del derecho injusto o antisocial precisamente valorado como tal, en su aspecto objetivo y externo".¹⁵⁴

El penalista en comento, refiere que nuestro legislador debe tomar como punto de partida al elemento principal del tipo, es decir, al sujeto que realiza la conducta; al sujeto pasivo, que resiente el daño; así como al bien jurídico tutelado y demás particulares que sean requeridas para constituir el delito.

Castellanos Tena, afirma: "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".¹⁵⁵

Conforme a esta definición, el tipo penal es la creación que hace nuestro legislador de figuras penales, considerando antijurídicos los comportamientos en ellas descritos, es decir, el tipo consiste en la descripción legal de un delito.

¹⁵³ Ibid. Pág. 169.

¹⁵⁴ VILLALOBOS, IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano. Parte General". Editorial Porrúa. México 1990. Pág. 258.

¹⁵⁵ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 167.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En términos generales, para que la conducta de un sujeto pueda considerarse como delictiva, debe estar descrita en un tipo penal dentro de nuestro ordenamiento represor, de esta manera, será considerado como un ilícito, imputándose sus consecuencias que conforme a derecho procedan, al haber realizado un comportamiento que implique el encuadramiento a la descripción contenida en el tipo.

Respecto a la diferencia existente entre tipo y tipicidad, atiende a que el primero describe una conducta delictiva, en tanto que la segunda, es la adecuación de esa conducta al caso concreto.

De las ideas expuestas, se desprende que para poder acreditar la existencia de la tipicidad, se requiere que la conducta realizada por el agente, sea exactamente la descrita en la ley, esto es, que se adecúe al 'tipo penal'.

3.3.1 ATIPICIDAD

Castellanos Tena, nos precisa que la atipicidad consiste en: "...la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa".¹⁵⁶

El mismo penalista, también señala cuáles son las causas de 'atipicidad':

I. Ausencia de calidad o del número exigido por la Ley en relación a los sujetos activos y pasivo. Ejemplo: "el delito de peculado", en el que el sujeto activo debe ser el encargado de un servicio público (artículo 223 del Código Penal Federal).

II. La falta del elemento material o el objeto jurídico. Ejemplo: "los delitos patrimoniales", en los que no habrá objeto jurídico faltando la propiedad o posesión; otro caso es el delito de homicidio, cuando se pretende privar de la vida a quien ya no la tiene (artículo 302 del Código Penal Federal).

III. Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.- En el caso concreto en el que la Ley exige la realización del hecho 'en despoblado'. Otro ejemplo: 'los delitos contra la administración de la justicia fracciones XIV y XVII del artículo 225 del Código Penal Federal'.

¹⁵⁶ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 175.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

IV. Cuando el hecho no se realiza por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley. Ejemplo: "el delito de violación", en el que se señala 'por medio de la violencia física o moral' (artículo 265 del Código Penal Federal).

V. La falta de elementos subiectivos del iniusto legalmente exigidos- Constituyen las referencias típicas a la voluntad del sujeto o al fin que persigue, esto es, aquéllas descripciones delictivas que aluden conceptos como: "intencionalmente", "a sabiendas", "con el propósito".

VI. Por no darse, si fuera el caso, la antijuridicidad especial. Ejemplo: "el delito de allanamiento de morada", al establecer que el comportamiento del sujeto se lleve a cabo 'sin motivo justificado', 'fuera de los casos en que la ley lo permita'.¹⁵⁷

Como se ha precisado, la denominada 'ausencia de tipicidad' (atipicidad), constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, más no equivale a la ausencia de tipo, es decir, la ausencia de tipicidad surge cuando existiendo el tipo, la conducta del agente no se adecúa a la descripción hecha por el legislador.

La diferencia existente entre 'la ausencia de tipo' y 'la atipicidad', consiste en que la primera, se presenta cuando una conducta o hecho no se encuentran descritos por la norma penal, en tanto, la atipicidad se origina cuando no hay adecuación de la conducta delictiva, desplegada por el sujeto al tipo penal.

Habrà 'atipicidad', cuando el comportamiento humano concreto previsto legalmente en forma abstracta, no encuentre perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o varios de los requisitos constitutivos del tipo. Consecuentemente, la 'atipicidad' implica la ausencia de adecuación típica.

3.4 ANTIJURIDICIDAD

Para Cuello Calón: "la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio

¹⁵⁷ CFR. Ibid. Págs. 176 y 177.

es de carácter objetivo por sólo recaer en sobre la acción ejecutada".¹⁵⁸

Lo anterior, en atención a que el juicio de la antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, esto es, el acto o conducta exteriorizada por el sujeto, misma que para ser considerada como antijurídica requerirá necesariamente de un juicio de valor.

Javier Alba Muñoz, precisa: "El contenido último de la antijuridicidad que interesa al jus-penalista, es, lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales...en el núcleo de la antijuridicidad, como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe sólo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente".¹⁵⁹

La afirmación que hace éste autor, es en torno a la norma objetiva de valoración del derecho, que implica tanto la acción externa del sujeto, como su conducta interna y psíquica. Respecto a la parte objetiva a que hace mención, es en relación a que nuestro Derecho está conformado por un ordenamiento objetivo, que se materializa; sin que ello, implique que se encuentre limitado a considerar la valoración de los elementos subjetivos, que se originan en el ánimo del agente.

El elemento 'antijuridicidad', gramaticalmente se califica como un concepto negativo, en razón a la estructura propia de la palabra que inicia con 'anti' y por otra parte, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a Derecho.

La antijuridicidad, es un concepto unitario válido en nuestra legislación, por lo que resulta importante abordar su estudio desde el punto de vista de la ciencia penal, tomando en consideración que dicho concepto representa aquello contrario al Derecho; razón por la que dicha concepción, deberá ser sometida al caso concreto mediante el análisis específico correspondiente.

Una conducta es antijurídica (ilícita), cuando es violatoria de aquellos valores que el ser humano considera como valiosos, los cuales, permiten la convivencia pacífica dentro de una sociedad. A partir de que la conducta lesiona alguno de los bienes jurídicos contemplados dentro de nuestro ordenamiento jurídico, surge la antijuridicidad como elemento constitutivo del delito.

¹⁵⁸ Ibid. Págs. 178 y 179.

¹⁵⁹ Ibid. Pág. 178.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.4.1 FORMAS EN QUE SE CONSTITUYE LA ANTIJURIDICIDAD

I. Antijuridicidad formal.- Se presenta cuando el acto implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición del Estado).

Habrá antijuridicidad formal, cuando la conducta del agente delictivo, se encuentre legalmente establecida y regulada dentro de nuestro ordenamiento legal, considerándola como prohibida y en consecuencia se le atribuya una sanción.

II. Antijuridicidad material.- Se produce cuando el acto signifique contradicción a los intereses colectivos.

A mayor precisión, la antijuridicidad material se dará cuando la conducta del sujeto transgreda materialmente al orden jurídico y como consecuencia, dañe los intereses colectivos dentro de una comunidad.

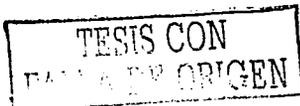
Por otra parte, es necesario establecer que no todas las conductas típicas son antijurídicas, habida cuenta de que puede darse el caso de que la conducta realizada por el sujeto se adecúe a lo descrito por la norma penal, pero ésta se encuentre amparada por una causa de licitud, en tal situación dicho comportamiento será típico pero no antijurídico. En efecto, nuestro legislador no sólo creó normas prohibitivas sino también permisivas, por lo que en determinados casos se permite la realización del tipo penal, sin que sea punible su conducta, esto es, cuando la conducta se realice bajo una causa de justificación.

Generalmente, se cree que un hecho típico es antijurídico, sin embargo, tal presunción es negativa cuando existe una de las causas de justificación con la que se excluye a la antijuridicidad. Es decir, que si bien es cierto que la antijuridicidad denota lo contrario al derecho, también implica que el estudio de su significado lo abarca la ciencia del derecho penal, en virtud de que la antijuridicidad es el atributo con el que se califica una conducta para decir que es contraria al orden jurídico.

3.4.2 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Castellanos Tena, indica: "...son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito..."¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ibid. Pág. 183.



De la definición en comento, se desprende que cuando concurre una de las llamadas causas de justificación, éstas originan la falta de uno de los elementos esenciales del delito: "la antijuridicidad". En tales condiciones, la acción realizada a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho, en virtud, de que las causas de justificación son eliminatorias de la antijuridicidad, puesto que constituyen uno de los aspectos negativos del delito.

Jiménez de Asúa, explica: "no tiene poder alguno para aniquilar la denominación de causas justificativas, el argumento de que el delito desaparece, pues ello ocurre con todos los motivos que suprimen uno de los caracteres del delito, es decir con las causas de inculpabilidad y con las que hacen a un hombre inimputable".¹⁶¹

Lo anterior, en virtud de considerar correcto el título de 'causas de justificación', pues con ellas no sólo se elimina una simple característica, sino la esencia de la acción desplegada por el sujeto.

Para el jurista Antolisci, las causas de justificación son: "aquella especial situación, en la que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone".¹⁶²

La presente consideración, refiere aquella especial situación en que la conducta o hecho siendo típicos, son permitidos, autorizados o facultados por la ley, en virtud de la existencia de un interés preponderante, es decir, de la norma que propiamente autoriza la realización del hecho.

En términos generales, una conducta es considerada antijurídica, cuando lesiona o pone en peligro alguno de los bienes jurídicos tutelados y protegidos por la Ley. Sin embargo, tal conducta puede realizarse bajo el amparo de alguna causa de justificación y en consecuencia, evita que ésta sea punible y sancionada, pues con ello, se impide la configuración del delito. En consecuencia, las llamadas causas de justificación, constituyen el aspecto negativo del elemento antijuridicidad.

¹⁶¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal." Op. Cit. Pág. 386.

¹⁶² *Ibid.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Las causas de justificación, al constituirse como el aspecto negativo de la antijuridicidad, impiden que se le aplique sanción a la conducta desplegada por el sujeto, por así ajustarse a nuestro derecho, es decir, que no podrá fincársele responsabilidad a quien realice cualquiera de las conductas amparadas por alguna de las causas de referencia.

Nuestro Código Penal Federal, señala como causas de justificación a las siguientes:

I. LEGÍTIMA DEFENSA.- Es la primera de las causas de justificación contemplada por nuestro ordenamiento punitivo.

El maestro Jiménez de Asúa, nos enseña: "la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racionalidad proporcionalidad de los medios".¹⁶³

Para Cuello Calón: "es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor".¹⁶⁴

Las definiciones en cita, coinciden en hacer referencia a que la legítima defensa comprende una repulsa hacia la agresión antijurídica, actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

Como se desprende, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria a Derecho mediante una agresión contra el atacante; ésta causa de justificación, se fundamenta en la preponderancia de intereses, habida cuenta de que se considera de mayor importancia el interés de quien es agredido, en relación al de aquél que agrede injustamente.

La legítima defensa, se fundamenta en la necesidad de repeler una agresión injusta, ante la imposibilidad en que el Estado se encuentra para acudir en defensa de quien injustamente es agredido.

¹⁶³ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 191.

¹⁶⁴ Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Lo citado con antelación, atiende a que la legítima defensa comprende la realización de la acción que resulta necesaria para repeler un acontecimiento real y grave por parte de quien se defiende, considerándose así, como una causa de licitud en base a un interés preponderante.

II. ESTADO DE NECESIDAD.- En relación a ésta causa de justificación, nos permitimos citar la opinión de diversos autores:

El penalista Sebastián Soler, afirma: "Es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico".¹⁶⁵

Para Von Liszt: "es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".¹⁶⁶

Porte Petit refiere: "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".¹⁶⁷

De lo citado con antelación, se desprende que la causa de justificación en comento, implica una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, la cual, como se ha señalado con antelación, sólo puede ser evitado mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos pertenecientes a otra persona.

La doctrina estima que el estado de necesidad implica un conflicto de intereses desiguales, en que se opta por sacrificar el de menor valor. Así, cuando el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se estará ante una causa de justificación; pero si por el contrario, se lesiona uno de mayor valía, el delito se configurará, excepto si se presenta alguna otra circunstancia que justificara el hecho. En el caso de que los bienes sean equivalentes, el delito será inexistente, no porque sea anulada la antijuridicidad, sino en función de una causa de justificación.

¹⁶⁵ Ibid. Pág. 203.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "Apuntes de la Parte General de Derecho Penal". Op. Cit. Pág. 431.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Resulta importante señalar la diferencia existente entre la legítima defensa y el estado de necesidad; en la primera, existe un conflicto en torno a la existencia de un interés ilegítimo por parte del agresor y el bien jurídicamente tutelado por la norma, respecto de aquél que es atacado. En tanto que en el estado de necesidad, el conflicto se suscita entre dos intereses legítimos, igualmente protegidos por la Ley.

Concretamente, en el estado de necesidad existe una acción o una agresión y ambos intereses serán legítimos; mientras que en 'la legítima defensa' se produce una repulsa hacia alguna agresión injusta.

Puede precisarse, que el estado de necesidad es una situación de peligro real e inminente, para un bien jurídicamente protegido, que se salvaguarda mediante la destrucción o menoscabo de otros, siendo éste el único recurso practicable como menos perjudicial.

III. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.- Sobre esta causa de justificación, el autor Ranieri citado por el profesor Porte Petit, precisa: "hay cumplimiento de un deber, cuando alguien debe comportarse como se comporta, porque una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad pública se lo impone, sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado".¹⁶⁸

De acuerdo con el autor en cita, la causa de justificación en comento, comprende aquellas acciones u omisiones que realicen funcionarios facultados para hacer mandatos reglamentados, en los que sólo ellos pueden actuar bajo esta causa de justificación; asimismo, la ley también obliga a las personas que no están bajo este supuesto a realizar determinados actos, que les permite intervenir en la esfera de derecho de otro, lesionando un interés ajeno con el fin de salvaguardar el orden jurídico.

El cumplimiento de un deber, deriva de funciones públicas, o sea de deberes de servicio y de un deber impuesto a un particular, en tales casos el sujeto no actúa antijurídicamente, sino que su conducta es lícita por estar autorizada legalmente y cuyo ejercicio se verifica en el cumplimiento de un deber.

¹⁶⁸ Ibid. Pág. 475.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Conforme a esta hipótesis (derecho o deber), quedan inmersas también, aquellas lesiones e incluso algún homicidio que pudiera ocasionarse con motivo de la práctica de cualquier deporte. Lo anterior, en virtud de que existen deportes que se realizan en grupo, bajo determinadas reglas, en los que media la habilidad física de los participantes; produciéndose enfrentamientos para vencer a los contrarios y obtener el triunfo; situaciones concretas en las que aún y cuando no se pretende lesionar a nadie, éste riesgo prevalece durante el tiempo de dicha práctica.

IV. EJERCICIO DE UN DERECHO.- El delito se excluye cuando la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho.

Para el penalista Antolisei: "el ejercicio del derecho posee eficacia eximente por la razón de que, si el ordenamiento jurídico ha atribuido a una persona una determinada facultad, quiere decir que ha establecido el predominio de su interés sobre los que se le contraponen".¹⁶⁹

El autor en comentario, hace referencia a que bajo determinadas circunstancias, la realización del hecho que debiera ser considerado como un ilícito resulta justificado, por así estar contemplado dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Celestino Porte Petit, externa: "El ejercicio de un derecho consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra norma para la satisfacción de un interés más valioso, consiguientemente que prepondera sobre el interés que es antagónico".¹⁷⁰

En otros términos, será nuestro legislador mediante las facultades que le son conferidas, quien limite la norma que tutela al interés que puede ser sacrificado, es decir, que en el ejercicio de un derecho falta la protección penal del interés que parece jurídicamente ofendido.

¹⁶⁹ Ibid. Pág. 461.

¹⁷⁰ Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El jurista Reyes Echandía, refiere sobre esta causa de justificación: "Obra en ejercicio legítimo de un derecho la persona que ejecuta determinado comportamiento o desarrolla especiales actividades con el expreso respaldo legal".¹⁷¹

De la presente apreciación, se advierte que por ejercicio de un derecho, debe entenderse aquél que se lleva a cabo, ajustándose a las prescripciones legales.

Fundamentalmente, las causas de justificación contempladas por nuestro Código punitivo, comprenden elementos objetivos que son los que se refieren al hecho y atañen a su realización externa, así como subjetivos considerados como aquellos que atienden al aspecto personal del autor.

Consecuentemente, si el ejercicio de un derecho es la facultad o abstención del mismo, no produce sanción alguna, toda vez que quien hace o deja de hacer algo a lo que se tiene derecho, no comete ningún ilícito, como tampoco supone ofensa alguna, pues el ejercicio del derecho supone el encuadramiento de la conducta a una norma legal, es decir, que existe a favor de quien actúa bajo estas circunstancias, una causa de justificación.

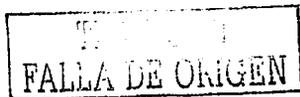
Por otra parte, consideramos importante señalar que la 'obediencia jerárquica', que fuera considerada también como una de las causas que excluyen al delito, fue suprimida de nuestro ordenamiento represor, cuando fue reformado en el año 1994.

3.5 IMPUTABILIDAD

En términos generales, para que un sujeto sea culpable, es necesario que anteceda la imputabilidad, esto a efecto de que el agente esté en aptitud de conocer la ilicitud de su conducta, es decir, que en función de su capacidad de querer y entender pueda determinarse hacia su propósito. Consecuentemente, la imputabilidad constituye la capacidad del sujeto para entender y querer transgredir el ordenamiento penal.

Para Carrancá y Trujillo, será imputable: "...todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo

¹⁷¹ REYES ECHANDÍA, ALFONSO. "Derecho Penal. Parte General". 11ª Edición. Editorial Temis. Bogotá 1989. Pág. 133.



jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".¹⁷²

Conforme a este autor, la imputabilidad será el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el sujeto, al momento de llevar a cabo la realización del acto típico penal, puesto que bajo dichas condiciones, podrá ser susceptible de responsabilidad penal.

El profesor Castellanos Tena, nos enseña: "podemos definir la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal".¹⁷³

Consideramos, que la presente definición es clara y explicativa, por lo que nos adherimos al criterio de este ilustre jurista, habida cuenta de que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental del sujeto; ambos aspectos generalmente van ligados, es decir, el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad.

3.5.1 ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD

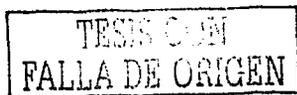
Los elementos que constituyen la imputabilidad, son:

- I. El intelectual: Consistente en la capacidad de entender.
- II. El volitivo: Consistente en la capacidad de querer.

Para ser imputable, implica tener la madurez psíquica y la capacidad para motivarse de acuerdo a la norma, es decir, la capacidad en el autor para comprender y determinar su voluntad de acuerdo a tal comprensión. Es de señalar que la 'imputabilidad', excluye a los sujetos menores de edad, así como a quienes sufren de un estado físico anormal como en el caso de padecer retraso mental, en virtud de que el autor del delito, necesariamente debe tener conocimiento de que su conducta transgrede el orden jurídico.

¹⁷² CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Pág. 218.

¹⁷³ Ibid.



Ahora bien, la responsabilidad penal se origina cuando exista aquella situación jurídica en la que se haya el sujeto jurídicamente imputable para estar en aptitud de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Es decir, que todo sujeto será imputable cuando posea un mínimo de condiciones de salud y desarrollo mental. Por lo tanto, será responsable quien al tener las condiciones de referencia, realice el acto típico penal, situación bajo la cual, contrae la obligación de responder ante los tribunales.

Evidentemente, la responsabilidad penal es consecuencia de la relación existente entre el sujeto y el Estado, a través de la cual, es el Estado quien declara que el agente obró culpablemente y evidentemente, se hace acreedor a las sanciones señaladas por la Ley, previamente establecidas para el caso concreto.

3.5.2 INIMPUTABILIDAD

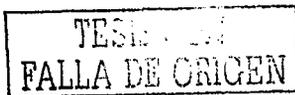
Castellanos Tena, precisa: "Como la imputabilidad es soporte básico y esencialísimo de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito; luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva. Ya hemos dicho que la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales; la imputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad".¹⁷⁴

La idea general sobre la inimputabilidad (aspecto negativo de la imputabilidad), supone en la persona a quien se imputa, la incapacidad para conocer y comprender la ilicitud del hecho realizado, es decir, la antijuridicidad de su conducta, la cual, le impide estar en posibilidad de poder determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Por lo que hace a las causas de inimputabilidad, éstas son definidas como: "...todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad".¹⁷⁵

¹⁷⁴ Ibid. Pág. 223.

¹⁷⁵ Ibid.



3.5.3 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Se contemplan como causas de inimputabilidad las siguientes:

I. El trastorno mental - Es la perturbación de las facultades psíquicas.

II. Limitaciones patológicas - Que se presenta cuando no se cuenta con la capacidad mental para lograr una reflexión lógica, es decir, que no se tiene el indicio de capacidad para autodeterminarse. Por ello, la existencia de la llamada incapacidad patológica, implica por sí, la denominada 'inimputabilidad'.

III. Diversas enfermedades mentales - Producen también la inimputabilidad en el sujeto.

"El concepto de enfermedad mental no es de carácter jurídico sino psiquiátrico corresponde a esta ciencia, derivada de la psicología y de la medicina, describir la sintomatología de las enfermedades mentales, clasificarlas y precisar en cada caso la especie de anomalías mentales que padece una persona".¹⁷⁶

Las enfermedades mayormente representativas, son:

a) La psicosis - Entendida como: "...el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyas causas patológicas son ignoradas o mal interpretadas por el enfermo impidiéndole su adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para los demás. Se trata, de una perturbación general del psiquismo que afecta, con mayor o menor intensidad, las esferas intelectuales, volitiva y afectiva de la personalidad".¹⁷⁷

Dentro del trastorno en comento, encontramos como especies diversas clases de oligofrenia, la cual, contempla todos los casos en que hay una falta de inteligencia como consecuencia de un mal congénito, o producida por el retardo o detención del desarrollo mental, misma que reconoce tres grados de diferencia intelectual dentro de estos oligofrénicos, llamados comúnmente idiotas, imbeciles o débiles mentales.

¹⁷⁶ REYES ECHANDIA, ALFONSO. "Imputabilidad". 4ª Edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1982. Pág. 47.

¹⁷⁷ Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORDEN

b) Las sicopatías y neurosis.- También generan incapacidad, entre ellos: las demencias, que comprenden otra forma de insuficiencia; asimismo, las psicosis, esquizofrenia y psicosis maniaco-melancólica o exógenas, que son provocadas por las más variadas enfermedades orgánicas.

3.6 CULPABILIDAD

Luis Jiménez de Asúa, externa: : "Al llegar a la culpabilidad, es donde el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que de ceñido el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró".¹⁷⁸ También, añade: "en el más amplio sentido, puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".¹⁷⁹

Como se ha hecho referencia, en el sujeto que realiza la acción, deben reunirse los presupuestos de la culpabilidad, fundamentalmente la capacidad para entender y querer en el campo penal, para que le pueda ser reprochable su conducta violatoria del orden jurídico.

Algunos otros autores que opinan sobre el concepto de culpabilidad, son los siguientes:

Para el jurista Ignacio Villalobos: "la culpabilidad, genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa".¹⁸⁰

Evidentemente, para que un sujeto sea considerado culpable, necesariamente debe transgredir nuestro ordenamiento jurídico, es decir, lo establecido por la norma, ya sea dolosa o culposamente.

Porte Petit la precisa como: "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".¹⁸¹

¹⁷⁸ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 233.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid. Pág. 234.

¹⁸¹ Ibid. Pág. 233.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La presente definición, sólo comprende a los delitos de carácter doloso y no incluye a los delitos culposos o no intencionales, que tienen por característica la producción de un suceso no deseado.

Después de analizar las ideas expuestas, debe precisarse que para acreditar la culpabilidad en un sujeto, deberá comprobarse que la realización de su conducta es violatoria de lo establecido por la ley, para poder responsabilizar penalmente al autor de la acción.

3.6.1 PRINCIPALES TEORÍAS QUE EXPLICAN LA CULPABILIDAD

Existen dos principales doctrinas que tratan de explicar el concepto de culpabilidad:

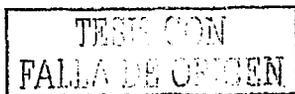
I. La teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad- Se fundamenta al considerar que existe una relación psicológica entre el hecho material y su autor. Dentro de esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, consistente en un proceso intelectual-volitivo desarrollado por el sujeto.

La teoría psicologista, se avoca a la responsabilidad del sujeto más que al resultado de su comportamiento; es decir, los autores partícipes de esta corriente, consideran que la culpabilidad comprende la relación psicológica entre la conducta y el resultado, por lo que afirman que la culpabilidad reside en la conciencia y voluntad del acto realizado.

II. La teoría normativa o normativista de la culpabilidad- Esta teoría, sostiene que la norma es el fundamento de la reprochabilidad que se le hace al autor del hecho, ya que puede conducirse conforme al deber que le era exigible y sin embargo no lo hace.

“La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder de comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad”.¹⁸²

¹⁸² Ibid. Págs. 235 y 236.



La teoría en comento, considera que un comportamiento antijurídico y reprochable, es aquél en que el sujeto además de tener la capacidad de querer y entender (imputable), se hace acreedor a un juicio de reproche.

Edmundo Mezger, apunta: "la culpabilidad debe entenderse desde dos puntos de vista; el primero, como el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamenta frente al sujeto, así como la reprochabilidad personal de su conducta antijurídica y el segundo, también en todo caso como un juicio valorativo sobre la situación fáctica a que tal fenómeno se refiere; pero como tal juicio es de reproche, la culpabilidad sería en sí la reprochabilidad".¹⁸³

Dentro de esta doctrina, la culpabilidad se constituye por un juicio de reproche como así lo señala el autor de referencia, en este sentido, una conducta será culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, puede exigirle nuestro orden normativo una conducta diversa a la realizada.

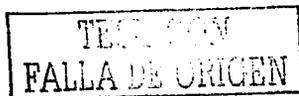
Al respecto, Castellanos Tena precisa: "La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber".¹⁸⁴

También, expone que el dolo y la culpa no necesitan ser especies de la culpabilidad, en tanto que cada uno de ellos, debe contener los elementos que caracterizan al concepto genérico, es decir, una conducta culpable es una conducta reprochable. Asimismo, guarda cierta relación concreta en torno al hecho o a la posibilidad de tenerla, es decir, lo que se comprende como el dolo o la culpa, además contemplar que el sujeto obre en circunstancias normales.

La teoría normativa, refiere que la estructura del delito además de constituirse por una conducta típica y antijurídica, requiere de una culpabilidad. Es decir, se considera que el autor actúa culpablemente, cuando realiza una conducta antijurídica, pudiendo actuar de modo distinto, o sea conforme a derecho. Lo que es muy diferente a aquél que actúa antijurídicamente, pues en el caso concreto, el autor sin estar autorizado, realiza un acto típico penal atacando alguno de los bienes jurídicamente tutelados.

¹⁸³ MEZGER, EDMUNDO. "Derecho Penal-Parte General". 2ª Edición. Editorial Cárdenas. México 1990. Pág. 33.

¹⁸⁴ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Págs. 235 y 236.



Específicamente, para la teoría psicologista la culpabilidad radica en el hecho psicológico causante del resultado; en cambio, la teoría normativista comprende un juicio de reproche hacia la motivación del sujeto.

3.6.2 FORMAS DE CULPABILIDAD

Dentro de nuestra legislación en materia penal, anteriormente se contemplaban como grados o especies de la culpabilidad: el dolo, la culpa y la preterintencionalidad. Actualmente, el Código Penal reformado excluye la 'preterintencionalidad' como una tercera especie de la culpabilidad.

El fundamento legal, que señala las formas de culpabilidad es el artículo 8 de nuestro Código Penal Federal, en el que señala que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Las formas o especies de la 'culpabilidad' son:

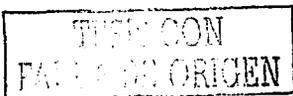
I. Dolo.- Se presenta cuando el agente, conociendo el significado de su conducta, procede a realizarla.

II. Culpa consciente o con previsión.- Cuando el sujeto al ejecutar el acto, tiene la esperanza de que no ocurrirá el resultado; y,

Culpa inconsciente o sin previsión.- Se presenta, cuando el agente no prevé un resultado previsible, existiendo también, un descuido por los intereses de los demás.¹⁸⁵

Así, la culpabilidad sólo reviste dos formas: el dolo y la culpa, dependiendo del actuar del sujeto, es decir, según dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como 'delito', o bien, cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia; esto es, en el caso de que un sujeto quiera delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado (culpa).

¹⁸⁵ CFR. Ibid. Pág. 237.



En relación al dolo, puede desprenderse que éste no es sólo un elemento subjetivo del delito, sino también implica la forma más grave o el grado mayor de ilicitud dentro del Derecho Penal, en virtud de que coincide el hacer del autor y lo que quiere, es decir, que el agente quiere la realización de una conducta o hecho típico descrito por nuestro legislador.

Según el penalista Eugenio Cuello Calón: "el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso".¹⁸⁶

De acuerdo con esta apreciación, el dolo es un actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico, es decir, que el autor quiere la conducta como el resultado.

Para Jiménez de Asúa, el dolo consiste en: "la producción de un resultado 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".¹⁸⁷

Lo que precisa este autor, es en atención a que el sujeto que actúa con dolo, conoce el significado de su proceder y lo encamina a la producción de un resultado; violando de manera consciente y voluntaria lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico.

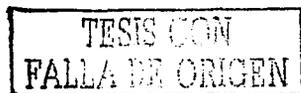
Cabe precisar, que sea en forma dolosa o culposa la realización de la conducta del agente, siempre se traducirá en un desprecio al orden jurídico, esto es, en una violación a lo descrito por nuestro legislador.

3.6.3 CLASIFICACIÓN DEL DOLO

El profesor Castellanos Tena, clasifica el dolo de la manera siguiente:

¹⁸⁶ Ibid. Pág. 239.

¹⁸⁷ Ibid.



Directo.- Se presenta cuando el resultado coincide con el propósito del agente. Ejemplo: El sujeto decide privar de la vida a otro y lo mata.

Indirecto.- Cuando el agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. Ejemplo: El agente para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que además de morir el individuo, perderán la vida otras personas.

DOLO

Indeterminado.- Al existir la intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.

Eventual.- Al momento en que el sujeto desea un resultado delictivo, previendo la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. Ejemplo: Se incendia una bodega y se tiene conocimiento de que existe la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.¹⁸⁸

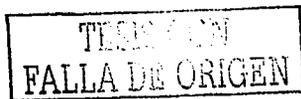
Nuestro Código Penal Federal, en el párrafo primero del artículo 9° establece que obra dolosamente quien conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley. Bajo dicho supuesto, se desprende que el dolo se constituye por dos aspectos que son: el ético y el volitivo o emocional.

Por todo lo expuesto con antelación, podemos precisar que la culpabilidad es un elemento del delito, sin el cual, no es posible aceptar o concebir la existencia de éste. Entre los principios rectores de la legislación penal, se destaca el de: "nulla poena sine culpa", que constituye una garantía de libertad personal, puesto que sólo podrá considerarse culpable a quien haya actuado transgrediendo el orden jurídico; consiguientemente, una conducta será delictuosa cuando además de ser típica y antijurídica, sea culpable.

3.6.4 INCULPABILIDAD

Castellanos Tena refiere: "...la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: el conocimiento y voluntad. Tampoco será

¹⁸⁸ CFR. Ibid. Pág. 240.



culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la configuración de los caracteres constitutivos de su esencia. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de antijuridicidad de la conducta típica".¹⁸⁹

De acuerdo con la precisión de referencia, se tiene a la inculpabilidad como el aspecto negativo de la culpabilidad. En este sentido, se afirma que la inculpabilidad implica la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

La inculpabilidad en particular, comprende la eliminación del elemento positivo del delito llamado culpabilidad. Para que un sujeto sea culpable, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad, por lo que necesariamente la inculpabilidad debe referirse a los aspectos: intelectual y volitivo del sujeto.

3.6.5 CAUSAS DE INCULPABILIDAD

Toda causa eliminatoria del elemento intelectual o del volitivo, debe ser considerada como una causa de inculpabilidad.

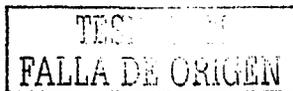
"En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca al elemento intelectual) y la coacción de la voluntad (afecta al elemento volitivo)".¹⁹⁰

Podemos precisar al respecto, que algo se anula o no puede integrarse al faltar uno o más de sus elementos constitutivos, esto es, que partiendo de que la culpabilidad, se constituye por los elementos: "intelectual y volitivo", se originará la inculpabilidad en ausencia de cualquiera de alguno de estos elementos de referencia, o de ambos.

Únicamente, pueden obrar a favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando anteriormente no medió en lo externo una causa de justificación, ni en lo interno una de imputabilidad.

¹⁸⁹ Ibid. Págs. 257 y 258.

¹⁹⁰ Ibid. Pág. 258.



EL ERROR y LA IGNORANCIA.- "El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad".¹⁹¹

Como se precisa, el error es un conocimiento incierto de realidad y en consecuencia incorrecto, pues se conoce pero equivocadamente. En este orden de ideas, tanto el error como la ignorancia, se constituyen como causas de inculpabilidad, esto, en el caso de que produzcan en el autor un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar bajo estas condiciones origina la falta de oposición subjetiva en relación con nuestro Derecho.

Así, mientras que en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia, existe una ausencia de conocimiento. Específicamente, en el error se conoce, pero se conoce mal; en tanto, la ignorancia implica una laguna en el entendimiento, en virtud, de que nada se conoce ni errónea ni certeramente.

La doctrina refiere que existen dos clases de error:

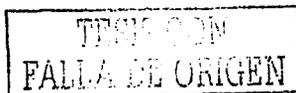
I. ERROR DE HECHO O DE TIPO.- Se entiende como el desconocimiento del sujeto sobre alguna circunstancia objetiva del hecho que señala el tipo penal, ya sea un elemento normativo o descriptivo; implica el falso conocimiento de las disposiciones penales. Desde luego, la ignorancia de las leyes a nadie beneficia, esto es, en el caso de que se tenga un concepto equivocado de la norma penal, en cuanto a su contenido y significación.

El Código Penal Federal en su apartado "b" de la fracción VIII de su artículo 15, contempla el caso en el que se presenta el error de derecho invencible ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o bien, porque crea que su conducta está justificada.

En este sentido se advierte, que la ilicitud de la conducta, se origina ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o su alcance, incluso porque crea que está justificada su conducta.

El artículo 66 del mismo ordenamiento, señala que tratándose de lo establecido en el inciso "b" de la fracción VIII del artículo 15, se aplicará hasta una tercera parte

¹⁹¹ Ibid. Pág. 259.



de la pena al delito de que se trate.

La fracción en comento, establece que la acción o la omisión se realiza bajo un error invencible, tomando en cuenta que sea sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal o de la ilicitud de la conducta, destacando que se incluya en la forma en que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que esta justificada su conducta, puede entonces, considerarse que existe confusión entre la concepción del error y la ignorancia.

El error de hecho o de tipo, a su vez se subdivide en:

A. Esencial.- Recae sobre un elemento fáctico, cuyo desconocimiento afecta al factor intelectual del dolo, por ser tal elemento requisito constitutivo del tipo, o bien fundante de una conducta justificada (como ocurre en las eximentes putativas). El error esencial puede ser vencible o invencible, según deje subsistente la o borre la culpabilidad.

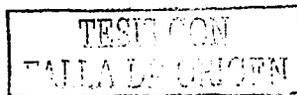
El error esencial, se origina cuando existe un falso conocimiento de algo, quebrantando con ello, la esencia o lo fundamental del hecho y se subdivide en:

a) Error esencial vencible. Se presenta cuando el sujeto puede tener conocimiento de éste y por lo tanto superarlo. Bajo tal situación, el agente no actúa dolosamente pero sí culposamente, ya que de haber mediado cuidado y previsión el error pudo evitarse.

b) Error esencial invencible. Se produce cuando el sujeto no puede vencerlo, en virtud, de no estar en posibilidad de conocer racionalmente las características o circunstancias de los hechos, por lo que sólo bajo esta hipótesis, se produce la inculpabilidad.

B. Accidental.- Este error, se produce cuando no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias y puede ser:

a) Aberratio Ictus o error en el golpe.- Surge cuando el autor al querer producir un resultado determinado, encamina su conducta contra un objeto, afectando mediante dicha acción un objeto distinto del querido, y del que en ningún momento se



aceptaba la posibilidad de afectar. Se produce cuando el resultado no es el querido pero es equivalente al deseado, éste error se comete en la ejecución del delito.

b) Aberratio in persona o error en la persona.- Se presenta cuando recae sobre la conducta persona objeto del delito.

c) Aberratio delicti o error en el delito.- Surge cuando el sujeto yerra originando un ilícito diferente al deseado.

Para poder estar en posibilidad de comprender con mayor claridad el contenido de la 'inculpabilidad', debemos partir de que una de las formas en que se excluye el delito es cuando se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible, es decir, cuando la conducta recae sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.

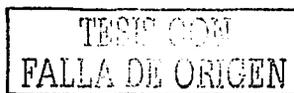
Específicamente, el 'error de tipo' recae sobre los elementos esenciales del tipo penal. Se presenta este error, cuando el sujeto desconoce todos o algunos de los elementos esenciales de la descripción legal, que hace nuestro legislador sobre el tipo penal concreto.

Por lo que hace a la ilicitud de la conducta, como se ha señalado, se presentará cuando el sujeto desconozca la existencia de la norma o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

II. ERROR DE PROHIBICIÓN O DE DERECHO.- "La esencia de este error, radica en que el sujeto no obstante de conocer el hecho que realiza, está ignorante de la obligación que tiene de respetar o acatar una norma penal determinada, ya sea por el desconocimiento de la propia norma que le impone hacer algo o abstenerse de hacerlo, o porque su conocimiento de ella es imperfecto... se precisa que dicho error sea invencible o insuperable, esto es, que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión..."¹⁹²

El error de prohibición comprende dos aspectos; el primero comprende al 'error invencible', que recae sobre la ilicitud de la conducta por el desconocimiento de

¹⁹² Ibid. Pág. 263.



la existencia de la ley o de su alcance. Mientras que el segundo, al comprende al 'error invencible', éste no recae sobre los elementos esenciales del tipo. Bajo dicho supuesto, el autor estima ilícito su proceder, es lo que se denomina 'justificaciones putativas', que se originan cuando el sujeto supone erróneamente que siendo típica su acción, ésta se encuentra amparada bajo alguna causa de justificación. En este sentido, se precisa que las causas de justificación aludidas, son las mismas que se contemplan en el capítulo anterior, sólo que habrá que agregar que éstas son 'putativas', esto es, que sin serlo se tendrán como verdaderas.

En términos generales, para poder suprimir al elemento 'culpabilidad' requiere necesariamente que sea anulado alguno de sus elementos constitutivos o ambos, por lo que debemos precisar que las causas de inculpabilidad son aquellas que capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo. En tanto, la coacción sobre la voluntad, afecta al elemento volitivo que resulta esencial para la conformación de la inculpabilidad.

También existen circunstancias que pueden ser de carácter físico o moral, que impiden la integración del delito por existir una ausencia de conducta, es decir, tratándose de casos concretos como cuando prevalezca la vis absoluta, la vis mayor o los actos reflejos, en virtud de que la coacción ejercida sobre la voluntad permite elegir entre padecer el mal o realizar el ilícito penal, mientras que en las otras no existe ningún acto voluntario.

Otra causa de inculpabilidad es:

II.-LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.- Es la causa eliminatória de la culpabilidad, juntamente con el error esencial de hecho. Se presenta cuando hay la anulación de alguno de los dos elementos o de ambos. Por lo tanto, las causas de inculpabilidad son aquellas capaces de afectar el conocimiento o el elemento volitivo, esto es, que las mismas están constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

Ignacio Villalobos, externa: "La no exigibilidad de otra conducta debemos considerarla como un grado de inclinación al hecho prohibido, en que no se pierde la consciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad de o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos".¹⁹³

¹⁹³ Ibid. Pág. 271.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Puede advertirse, que desde el punto de vista formal 'la no exigibilidad de otra conducta', impide la configuración del delito y no sólo excluye la pena.

De ésta manera, el sujeto que no actúa con libertad de voluntad, realizando una conducta típica y antijurídica, no es responsable de la misma. Es decir, cuando existe coacción moral sobre una persona, ejercida mediante la amenaza de un peligro real, grave e inminente, tomando como referencia el principio de que el violentado no obra, sino quien violenta, se desprende que la voluntad viciada del sujeto que lleva a cabo la comisión del ilícito como consecuencia de la amenaza, origina la anulación de la 'culpabilidad'.

3.7 PUNIBILIDAD

El tratadista Jiménez Huerta, considera que la 'punibilidad' es: "...la secuencia lógica jurídica del juicio de reproche".¹⁹⁴

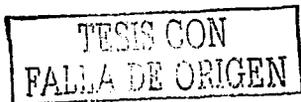
A través del tiempo, se ha estimado que la eficacia de todo ordenamiento jurídico, descansa en su carácter coactivo. La posibilidad de exigencia en relación a las acciones u omisiones, comprendidas dentro de nuestra Legislación Penal, se cumple en virtud, de que toda conducta transgresora de la esfera de Derecho, es sancionada con una pena, por lo que en esencia, no debe olvidarse que el Derecho Penal, tiene como base substancial al Derecho Constitucional, del que recibe la pauta para poder establecer las condiciones bajo las cuales pondrá de manifiesto su facultad castigadora o de sanción.

Para el profesor Castellanos Tena: "La punibilidad en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción".¹⁹⁵

Como se advierte, la finalidad de nuestro Derecho Penal tiene como objetivo establecer una sanción a aquella conducta violatoria de la norma, lo cual implica, castigar al culpable de realizar una conducta que lesione o dañe a alguno de los bienes

¹⁹⁴ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. "Derecho Penal Mexicano". Tomo III. 5ª Edición. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 459.

¹⁹⁵ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 275.



jurídicos protegidos por la ley; consecuentemente, el elemento encargado para efectuar tal castigo, es justamente la 'punibilidad'.

Por lo tanto, resulta evidente que el Derecho Penal, fue creado a fin de establecer un castigo respecto de aquellas conductas que transgreden la norma descrita por el legislador, sancionando a quien resulte responsable de la comisión del ilícito, es decir, a aquél que lleva a cabo la conducta y lesiona algún bien jurídico protegido por ley, correspondiéndole su ejecución a la denominada 'punibilidad'.

La punibilidad, es el tercero de los elementos secundarios del delito, ya que de acuerdo a los estudiosos en la materia, no se le atribuye el carácter fundamental o esencial.

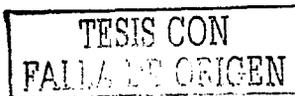
La punibilidad implica el merecimiento de una pena al sujeto en la comisión de una conducta antijurídica. Por lo tanto, la imposición de la pena sólo será aplicable cuando concurren los presupuestos legales y la punibilidad, será la aplicación fáctica de la penalidades establecidas en la ley.

Cabe destacar que cada tipo penal, implica una punibilidad como consecuencia, es decir, la amenaza de pena bajo la hipótesis de que el agente lleve a cabo el delito; así, la punibilidad surge cuando se ha establecido o comprobado en forma plena que la conducta desplegada por el agente constituye un delito, basándose en la aplicación del derecho penal, involucrando la aplicación de una determinada pena, sanción o castigo para la conducta o hecho ilícito y culpable. Para de esta manera, el Estado como ente regulador del orden social, será el facultado para sancionar las conductas delictivas, a través de los órganos jurisdiccionales y, una vez satisfechos los presupuestos legales, procederá a imponer y ejecutar la pena correspondiente.

3.7.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Para Castellanos Tena: "Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena".¹⁹⁶

¹⁹⁶ Ibid. Págs. 278 y 279.



Al respecto, podemos señalar que el hecho de estar en presencia de una excusa absolutoria, no significa que la conducta del sujeto deje de ser un delito, habida cuenta de que los elementos que lo integran: conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad seguirán subsistentes, independientemente de que sea descartada la 'punición'.

Precisando, las llamadas excusas absolutorias en relación a la punibilidad, como consecuencia de la comisión de un ilícito, dejan subsistente el carácter delictivo de la conducta, pero impiden la aplicación de la pena.

Carrancá y Trujillo señala: "al hablar de las excusas absolutorias afirma, certeramente a nuestro juicio, que tales causas dejan de subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo a la pena".¹⁹⁷

De lo citado con antelación, se infiere que para el jurista de referencia la punibilidad no es un elemento esencial del delito, habida cuenta de que a falta de las excusas absolutorias que constituyen el aspecto negativo de la punibilidad, el delito subsiste, no se altera.

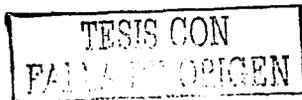
El Estado no sanciona determinadas conductas, por motivos de política criminal, esto es, en razón a las circunstancias personales que se presentan en el autor que realiza la conducta o hecho, excluyéndose la aplicación de la pena.

Son ejemplos de excusas absolutorias:

a).- Excusa en razón a la mínima temibilidad.- Específicamente se refiere a quienes no teniendo una conducta delictiva, cometen algún delito. Se ejemplifica con el contenido del artículo 375 de nuestro Código Penal Federal, que regula el delito de robo, cuando éste no excede de diez veces el salario; basándose la excusa absolutoria en no utilizar la violencia, así como en la restitución espontánea y objetiva, por parte del agente.

b).- Excusa en razón de la maternidad consciente.- Que se encuentra regulada por lo dispuesto en el artículo 334 de nuestro Código Penal Federal, en el que se contempla la impunidad para los casos de aborto por parte de la mujer, en aquellos casos en los que se produzca el embarazo, como consecuencia de una violación.

¹⁹⁷ Ibid. Pág. 276.



c).- Excusas por inexigibilidad de otra conducta. - Se refiere a los casos en que no se aplica penalidad alguna por estimaciones de bondad o nobleza que fundamentan la conducta delictiva. Algunos casos concretos, son los regulados por la fracción II del artículo 280 y 151 del Código Penal Federal, en la primera disposición, se hace alusión a la exención de la pena a determinados parientes de quien comete el delito de homicidio. En tanto que en la segunda, se excusa a determinados familiares de un detenido, procesado o condenado, cuando favorezcan su evasión sin que medie violencia en las personas o fuerza en las cosas.

d).- Excusa por graves consecuencias sufridas. - Al respecto, el artículo 55 del Código Penal Federal, contempla el caso concreto en que el sujeto activo sufra graves daños en su persona, o bien, de tal manera, que puede incluso calificarse como inhumana la imposición de la pena, o innecesaria, si se tratara de personas que tuvieran una salud deteriorada o edad avanzada.

Existe ausencia de punibilidad, cuando en función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena y por ende, son consideradas como el aspecto negativo de la punibilidad.

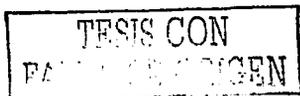
3.8 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Guillermo Colín Sánchez, señala: "Quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad lo hacen desde el punto de vista general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales enfocan el problema desde el punto de vista procesal".¹⁹⁸

El autor en comento, refiere que existe identidad entre las cuestiones "prejudiciales", los "requisitos de procedibilidad" y las "condiciones objetivas de refiere punibilidad".

Celestino Porte Petit, precisa: "Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la

¹⁹⁸ Ibid. Pág. 278.



condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito".¹⁹⁹

Bajo un supuesto concreto, en que exista la ausencia de las condiciones objetivas de 'punibilidad', establecidas por nuestro legislador, será impeditiva para que la conducta o hecho sea punible, con lo cual, se confirma que la 'punibilidad', es evidentemente una consecuencia del delito.

Las 'condiciones objetivas de punibilidad', tampoco son contempladas como elementos esenciales del delito, en virtud de que si las mismas fueran parte de la descripción del tipo, serían en todo caso consideradas caracteres o partes integrantes del él; en tanto que si faltan dentro de la descripción de la conducta hecha por nuestro legislador, constituirán meros requisitos ocasionales, por ende, sólo serán accesorios o fortuitos.

Dentro de la doctrina, estos caracteres aún no tienen delimitada con precisión su naturaleza jurídica, como tampoco han sido determinados sus alcances; situación que ha provocado como consecuencia, que frecuentemente se les confunda con los requisitos de procedibilidad. Es de señalar, que generalmente se les conceptúa como aquéllas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador, para que la pena tenga aplicación.

Específicamente, bajo la hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y la concurrencia de una conducta o hecho ilícito, puede no ser punible en tanto se cumpla con 'la condición objetiva de punibilidad' establecida por nuestro legislador; lo que nos lleva a corroborar que éstas no son elementos esenciales del delito, sino una consecuencia del mismo.

¹⁹⁹ Ibid. . Ágs. 277 y 278.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.8.1 FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

La condicionalidad objetiva, comprende la descripción que hace nuestro legislador del tipo penal, así como de los caracteres propios del mismo, es decir, de las partes que lo integran.

Al estudiar el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad, podemos precisar que no siendo éstos elementos esenciales del delito, la falta de ellas, constituirán meros requisitos ocasionales y por ende, serán accesorios o en su caso fortuitos.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MENORES E INCAPACES", TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 466 DE LA LEY GENERAL DE SALUD.

SUMARIO: 4.1 EL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MENORES E INCAPACES", REGULADO POR UNA LEY ESPECIAL: a) Características del delito en análisis.- 4.2 CONDUCTA.- 4.2.1 AUSENCIA DE CONDUCTA: I. La vis absoluta. II. La vis mayor. III. Los movimientos reflejos. IV. El sueño y el sonambulismo. V. El hipnotismo.- 4.3 CLASIFICACIÓN EN ORDEN A LA CONDUCTA.- 4.3.1 CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL RESULTADO.- 4.3.2 CLASIFICACIÓN POR LA LESIÓN QUE CAUSAN.- 4.3.3 CLASIFICACIÓN EN FUNCIÓN DE SU DURACIÓN.- 4.3.4 CLASIFICACIÓN POR EL NÚMERO DE ACTOS INTEGRANTES DE LA ACCIÓN TÍPICA.- 4.3.5 CLASIFICACIÓN POR EL NÚMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA COMISIÓN DEL DELITO.- 4.4 TIPICIDAD.- 4.4.1 ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MENORES E INCAPACES": I. Sujeto activo y Sujeto pasivo. II. Objeto material. III. Bien jurídico tutelado.- 4.4.2 ATIPICIDAD: I. Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en los sujetos activo y pasivo. II. La falta del elemento material o del objeto jurídico. III. Por no darse las referencias temporales o espaciales. IV. Por no darse los medios comisivos. V. La falta del elemento subjetivo del injusto. VI. Por no darse la antijuridicidad especial.- 4.4.3 CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL TIPO.- 4.5 ANTIJURIDICIDAD.- 4.5.1 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD: I. Legítima Defensa. II. Estado de necesidad. III. Cumplimiento de un deber o Ejercicio de un derecho.- 4.6 IMPUTABILIDAD.- 4.6.1 INIMPUTABILIDAD.- 4.7 CULPABILIDAD.- 4.7.1 INCULPABILIDAD.- 4.8 PUNIBILIDAD.- 4.8.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.- 4.9 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.- 4.9.1 AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

4.1 EL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MENORES E INCAPACES", REGULADO POR UNA LEY ESPECIAL.

El artículo 6° del Código Penal Federal, señala que cuando se comete un delito no previsto en el Código de la materia, pero sí en una Ley Especial, ésta se aplicará, observando las disposiciones conducentes del propio Código.

Como puede advertirse, los delitos no se limitan al contenido de nuestro Código Penal, sino que también son contemplados dentro de otras disposiciones de carácter específico, concretamente en las leyes especiales, las que por su naturaleza, por su objeto, o bien, por la calidad en los infractores, no son incluidas en nuestro Código punitivo. Específicamente, las leyes especiales crean, extinguen, modifican o reglamentan una situación jurídica abstracta determinada.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ahora bien, la diferencia existente entre las leyes especiales y las leyes privativas consiste en que las primeras, regulan situaciones jurídicas concretas en relación con una sola persona física o moral ó con varias en número determinado. En cambio, las leyes privativas se encuentran prohibidas por el artículo 13 de nuestra Constitución Federal; disposición en la que se consagra la garantía de igualdad: "nadie puede ser juzgado por leyes privativas".

En términos generales, una ley especial es una concepción gramatical genérica, esto es, un ordenamiento jurídico que tiene una jurisdicción propia y limitada, que contiene sanciones previstas y determinadas en la propia ley.

Podemos precisar, que los delitos especiales son aquellas disposiciones normativas penales que no formando parte de nuestro Código represor, tipifican delitos.

Dentro de las Leyes Especiales de referencia, queda comprendida la Ley General de Salud, constituida como una norma general que reglamenta 'el derecho a la protección de la salud' consagrado por la Constitución, cuyas disposiciones son de carácter público y tienen carácter de Ley Federal.

La Ley General de Salud en su capítulo VI, prevé y sanciona la hipótesis materia del presente análisis, señalando:

"ARTÍCULO 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años".²⁰⁰

I. Características en el delito en análisis:

A través de la simple lectura, se desprenden del tipo penal en comento, los elementos siguientes:

a) Inseminación artificial- Es un procedimiento mediante el cual, se introduce el líquido seminal masculino en el útero de la mujer por medios artificiales, descartándose la cópula (medio natural de concepción).

²⁰⁰ LEY GENERAL DE SALUD. Op. Cit. Pág. 86.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El término 'artificial', se emplea para especificar la utilización de cualquier otro medio distinto de la relación sexual natural, por el que se obtiene el semen masculino para posteriormente colocarlo en la vagina o útero de la mujer que habrá de inseminarse.

Como se advierte, la llamada también 'inseminación terapéutica', comprende diversos procedimientos artificiales, a través de los cuales, se facilita la concepción procurando el encuentro del espermatozoides con el óvulo. En términos médicos, ésta práctica implica el procedimiento empleado para introducir el semen del varón en el cuerpo de la mujer que ha de inseminarse.

b) Mujer.- La conducta típica descrita por el artículo 466 de la Ley General de Salud, debe necesariamente recaer sobre una 'mujer', atendiendo a la propia naturaleza del acto inseminal.

c) El consentimiento de la menor o incapaz.- Presupone que la persona puede obrar con discernimiento y responsabilidad. Sin embargo, en el presente ilícito se trata de víctimas que carecen de la capacidad de entender el alcance de la práctica inseminatoria (por las características propias que conllevan), motivo por el que dicho consentimiento, carecerá de toda validez para el juzgador.

d) El embarazo.- Considerado como posible consecuencia en la ejecución de la conducta típica materia del presente análisis. En el caso concreto de que éste se produjera, se agravará la pena.

4.2 CONDUCTA

La conducta o hecho es el primer elemento constitutivo del delito, entendida como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a lograr un propósito o fin, misma que reviste amplia importancia en la integración del delito.

Como sabemos, la conducta reviste dos formas de manifestación: la acción y la omisión; la primera consiste en un hacer; en tanto, la segunda implica un no hacer.

La única forma de manifestación de la conducta, en nuestro delito a estudio, es: la acción, en virtud de que no es posible que dicho delito se realice mediante una

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

omisión, habida cuenta que se requiere la transferencia y colocación de líquido seminal en el cuerpo de la víctima, implicando necesariamente un movimiento corporal por parte del agente.

Tomando como referencia, que la conducta constituye uno de los elementos esenciales que conforman el delito, si ésta no concurre su ausencia será impeditiva de la integración del ilícito. Por consiguiente, aquellos acontecimientos que impiden la configuración de la conducta delictiva, constituirán el aspecto negativo de la misma.

4.2.1 AUSENCIA DE CONDUCTA

Dentro de la doctrina, se señalan como causas de ausencia de conducta a la vis absoluta (fuerza física exterior irresistible), vis maior (fuerza mayor) proveniente de la naturaleza y los movimientos reflejos: sueño, sonambulismo e hipnotismo.

Como sabemos, la ausencia de conducta, es el aspecto negativo del elemento material. Existe ausencia de conducta, cuando la actividad o inactividad del sujeto son involuntarias.

La conducta, como requisito fundamental para su existencia requiere de un comportamiento voluntario, es decir, que la actividad del sujeto esté desvinculada del aspecto subjetivo (voluntad) y, en tal virtud, no se le pueda reprochar ésa causación de resultado. Esto mismo sucederá, cuando falte el elemento objetivo de la conducta, es decir, la actividad o inactividad del agente, pues el pensamiento en sí no delinque, ni tampoco produce un cambio en el mundo fáctico.

En el delito que nos ocupa no concurren las hipótesis que doctrinalmente son consideradas como causas de ausencia de conducta:

- I. La vis absoluta. - Comprende una fuerza física, exterior e irresistible, que deriva del hombre y se presenta cuando el sujeto realiza una actividad o inactividad que no quería ejecutar. En el delito a estudio, no existe la posibilidad de que se presente tal fuerza que provoque que un sujeto insemine a una menor o incapaz.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II. La vis maior- Implica una fuerza física irresistible sub-humana, es decir, que deriva de la naturaleza; mediante la cual, el sujeto realiza una actividad o inactividad. La comisión del delito en análisis, no puede ser realizada bajo esta fuerza, en virtud de que necesariamente se requiere de la voluntad del sujeto para llevarla a cabo.

III. Los movimientos reflejos- La concurrencia de los llamados movimientos reflejos, es impeditiva de la conducta y no habrá forma de que exista, dado que bajo dicha hipótesis faltará la voluntad del sujeto; la situación a que se hace referencia en nuestro delito a estudio, hace inconcebible la posibilidad de realizar la inseminación artificial en la víctima, bajo dichas circunstancias.

IV. El sueño y el sonambulismo- También producen la ausencia de la conducta en el sujeto y su concurrencia en el delito de análisis, hace imposible su realización, puesto que el comportamiento bajo tales supuestos anula la voluntad en el agente y en consecuencia, no podrá ejecutarse la acción mediante la cual, sea colocado el líquido seminal en el cuerpo de la víctima.

V. El hipnotismo- Si bien es cierto que el hipnotismo anula la voluntad en el agente, también lo es, que bajo este supuesto sí puede llevarse a cabo la ejecución y consumación del delito que nos ocupa, puesto que un sujeto hipnotizado puede ser dirigido y encausado hasta lograr el objetivo deseado y querido, que consistirá en introducir el semen masculino en el cuerpo de la menor o incapaz, utilizando un método no convencional (asexuado), procurando en ella la fecundación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De las diversas clasificaciones del delito en general, que refiere el profesor Castellanos Tena, nos permitimos utilizar las siguientes:

4.3 CLASIFICACIÓN EN ORDEN A LA CONDUCTA

Esta clasificación, se basa atendiendo a la actividad o inactividad del agente del delito independientemente del resultado material, en caso de que este se produzca.

De acuerdo con esta clasificación el delito que nos ocupa, es:

I. De acción. - Entendiéndose por ésta, la exteriorización de movimientos corporales tendientes a lograr el fin propuesto. En nuestro delito a estudio, consistirán en inseminar artificialmente a una menor o incapaz procurando en ella la fecundación, es decir, que sólo puede cometerse mediante un 'hacer'; consumándose tal ilícito, en el instante mismo en el que se introduce en la víctima el líquido seminal.

II. De omisión. - Las formas de 'omisión' resultan inconcebibles para lograr la inseminación, en virtud de que para llevarse a cabo ser requiere para su ejecución necesariamente de una o varias acciones por parte del agente.

El tipo en estudio, es de los que sólo pueden cometerse mediante un comportamiento activo voluntario, pues como se ha precisado, su consumación en ningún momento puede ser mediante una omisión, habida cuenta que se requiere de la introducción del líquido seminal masculino en la vagina o útero de la mujer (descartándose la cópula), es decir, utilizando un método no convencional.

4.3.1 CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL RESULTADO QUE PRODUCEN.

Los delitos conforme a la presente clasificación, pueden ser formales y materiales. En los primeros, se agota el tipo penal con el movimiento corporal o bien, con la omisión del agente, no siendo necesaria para su integración de alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. En el caso que nos ocupa, se trata de un delito:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I. De resultado material.- En virtud de que para su integración, se requiere la destrucción o alteración del funcionamiento del objeto material sobre el cual, recae la conducta del sujeto, que en el caso concreto será el cuerpo de la víctima.

La hipótesis materia del presente análisis regulada por el artículo 466 de la Ley General de Salud, describe la conducta delictiva del agente consistente en inseminar artificialmente a una menor o incapaz, misma que implicará un hacer corporal, es decir, una serie de movimientos físicos mediante los cuales, se introduzca por métodos no convencionales el semen en la víctima, provocándose así una mutación en su mundo exterior, que puede ser de carácter físico, psíquico e incluso fisiológico. Por lo tanto, nuestro delito en estudio produce un resultado material.

4.3.2 CLASIFICACIÓN POR LA LESIÓN QUE CAUSAN

I. De lesión.- El presente delito, es de 'lesión', puesto que al llevarse a cabo el acto inseminatorio en una 'menor' o 'incapaz', se provoca de inicio una alteración fisiológica y física en ella, lesionando y causando daño directo a determinados bienes jurídicamente protegidos por nuestro Derecho, tales como: "la madurez sexual"; "la salud de la menor e incapaz"; "la familia"; "la sociedad"; "el derecho a la libre maternidad"; independientemente de otros que de manera textual dentro de nuestra legislación no se encuentran tutelados como: "el derecho a la genitividad" ó "el derecho a la procreación".

II. De peligro.- Nuestro delito a estudio, también es de peligro en tanto que en dicha situación es en la que se colocan algunos de los bienes jurídicos tutelados por la Ley, de ésta situación deriva la posibilidad de causación de un daño. En el caso concreto, desde el momento en que se introduce el semen masculino en el cuerpo de la víctima, se rompen membranas lo cual no solo produce lesiones sino también, por las características propias que conllevan estos seres, puede derivarse de dicha práctica inseminatoria algún daño mayor que ponga en riesgo la vida de la menor e incapaz, tales como afecciones graves y daños severos, de carácter físico, psicológico y fisiológico.

4.3.3 CLASIFICACIÓN EN FUNCIÓN A SU DURACIÓN

I. Instantáneo con efectos permanentes.- En virtud de que su consumación, se agota en el mismo momento en que se han realizado sus elementos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

constitutivos con efectos permanentes, en atención a que como resultado de llevar a cabo la práctica inseminatoria en la menor e incapaz se disminuye instantáneamente su salud y permanecerá la alteración de su integridad física.

Consideramos que se trata de un delito cuya consumación, se agota en el mismo momento en que se lleva a cabo la conducta; razón por la cual, el delito que nos ocupa es un delito instantáneo con efectos permanentes, partiendo de que este tipo de delitos, son aquéllos que tienen por objeto jurídico bienes destructibles o disminuíbles como en caso que nos ocupa, puesto que tan pronto como se introduce el líquido seminal dentro del cuerpo de la víctima, se agota su consumación.

II. Continuado.- A título personal, también consideramos que puede tratarse de un delito continuado, en atención a que la finalidad de la inseminación artificial en menores e incapaces es lograr en ellas la fecundación, misma que al no producirse, el sujeto tendrá que realizar varias acciones hasta obtener el resultado querido, es decir, que habrá una pluralidad de acciones y discontinuidad en su ejecución.

4.3.4 CALSIFICACIÓN POR EL NÚMERO DE ACTOS INTEGRANTES DE LA ACCIÓN TÍPICA:

I. Unisubsistente.- Porque su consumación requiere de un solo acto, en virtud, de que el verbo 'inseminar' implica la introducción del líquido seminal en la vagina o útero de la víctima (menor o incapaz), independientemente de que en el precepto legal de referencia, no se hace mención alguna sobre la utilización de algún medio comisivo.

II. Plurisubsistente.- Es un delito plurisubsistente, en atención de que para lograr el resultado propuesto consistente en inseminar artificialmente a la víctima, su ejecución puede requerir de varios actos, los cuales, conformarán un solo contexto de acción.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.3.5 CLASIFICACIÓN POR EL NÚMERO DE SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA COMISIÓN DEL DELITO.

I. Unisubjetivo.- Cuando el tipo penal requiere de la intervención de un solo sujeto para su consumación. En el caso que nos ocupa, bastará un solo sujeto con conocimientos médicos, quien realice la conducta.

II. Plurisubjetivo.- Se origina cuando el tipo penal requiere de dos o más sujetos para su ejecución. En el delito a estudio, subsiste la posibilidad de que su realización sea con intervención directa o inmediata de dos o más sujetos, considerando que la práctica inseminatoria puede requerir de varios profesionistas con conocimientos en medicina.

4.4 TIPICIDAD

Con anterioridad, se ha precisado que para la conformación del delito, se requiere de una conducta o hecho, pero en atención a que no toda conducta o hecho son ilícitos, además deberán ser típicos, antijurídicos y culpables. En tal virtud, la tipicidad es otro de los elementos esenciales del delito.

Nuestra Carta Magna en su artículo 14 establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".²⁰¹ A través de la presente disposición, se eleva la tipicidad a nivel constitucional, la cual, constituye una garantía individual (el principio de legalidad y de seguridad jurídica).

La tipicidad, es la adecuación de la conducta a la descripción legal abstracta, es decir, al tipo penal descrito por la norma. Aunado a ello, la tipicidad es una expresión propia e inmersa dentro de nuestro ordenamiento represor, representada por el principio: "nullum crimen sine lege".

Habrà tipicidad en el delito en análisis, cuando un sujeto lleve a cabo la conducta descrita en la primera hipótesis del artículo 466 de la Ley General de Salud, esto es, cuando sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial.

²⁰¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Op. Cit. Pág. 6.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Toda conducta típica, contiene elementos descriptivos y elementos normativos, los cuales exigen una valoración:

Los elementos descriptivos en una conducta típica, son una simple descripción que se da en relación a 'cosas' o 'sucesos' de manifestación externa, es decir, que sean perceptibles a través de los sentidos. En términos generales, pueden existir las siguientes circunstancias descriptivas del tipo penal:

a) Elementos típicos objetivos. - Son aquéllos fácilmente perceptivos por nuestros sentidos, que tienen presencia en el mundo fáctico, externo, como lo son: "la mujer", "cosa mueble" o sucesos como: "matar", "lesionar", entre otros.

b) Elementos típicos subjetivos. - Son aquéllos que se refieren a sucesos de carácter psíquico, tales como: "las intenciones", "los deseos", "los ánimos", "la satisfacción del instinto sexual".

c) Elementos normativos: Son aquéllos que requieren de ser valorados y que en su momento será realizada por el Juezador, quien no sólo lo hará atendiendo a la simple descripción que hace la ley, sino que además realizará un juicio ulterior y lo relacionará con el caso concreto.

d) Elementos de valoración jurídica. - Son aquéllos contenidos por la norma, como ejemplo el caso del delito de robo en el que se refiere: "cosa ajena".

e) Elementos de valoración cultural. - Son aquéllos que dentro de la descripción típica se refieren, como en el caso concreto del delito de abuso sexual en el que se menciona: "acto sexual".

4.4.1 ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO: "INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MENORES E INCAPACES".

El elemento objetivo del delito. - Reside en la acción u omisión que constituyen el tipo penal, por lo que en forma particular nos concretaremos a la acción realizada por el sujeto para llevar a cabo la inseminación artificial en menores e incapaces.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Acción u Omisión.- La acción a realizar por el autor en la comisión del presente ilícito, se encuentra contenida en el precepto legal que a la letra refiere: "Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor e incapaz, realice en ella inseminación artificial...". Por ende, la integración de éste delito, requiere de la acción específica previamente descrita en la Ley General de Salud.

Por lo que hace a la omisión, en el presente delito no se presenta puesto que se requiere necesariamente de uno o de varios movimientos corporales por parte del sujeto para su comisión.

Estamos en presencia de un delito 'material', en atención a que la figura delictiva de análisis, consiste en inseminar a una menor o incapaz, produciéndose al momento de llevarla a cabo un cambio en el mundo exterior o fáctico, debido a que de inicio se provoca un cambio fisiológico en la víctima y con independencia de que dentro de la hipótesis en estudio, se contemple la posibilidad de producir en ella un 'embarazo', como resultado del acto inseminatorio, supuesto bajo el cual se agravará la pena.

Los 'sujetos' que intervienen en el delito en estudio, son:

I. **Sujeto activo.**- Que será quien lleve a cabo la conducta descrita por nuestro legislador en el precepto legal de referencia, mismo en el que no se prevé alguna calidad especial en relación a su autor. Será entonces, común e indiferente, puesto que cualquier persona ya sea hombre o mujer, pueden realizar la acción delictiva.

Sujeto pasivo.- En el delito que nos ocupa, el sujeto pasivo es la menor o incapaz sobre quien se realiza la inseminación artificial, seres que sufrirán un menoscabo en su esfera de Derecho así como una disminución y deterioro en su salud, en virtud de que su integridad física será dañada, además de que por las características propias que conllevan, no se encuentran en aptitud de consentir, pues carecen de capacidad para hacerlo. Lo anterior, independientemente de que por sí decidan consentir la realización del acto inseminatorio en ellas, en cuyo caso, dicho consentimiento carecerá de validez para nuestro legislador. Específicamente por la calidad en el sujeto pasivo, nuestro delito en análisis, será calificado, en atención a que debe reunir ciertas condiciones particulares, es decir, quien resiente el daño (víctima), requiere de una calidad específica, consistente en ser 'menor' o 'incapaz' y 'fértil'.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

II. Objeto material. - Lo constituye 'el cuerpo de la mujer', sobre el que se lleva a cabo el acto inseminatorio, puesto que el 'objeto material' de todo delito, comprende aquélla 'cosa' o 'sujeto' sobre el cual recae la conducta, al momento de cometerse el ilícito.

III. Bien jurídico tutelado. - En el ilícito objeto de análisis, son: "la salud de la menor ó incapaz"; "la madurez sexual"; "la familia"; "la sociedad"; el "derecho a la procreación ó el derecho a la genitividad"; "el derecho a la libre maternidad"; incluyendo desde luego "la integridad física".

Como se desprende, en el delito que nos ocupa se atacan diversos de los bienes jurídicos tutelados por la ley; puesto que en el caso concreto de que la víctima sea menor de edad, aun y cuando esta sea fértil no cuenta con la "madurez sexual", para que en ella se realice una inseminación artificial; práctica que específicamente se utiliza con fines clínicos para aquellas parejas que no pueden tener hijos. En consecuencia, "la salud de la menor ó incapaz", "la familia" y "la sociedad", serán afectadas puesto que las menores e incapaces conforman un grupo minoritario integrante de la sociedad, mayormente susceptible de ver dañada su esfera de derecho, por las características propias que conllevan. Asimismo, al pretender lograr la fecundación en estos seres, se violan los derechos de la víctima a: "la procreación", "la genitividad" y a "la libre maternidad"; dado que al tratarse de una mujer menor o incapaz se anula su decisión de participar de manera consciente y responsable en la gestación de un nuevo ser, y más aún en el caso concreto, tomando en cuenta que independientemente de que se produzca el embarazo, se trata de víctimas que carecen de la capacidad de entender y comprender el alcance de la práctica inseminatoria.

4.4.2 ATIPICIDAD

Será atípica la conducta cuando exista:

I. Ausencia de calidad o del número exigido por la ley en los sujetos activo y pasivo. - En el caso que nos ocupa, la descripción típica no refiere calidad especial alguna en el sujeto activo.

Sin embargo, nosotros consideramos que tomando como referencia la naturaleza de la práctica inseminatoria, el sujeto que lleve a cabo la conducta típica, deberá tener conocimientos médicos.

TESIS CON
FALLA DE CONGEN

Por lo que hace al sujeto pasivo, deberá reunir ciertas condiciones particulares, previamente establecidas en la primera hipótesis contenida en artículo 466 de la Ley General de Salud, puesto que debe tratarse en principio de una 'mujer fértil', por la naturaleza misma de la manipulación inseminatoria; además de ser 'menor', tal referencia implica que no cuenta con la capacidad para comprender el significado del hecho; bajo el mismo supuesto, puede tratarse de una 'incapaz', circunstancia que le impide resistir el hecho, al no tener la capacidad de sentido.

Aunado a lo citado con antelación, debemos precisar que en el caso concreto del presente estudio, el sujeto pasivo es 'calificado', en virtud de que reunir las particularidades ya descritas. Por lo tanto existirá atipicidad cuando en el sujeto pasivo no concurren las circunstancias a que se ha hecho referencia.

En cuanto al número de sujetos, tampoco se hace mención al respecto, por lo que se desprende que la técnica inseminatoria, podrá realizarla uno o varios sujetos.

II. La falta de elemento material o del objeto jurídico.- En el delito que nos ocupa, el elemento material lo constituye el cuerpo de la 'menor' ó 'incapaz' sobre quien recae la conducta; si éste faltara habría atipicidad.

III. Referencias temporales o especiales.- En el delito a estudio no se hace mención al respecto.

IV. Medios Comisivos.- En la descripción que hace nuestro legislador del ilícito materia del presente análisis, no se refiere ningún medio comisivo para llevar a cabo el acto inseminatorio.

Sin embargo, a título personal consideramos que deben especificarse dentro de la descripción típica de la conducta como medios de ejecución, "la violencia física o moral" y "el engaño". Ello, con independencia de que actualmente el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, comprende en su artículo 150 nuestra hipótesis en estudio con algunas variantes, contemplando como único medio comisivo: "la violencia", dejando abierta su interpretación en tanto que ésta puede ser de carácter físico o moral.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

V. La falta de elemento subjetivo del injusto.- En el caso que nos ocupa, no se presenta el elemento subjetivo del injusto, por lo que tampoco puede existir la falta del mismo.

VI. Por no darse la antijuridicidad especial.- En la hipótesis del presente análisis, tampoco existe la antijuridicidad especial.

4.4.3 CLASIFICACIÓN EN ORDEN AL TIPO

En la doctrina, los autores Edmundo Mezger, Luis Jiménez de Asúa y Mariano Jiménez Huerta, elaboran cada uno por su parte, una clasificación del delito en orden al tipo, empero el profesor Celestino Porte Petit basándose en ellos, realiza un estudio propio en el que divide al delito en: tipos simples, fundamentales o básicos, especiales privilegiados o cualificados; independientes o autónomos; entre otros.

Nosotros sólo haremos mención de aquéllas que consideramos admite el tipo a estudio:

I. Normales y anormales.- Los primeros, sólo describen situaciones puramente objetivas. En tanto que los segundos, incluyen en la descripción típica elementos normativos o subjetivos.

Los elementos normativos, son aquellos que requieren necesariamente de una valoración que corresponde llevar a cabo al juez dentro de un proceso, atenderá tanto a la descripción hecha por la ley, como a la realización de un juicio ulterior en el que deberá relacionar a éste con la situación en que aconteció el hecho en estudio.

Los elementos de referencia, únicamente pueden considerarse bajo el supuesto lógico de una norma, a través de un juicio de valoración ya sea jurídica o cultural, pues no basta el conocimiento común para determinar su existencia.

La valoración jurídica, puede determinarse de acuerdo al propio contenido de la norma cuando se habla de 'derecho real', o de 'cosa ajena', como ejemplos. En tanto, la valoración cultural, se basa en normas de contenido ético- social para efecto de estar en posibilidad de poder apreciar términos como: "casta", "honesta", entre otras.

TESIS CON
FALLA DE OGEN

En la hipótesis de análisis, se aluden términos como: 'inseminación artificial', 'menor' o 'incapaz', los cuales, requieren de ser valorados cultural o jurídicamente, constituyéndose como elementos normativos del tipo que nos ocupa. Por lo tanto, nuestro delito a estudio, es anormal.

A mayor precisión, la minoría de edad en la víctima inseminada implica fundamentalmente una referencia cronológica y jurídica, la cual, será determinada conforme a criterios fisiológicos tales como el desarrollo físico, genital y endocrino. El hecho circunstancial de ser 'menor de edad', reviste importancia en el sentido de que así lo contempla la norma, aunque resulta igualmente relevante, que se trate de una mujer fértil y tenga la capacidad fisiológica de engendrar. Tocante al término 'incapaz', deriva del latín incapax que significa no tener la capacidad o aptitud para una cosa. Es así, que las personas privadas de razón no pueden otorgar su consentimiento válidamente, pues si éste fuera el caso sería invalidado por el juzgador, puesto que no pueden decidir libremente por encontrarse impedidos para comprender la naturaleza de hecho.

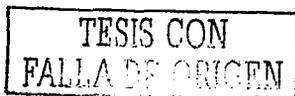
II. Independiente o Autónomo.— Porque tiene existencia por sí mismo y no deriva de ningún otro delito, es decir, que para su integración no interviene algún otro delito, por lo tanto, no tiene relación con otros tipos penales.

4.5 ANTIJURIDICIDAD

Como ya sabemos, la antijuridicidad, además de ser considerado el tercer elemento del delito, es también, un elemento esencial para su configuración. En su más simple definición, la antijuridicidad es la oposición al derecho, por lo que se advierte que su definición es de carácter negativo, tal y como se ha señalado en el inciso correspondiente a su estudio.

El profesor Porte Petit, nos enseña : "La antijuridicidad, en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y por tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste de la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos".²⁰²

²⁰² PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Op. Cit. Pág. 375.



Agrega, también: "La antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad".²⁰³

Por ende, habrá antijuridicidad en el momento en que la conducta sea contraria a derecho, esto es, surge al momento de violarse la norma sin que dicha conducta se encuentre amparada bajo una causa de licitud o de justificación, situación que supone la realización de una conducta típica, que en consecuencia, implicará un juicio de valor objetivo.

A título personal, consideramos que un hecho es antijurídico en cuanto a que éste se opone a la finalidad de tutela de la norma penal, esto es, al bien jurídico que ésta protege.

Por otra parte, se ha precisado que la antijuridicidad puede ser: formal o material; la primera se presenta cuando existe una transgresión a una norma, es decir, cuando se viola la ley; la segunda, implica una contradicción a los bienes colectivos.

En nuestro delito materia de la presente investigación, desde el punto de vista de la antijuridicidad formal y antijuridicidad material, consideramos que estamos en presencia de un delito en el que queda de manifiesto la antijuridicidad formal y objetiva, en virtud de lo descrito en la primera hipótesis del artículo 466 de la Ley General de Salud, es decir, que será formal en atención a que la conducta exteriorizada viola el precepto legal aludido, en tanto, que en él se prohíbe que se ejecute la conducta descrita. La antijuridicidad en el delito que nos ocupa, también será objetiva, ya que la acción o el hecho infringen la norma, sin que ésta refiera o exija la concurrencia de algún elemento de índole subjetivo en el sujeto.

4.5.1 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

Como se ha precisado, constituye el aspecto negativo de la antijuridicidad y tiene diferentes denominaciones, pero la más utilizada por los diversos autores es la de: "causas de justificación".

²⁰³ Ibid.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La doctrina considera como causas de licitud:

I. Legítima defensa.- Surge al obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión, actual, violenta sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

- a) La existencia de una agresión.
- b) Un peligro de daño derivado de ésta.
- c) Una defensa, rechazo de la agresión o contra ataque para repelerla.

Lo anterior, en atención a que ésta debe ser actual y sólo rechazándola se preservarán los bienes protegidos por nuestro Derecho, de los que el agredido será el titular de los mismos.

Para que la repulsa se considere lícita, es necesario que el daño que se le ocasione al agresor no sea mayor en proporción al perjuicio que él pudo haber causado.

La misma justificación, es permitida en el sentido de que exista un contra ataque que realice un sujeto diferente al afectado, siempre que se lleve a cabo en su defensa.

En el ilícito a estudio, consideramos que no es posible que se integre la legítima defensa, en virtud de que ésta requiere el rechazo de una agresión actual, violenta sin derecho, de la cual, resulte un peligro inminente sobre los bienes amparados del perjudicado; lo que no sería posible tomando en cuenta que por las características propias que conllevan las menores e incapaces, no alcanzan a comprender el significado de la práctica inseminatoria y mucho menos, pueden repeler la conducta del sujeto que la realiza.

II. El estado de necesidad.- "Si una conducta traspaasa los límites de la antijuridicidad es ciertamente antijurídica pero puede ser disculpada, en la medida en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que el autor en estado de necesidad esta coaccionado psíquicamente, en consecuencia, en su libre decisión de la voluntad por una situación extraordinaria de necesidad".²⁰⁴

Como se advierte, en el estado de necesidad existe una confrontación de intereses, pertenecientes a personas distintas.

Del precepto legal que describe la conducta del delito en análisis (artículo 15 fracción V del Código Penal Federal), puede desprenderse que no es posible que concurra en ninguna forma en el delito a estudio.

III. Cumplimiento de un deber y Ejercicio de un derecho. Podemos precisar que no es antijurídico, el comportamiento de quien actúa en función de su cargo, siempre que lo haga dentro de los términos permitidos.

Ahora bien, para que una conducta se encuentre amparada por alguna de éstas causas de justificación, las funciones que realice el sujeto deben estar atribuidas a la autoridad o cargo que desempeñen, a través de una norma jurídica.

Para poder ejemplificar esta causa de justificación, nos permitimos citar el caso concreto de una pelea de box; actividad deportiva que se encuentra autorizada por el reglamento correspondiente que permite su práctica.

Específicamente en el caso en cita, no sólo se contempla la posibilidad de que se produzcan lesiones entre los contrincantes, sino también, como consecuencia de dicha contienda, puede incluso ocasionarse la muerte de quienes participan en la misma; situación que por encontrarse previamente regulada, evita que dicha conducta sea considerada como antijurídica, por considerarse como una causal que excluye la ilicitud, es decir, que el resultado delictuoso que se produce como consecuencia de éstos hechos, es autorizado por el Estado a través de los reglamentos deportivos.

La fracción VI del artículo 29 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, regula como causa de justificación del delito: "la acción o la omisión que se realicen

²⁰⁴ SAUER, GUILLERMO. "Derecho Penal, Parte General". España 1982. Pág. 196.

en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo".²⁰⁵

En el delito del presente análisis, no se justifica la conducta de los que intervienen en la realización del ilícito a través del cumplimiento de un deber, puesto que en ningún momento se está autorizando la realización de la conducta bajo las condiciones que refiere el precepto legal antes aludido.

Así, en el ejercicio de un derecho no puede presentarse alguna causa de justificación, en virtud, de que se establece una sanción a aquellas personas que no realicen lo estipulado en la ley.

4.6 IMPUTABILIDAD

En términos generales, como se ha señalado, la imputabilidad: "es un modo de ser de la persona, que influye en su comportamiento del cual se derivan determinadas consecuencias jurídicas".²⁰⁶

La imputabilidad en el sujeto, supone en la persona a quien se hace la imputación, la capacidad para conocer y comprender la ilicitud de su conducta y determinarse conforme a dicha comprensión.

Consecuentemente, para que un sujeto pueda ser culpable de la comisión de un delito, se requiere que al momento de realizar la conducta, tenga la capacidad de conocer y comprender la ilicitud de la misma, para así estar en condiciones de autodeterminarse de acuerdo con dicha comprensión.

El fundamento legal de la imputabilidad, lo encontramos en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal Federal (actualmente fracción VII del artículo 29 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal), interpretada a contrario sensu; disposición en la que se refiere que un sujeto será imputable cuando al realizar la conducta que describe la primera hipótesis del artículo 466 de la Ley especial reguladora de nuestro delito en análisis, no padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o de

²⁰⁵ NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Op. Cit. Pág. 114.

²⁰⁶ REYES ECHANDÍA, ALFONSO. "Imputabilidad". Op. Cit. Pág. 6.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún cuando en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

Cabe resaltar que el delito en análisis, sólo admite la 'comisión dolosa', en virtud de las circunstancias que el mismo tipo penal refiere.

Asimismo, en el delito a estudio quien lleva a cabo la conducta típica en ninguna forma puede carecer de la capacidad de conocer y comprender la ilicitud de su conducta, pues como puede desprenderse de la simple lectura del precepto legal que sanciona la inseminación realizada en menores e incapaces (artículo 466 de la Ley General de Salud), se requiere entender el alcance y las consecuencias de dicho acto, pues éste tiene como fin la fecundación en la 'menor' ó 'incapaz'. Lo anterior, con independencia de las características que conlleva la víctima al ser 'menor' ó 'incapaz'.

En el caso concreto, el sujeto será invariablemente imputable cuando introduzca en forma asexual, el líquido seminal en el cuerpo de la mujer 'menor' ó 'incapaz', independientemente de que ésta consienta o no el acto inseminatorio. Por lo tanto, necesariamente quien lleva a cabo la conducta descrita, contará con la capacidad para comprender la antijuridicidad de la misma y conforme a tal comprensión, se autoregule y conduzca.

4.6.1 INIMPUTABILIDAD

Una vez que en líneas anteriores nos ocupamos del estudio de la imputabilidad, esto es, de aquellas condiciones que permiten señalar a una persona como sujeto imputable, procederemos a entrar al estudio correspondiente de su aspecto negativo denominado 'inimputabilidad'.

Sergio García Ramírez, afirma que la imputabilidad contempla: "...el caso de quienes no pueden comprender el carácter ilícito de del hecho (incapacidad de entender) o conducirse de acuerdo con esta comprensión (incapacidad de querer)".²⁰⁷

En este sentido, un sujeto será inimputable cuando no tiene la capacidad de conocer y comprender que actúa antijurídicamente, o bien, cuando pueda comprenderlo, no está en condiciones de actuar de manera diversa.

²⁰⁷ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Pág. 226.

Tratándose de nuestro delito a estudio, la inimputabilidad no puede presentarse en el sujeto, puesto que resulta inconcebible que quien lleva a cabo el acto inseminatorio en la víctima, argumente no tener la capacidad intelectual o volitiva para comprender el carácter ilícito de dicha práctica, como tampoco puede ignorar las características propias físicas y psicológicas que reviste una 'menor' o 'incapaz'. Menos aún, podrá referir que debido a su incapacidad o falta de comprensión, introduce en forma asexuada (artificial), el líquido seminal en el cuerpo de la víctima.

Por lo antes expuesto, consideramos que la ejecución de la conducta típica en ninguna forma puede ser realizada por un sujeto inimputable.

4.7 CULPABILIDAD

Para estar en posibilidad de determinar la culpabilidad en el caso que nos ocupa, resulta fundamental la concurrencia del elemento inimputabilidad en el sujeto que lleva a cabo la conducta.

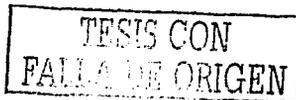
Cuello Calón, considera que una conducta es culpable cuando: "...a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada".²⁰⁸

Existe una relación psicológica entre la conducta desplegada por el agente y el resultado producido, cuya motivación atiende a que tal comportamiento sea contrario a la ley, esto es, que para que un sujeto sea considerado culpable se requiere necesariamente que en él concurren los elementos volitivo e intelectual.

La culpabilidad, se produce en el momento que el sujeto ha realizado una conducta típica y antijurídica, situación bajo la cual, deberá reprendérsele al sujeto su acción, por haber actuado en forma contraria a nuestro Derecho.

En el capítulo respectivo, se precisaron que las formas de culpabilidad son el dolo y la culpa; el primero, se presenta cuando el sujeto conociendo el significado de su conducta, procede a realizarla por ser querida.

²⁰⁸ Ibid. Pág. 233.



Respecto a la culpa, ésta puede ser consciente o con previsión, que se presenta cuando el autor ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurra el resultado y es inconsciente o sin previsión, cuando no se prevé el resultado.

Nuestro delito materia de análisis, sólo admite como forma de culpabilidad al 'dolo', puesto que la conducta descrita por el artículo 466 de la Ley General de Salud, sólo puede cometerse dolosamente, en atención a que el propósito de llevar a cabo dicha conducta es lograr la fecundación en la víctima de forma asexuada, resultando inconcebible que el sujeto que realiza el acto inseminatorio en una menor o incapaz, actúe culposamente, es decir, que la culpa no puede concurrir en el sujeto, por negligencia, imprudencia, falta de atención, de reflexión o precaución, produciéndose con su comportamiento un hecho típico y antijurídico que no se quiso realizar, es decir, el sujeto que lleva a cabo la conducta, no puede actuar involuntariamente; cuando por razones obvias, la realización de la práctica inseminatoria en mujeres 'menores' e 'incapaces', por las características propias que conllevan estos seres, resulta notoriamente ilícita.

4.7.1 INCULPABILIDAD

Para que exista culpabilidad en un sujeto, resulta necesaria la concurrencia de los elementos volitivo e intelectual; por ende, habrá inculpabilidad cuando existiendo una conducta típica y antijurídica no concurre la voluntad del agente, o no se tenga conocimiento de la antijuridicidad de la conducta realizada por aquél.

La inculpabilidad, constituye la ausencia de culpabilidad. Será necesario que además de que se trate de una conducta típica y antijurídica, sea imputable. Son causas de inculpabilidad, aquéllas que impiden el surgimiento de los elementos volitivo e intelectual en el sujeto.

La diferencia existente entre las causas de inculpabilidad y de imputabilidad, la refiere Jiménez de Asúa, señalando que: "El imputable es psicológicamente capaz. Y lo es para toda clase de acciones de un modo perdurable, como el enajenado, bien transitoriamente, pero durante todo el transtorno, en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez, en aquellos países en los que la ebriedad funciona como eximente. En cambio, el inculpable es completamente capaz y no le es reprochada su conducta, es porque a causa del error o por no concedérsele exigir otro modo de obrar en el

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

juicio de reprochabilidad se le absuelve. Más para todas las otras acciones su capacidad es plena".²⁰⁹

Respecto al error, éste es un vicio psicológico que consiste en la inconformidad del sujeto cognoscente y el objeto conocido, es decir, como es éste en la realidad. Tanto el error como la ignorancia, pueden constituir causas de inculpabilidad. Sin embargo, en nuestro delito a estudio, no se presenta el error de hecho ni tampoco el de prohibición, éste último en virtud de que el desconocimiento de las normas no exime de responsabilidad al sujeto, cuando en el caso concreto, se practica en una menor o incapaz el acto inseminatorio, habida cuenta de que tal conducta resulta notoriamente transgresora de la esfera de derecho de las víctimas.

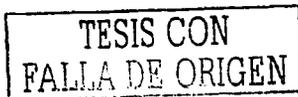
Por lo que hace al error de hecho, tampoco se presenta en el delito que nos ocupa en virtud de que no invalida al factor intelectual 'dolo', es decir, que en todo momento se quiere la conducta y se acepta el resultado. Tal y como se ha precisado con antelación, el error esencial puede ser vencible o invencible, según se deje subsistente la culpa, o se borre la misma, por lo que debemos señalar que en el delito en análisis, éste no se presenta porque la conducta del sujeto activo reúne en él, tanto el elemento 'intelectual' como el 'volitivo', es decir, que la comisión del presente ilícito siempre será de carácter 'doloso'. Tampoco, podrá existir error accidental, en tanto que por las características propias que revisten a las 'menores' e 'incapaces', no admite la posibilidad de la existencia del error en el golpe, en la persona o en el delito.

Por lo que respecta a la no exigibilidad de otra conducta, implica la realización de un hecho tipificado, que obedece a una situación apremiante, la cual, provoca que sea excusable la conducta del agente y en consecuencia, será una causa eliminatória de la culpabilidad al igual que el error esencial de hecho.

Es importante añadir, que dentro de nuestro Código Penal Federal no se encuentra contemplada 'la no exigibilidad de otra conducta' como causa de inculpabilidad, sino como una excusa absolutoria, no obstante, de estar comprendida entre las causas excluyentes de del delito.

En consecuencia, nosotros consideramos atendiendo al delito materia del presente análisis, que el sujeto al realizar la conducta típica, en ninguna forma puede ampararse bajo la causa de inculpabilidad relativa a 'la no exigibilidad de otra

²⁰⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. "Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito". Editorial Su. americana. Abelardo Perrot. Buenos Aires 1990. Pág. 389.



conducta', en tanto que en ningún momento se presenta una situación apremiante que provoque que sea excusable la conducta del agente, consistente en inseminar a una menor ó incapaz artificialmente y menos aún, si se realiza por medio de la violencia física o moral (independientemente de que la figura en estudio no contemple algún medio comisivo); consecuentemente en el caso concreto, concurrirá el elemento volitivo del dolo en el sujeto en virtud de tener conocimiento de su proceder típico y antijurídico, mismo que le será reprochable; razón por la que no podrá ampararse bajo la causa de la culpabilidad ('no exigibilidad de otra conducta'), por no darse en el delito a estudio ninguna causa eliminatória de la culpabilidad.

4.8 PUNIBILIDAD

Es de señalar, que uno de los problemas que originan ciertas controversias en la doctrina penal, versan sobre determinar si la punibilidad es o no, uno de los elementos integrantes del delito, o únicamente la consecuencia del mismo.

Para algunos autores, la punibilidad es la acción antijurídica, típica y culpable para ser cumplida con la amenaza de una pena, esto es, como consecuencia legal y necesaria.

En nuestro derecho, para que el acto o la omisión sean calificados como delictuosos, deben estar sancionados por las leyes penales. El requisito de la amenaza penal como elemento constitutivo del concepto de delito, ha sido criticado para decirse que está contenido en un tipo de acción punible, antijurídico y culpable, o bien, porque si la pena es consecuencia del delito no puede constituir elemento integrante del mismo, ya que todo lo que hace es dar al delito un sello externo y definitivo de las demás acciones, debe reconocerse que la acción del delito se integra, no con la aplicada o en la realidad de la vida a la acción descrita por la norma, ni con la sola amenaza de tal pena o la combinación de punibilidad, independientemente que la misma pena se aplique o se deje de aplicar, de donde resulta que la punibilidad no es un elemento esencial de la acción jurídica del delito.

La ley exige para que exista la punibilidad de la acción, un conjunto de condiciones objetivas en los tipos penales; además, la punibilidad es calificada por el resultado producido por el infractor y una facultad exclusiva del legislador. Existen ciertas sanciones en el caso de que el sujeto provoque públicamente o cometa un delito, si el ilícito no se ejecutare, se le aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido. Asimismo, se contemplan ciertas condiciones objetivas de punibilidad, ajenas a la acción misma que por razones

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de las personas o de la utilidad social de la impunidad no son sancionadas, tal y como ocurre en las excusas absolutorias.

“La punibilidad es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general y determinada cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente, por la magnitud de bien y del ataque a este”.²¹⁰

I. Las diferencias existentes entre punibilidad, pena y punición son:

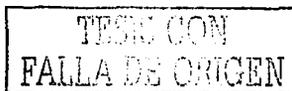
- a) La punibilidad, es una descripción general y abstracta; en tanto que la punición, es un mandato particular y concreto.
- b) La pena es un hecho particular concreto; en tanto que la punibilidad la hace exclusivamente el legislador.
- c) La punición la dicta el órgano jurisdiccional, mediante una sentencia penal condenatoria, en tanto que la pena la lleva a cabo el órgano ejecutivo, donde su función es la protección de bienes a través de la prevención general (de la punibilidad).
- d) La punición se llevará a cabo, cuando el dictaminador que juzgue y sentencie al sujeto, condenándolo por la comisión de una conducta antijurídica, establecida en la norma penal.

En cuanto a la punibilidad de la hipótesis primera del artículo 466 de la Ley General de Salud, será de uno a tres años en caso de que no se produzca embarazo como resultado de la práctica inseminatoria y de dos a ocho años en caso de sí se produzca.

4.8.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS

La determinación de las excusas absolutorias, en la descripción de un ilícito, es una facultad propia de nuestro legislador. Son el aspecto negativo de la punibilidad y, su concurrencia en la descripción de una conducta típica, antijurídica y culpable, implica la no aplicación de la punibilidad, en situaciones concretas.

²¹⁰ ISLAS GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. “Análisis lógico de los delitos contra la vida”. 3ª Edición. Editorial Trillas. México 1991. Pág. 24.



Las excusas absolutorias, son aquélla causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta típica o hecho antijurídico, impiden la aplicación de la pena. Se trata de conductas típicas, antijurídicas y culpables que el legislador contempla para exentarlas de pena, atendiendo a razones político criminales. Por lo tanto, las excusas absolutorias son condiciones que producen la ausencia de la punibilidad, es decir, que aún existiendo y consumándose el delito, legalmente bajo las circunstancias específicas en comento, deja de aplicarse la sanción.

En el delito en análisis, no encontramos ninguna causa que deje subsistente el delito y excluya la aplicación de la pena en el sujeto que realice el acto inseminatorio asexuado en una menor o incapaz.

4.9 CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

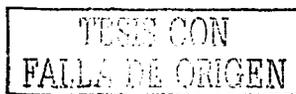
Estas no constituyen uno de los elementos esenciales del delito, además de que dichas condiciones pocas veces quedan descritas en el tipo penal.

Las condiciones objetivas de punibilidad, son circunstancias extrínsecas del delito, que fijan la aplicación o la no aplicación de la sanción o punibilidad de la conducta típica, antijurídica y culpable.

En nuestro delito a estudio, no se presentan en forma alguna las llamadas excusas absolutorias, tal y como se desprende de la simple lectura del precepto legal que lo regula. Por lo tanto, no encontramos estas circunstancias que en un momento determinado concurren en otros ilícitos, mismas que son previstas por la ley, en virtud, de que la inseminación realizada en menores e incapaces, en el precepto que la regula, contiene su propia pena.

4.9.1 AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

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 imposible perseguir el hecho, y si existe la denuncia o querrela después de la sentencia absolutoria, podrá alegarse de adversa la excepción de cosa juzgada, es decir, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad, permiten una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable.



CONCLUSIONES

1. En principio, consideramos que la práctica de la inseminación artificial en 'menores e incapaces' debe ser examinada no tan someramente como actualmente se encuentra regulada dentro del capítulo de delitos en la Ley General de Salud, sino que a nuestro parecer también deben tomarse en cuenta los 'posibles' medios comisivos para su ejecución, tales como el uso de la 'violencia física', 'violencia moral' y el 'engaño'; independientemente de que el sujeto pasivo dentro de la hipótesis a estudio, otorgue su "consentimiento" o "consienta" el hecho biológico concepcional manipulado, consentimiento al que desde luego nuestro Juzgador no le concede validez alguna; dadas las características propias que conllevan estos seres, en tanto, que carecen de la capacidad para comprender o resistir el hecho.

2. La trascendencia jurídica penal en el delito de la inseminación artificial, estriba en que se transgrede la esfera de derecho de la 'menor' o 'incapaz' al inseminárseles con fines de investigación, procurando en ellas la fecundación y consecuentemente un posible embarazo, situación que no tan sólo daña su 'salud', 'integridad física' y su 'moral', sino que además se anula la decisión que tiene toda mujer para participar de manera conciente y responsable en la gestación de nuevos seres, más aún cuando se trata de estas personas que no cuentan con la capacidad de 'consentir' o 'aceptar' sobre todo bajo el supuesto de que exista la imposición de la conducta fecundante, mediando 'el engaño', el uso de 'la violencia física' ó 'la amenaza moral'.

3. Específicamente dentro de la doctrina en México, existe escasa información sobre nuestro tema materia del presente análisis, con excepción de alguna que otra investigación aislada, motivo por el cual consideramos que estando en vanguardia las técnicas de procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética, deben realizarse estudios jurídicos más precisos en su entorno. Aunado a ello, en ningún momento se especifican o se hace referencia alguna sobre 'los bienes jurídicos tutelados' por la primera hipótesis contenida por el artículo 466 de la Ley General de Salud, sin embargo de la simple lectura podemos señalar que en dicho ordenamiento se tutelan los siguientes: "la salud de la menor ó incapaz", "la madurez sexual", "la familia", "el derecho a la genitividad o la procreación", "el derecho a la libre maternidad" y "la sociedad".

TESTE CON
FALLA DE ORIGEN

4. El hecho de poder percatarnos de la inexistencia de algún antecedente formalmente legal que nos permita con claridad ubicar la técnica inseminatoria, nos lleva a concluir que el cambio de las condiciones sociales de la vida actual, impone la necesidad de renovar nuestra legislación y en su caso, adicionar o reformar las disposiciones existentes; situación que tuvo a bien considerarse para dar pauta a la creación del nuevo Código Penal para el Distrito Federal, ordenamiento que retoma nuestra hipótesis en estudio y que regula en su artículo 150 con algunas variantes, en virtud de que en esta disposición ya se prevé como medio comisivo 'la violencia', dejando abierta su interpretación, en tanto que ésta puede ser física o moral; asimismo, se señalan penas distintas a las contempladas por la Ley General de Salud; señalándose en nuestro Código represor, pena de prisión para quien lleve a cabo la conducta típica de tres a siete años y, en caso de que se produjera embarazo se agravará la pena de cinco a catorce años; en tanto que el artículo 466 de la Ley en comento, establece pena de prisión de uno a tres años a quien ejecute la conducta y en caso de que como consecuencia de esta práctica resulte embarazo será de dos a ocho años. Por lo tanto, a título personal consideramos que en la Ley de referencia, deben señalarse los posibles medios comisivos para llevar a cabo la ejecución de la conducta típica a estudio y contemplar la posibilidad de lograr la homogeneidad de ambos ordenamientos, respecto a la conducta materia del presente análisis.

5. El delito del presente análisis, demuestra por su simple descripción que las características esenciales del acto inseminatorio no encuadra, deriva o concuerda con otras expresiones o abstracciones legales ya tipificadas dentro de nuestro Código represor, por lo que éste delito es considerado como 'autónomo' en virtud de que tiene elementos propios.

6. En términos generales la inseminación artificial, debe ser concebida como un sistema alternativo de procreación en parejas que sufren de esterilidad y que se han visto impedidos para lograr la fecundación, puesto que las técnicas de Fertilización Asistida, pretenden solucionar el problema de la infertilidad humana pero no curarla, tal y como se advierte en nuestra investigación.

7. Respecto del bien jurídico tutelado, no podemos considerar que sea el mismo que se protege en el delito de violación (en menores e incapaces) 'la libertad sexual', si partimos de la base que por libertad en el sentido amplio lo entendemos como la facultad de decisión que posee una persona de una u otra opción de comportamiento, que a su vez trae como consecuencia la capacidad de conocimiento y

TRABAJO CON
FALLA DE ORIGEN

voluntad respecto de dicha elección, misma que no tiene la menor de edad, la incapaz o aquéllas personas que no están en su sano juicio; habida cuenta de que sencillamente en el delito que nos ocupa existe una conducta efectuada por medios "no naturales".

8. La simple posibilidad de que se practicara la hipótesis descrita en el artículo 466 de la Ley General de Salud sobre la que versa el presente análisis, nos sugiere una reflexión compleja al plantearnos en principio que quienes manejan esta técnica predisponen de la vida y pueden al momento de efectuarla no ser supervisados y obrar con plena libertad, e incluso podrían argumentar hacerlo con fines de "investigación", lo cual provoca una total incertidumbre y desconcierto dado que consideramos que se requiere de parámetros específicos a fin de evitar el mal uso de dicho conocimiento. Ello, independientemente de que en ningún momento se especifica la calidad en el sujeto "activo", por lo que en el caso que nos ocupa, si se requerirá de la misma, habida cuenta de que tratándose de menores e incapaces será el médico y sus colaboradores quienes lleven a cabo la conducta.

9. Toda actividad científica que despierte el interés de la sociedad por su trascendencia como en el caso que nos ocupa, en virtud de que origina grandes expectativas e incertidumbre, requiere de una regulación que abarque la problemática jurídica que encierra resultando necesario un análisis previo y de fondo a efecto de que sea funcional y queden comprendidas aquéllas circunstancias que revisten las prácticas actuales de reproducción humana llevadas a cabo mediante los llamados "métodos no naturales". Es decir, deben existir los "tipos" que describan de manera precisa las conductas prohibidas en su realización.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ACOSTA ROMERO, MIGUEL y LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. "Delitos Especiales". 2ª Edición. Editorial Porrúa. México 1990.
- 2.- BECK WILLIAMS, W. "Revisión Crítica de los aspectos Legal, Ético y Técnicos de la Inseminación Artificial". American Fertil-Society. Journal número 1. Vol. XXVII. U.S.A. 1976.
- 3.- CARMONA SALGADO, CONCHA. "Los Delitos de Abusos Deshonestos". Editorial Bosh. Barcelona 1981.
- 4.- CARRANCÁ Y TRUJILLO RAÚL. "Derecho Penal Mexicano. Parte General". 20ª Edición. Editorial Porrúa. México 1999.
- 5.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO. "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". 42ª Edición. Editorial Porrúa. México 2001.
- 6.- DICKINSON, R. L. "Impregnación Artificial: Ensayo sobre la Inseminación Tubal". Número 45. Editorial A.G.S.J. U.S.A. 1920.
- 7.- FERRI, ENRICO. "Sociología Criminal". Editorial Eosseau. Paris 1983.
- 8.- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO. "Los Derechos Humanos y el Derecho Penal". Editorial Sepsetentas. México 1976.
- 9.- GAUTIER, J. "De la Fecundación Artificial y su empleo en contra de la Esterilidad en la Mujer". Editorial H. J. Bailliere. Paris 1981.
- 10.- GIGÓN PIERRE, FABIEN. "Ensayo sobre la Fecundación Artificial en la Mujer". Tesis. Universidad de Paris, 1871.
- 11.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, FRANCISCO. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa. México 1986.
- 12.- HANAK, E.W. "Aspectos Jurídicos de la Inseminación Heteróloga". Geburshilfe und Fravenkeilkunde. Germany 1973.
- 13.- HARD, E. D. "Artificial Impregnation". Medical World. Vol. XXVII. U.S.A. 1909.
- 14.- ISLAS GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA. "Análisis lógico de los delitos contra la



vida". 3ª Edición. Editorial Trillas. México 1991.

15.- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. "Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito". Editorial Sudamericana, Abelardo Perrot. Buenos Aires 1990.

16.- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. "La Ley y el Delito". 3ª Edición. Editorial Hermes. México 1986.

17.- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. "Tratado de Derecho Penal". 2ª Edición. Editorial Losada. Buenos Aires 1958.

18.- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. "Lecciones de Derecho Penal". 2ª Edición. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México 1995.

19.- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. "Derecho Penal Mexicano. Introducción al estudio de las figuras típicas". Tomo I. 5ª Edición. Editorial Porrúa. México 1985.

20.- JORNET CASES, A. "Endocrinología, Ginecología e Infertilidad". 1ª Edición. Editorial Toray, S.A. Barcelona 1975.

21.- JOURNAL AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. "Aspectos Médico-Legales de la Inseminación Artificial". Análisis Actual. J.A.M.A. No. 18. Vol. 157. U.S.A. 1955.

22.- KEUNE, H. G. y ROTHÉ J. "Cuestiones Jurídicas de la Transferencia Artificial de Semen". Zschr Arztlichen Fortbildung Jena No. 15. Germany 1972.

23.- KOERNER A. "Consideraciones Médico-Legales sobre la Inseminación Artificial". Louisiana Law Review. U.S.A. 1948.

24.- LONDOÑO BERRIO, HERNANDOL. "El Error en la Moderna Teoría del Delito". Editorial Temis. Colombia 1982.

25.- MARTÍNEZ ROARO, MARCELA. "Delitos Sexuales". 4ª Edición. Editorial Porrúa. México 1991.

26.- MAURACH, REINHARDT. "Tratado de Derecho Penal". Tomo II. Editorial Ariel. Barcelona 1962.

27.- MEZGER EDMUNDO. "Derecho Penal. Parte General". 2ª Edición. Editorial Cárdenas. México 1990.

28.- NACHT, S. "Patología de la Vida Amorosa". Editorial Extra de Santiago de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Chile. Chile 1941.

29.- PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General". 7ª Edición. Editorial Porrúa. México 1985.

30.- PAVÓN VASCONCELOS, FRANCISCO. "Manual de Derecho Penal Mexicano". 4ª Edición., Editorial Porrúa. México 1982.

31.- PEARL, RAYMOND. "Contracepción y Fertilidad en 2000 Mujeres". Ediciones Human Biology. Journal No. 3. U.S.A. 1954.

32.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "Programa de Derecho Penal. Parte General". 3ª Edición. Editorial Trillas. México 1990.

33.- PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". 18ª Edición. Editorial Porrúa. México 1999.

34.- RAMBAUR, RAYMOND. "El Drama Humano de la Inseminación Artificial". Editorial Moderna. México 1953.

35.- REYES ECHANDÍA, ALFONSO. "Derecho Penal. Parte General". 11ª Edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia 1989.

36.- REYES ECHANDÍA, ALFONSO. "Imputabilidad". 4ª Edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia 1982.

37.- ROHLEDER, H. "Niños de Probeta. Historia de la Impregnación Artificial en Seres Humanos". Panurge Press. New York 1934.

38.- RUÍZ VELASCO, VÍCTOR. "Cuadernillo de Gineco-obstetricia". I.M.S.S. México 1976.

39.- SAINZ CANTERO, JOSÉ A. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona 1981.

40.- SAUCER, GUILLERMO. "Derecho Penal. Parte General". España. 1982.

41.- SCHELLEN, C. M. "Inseminación Artificial Humana: Aspectos Médicos, Sociológicos, Legales, Teológicos y Psicológicos". Editorial Elsevier Publishing Co. Amsterdam 1957.

42.- SOLER, SEBASTIÁN. "Derecho Penal Argentino". Tomo III. Buenos Aires 1973.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- 43.- SPALLANZANI, LÁZARO. "Disertaciones relativas a la Historia Natural de Animales y Vegetales". Vol. II. Editorial Murray. London 1789.
- 44.- VILLALOBOS, IGNACIO. "Derecho Penal Mexicano. Parte General". Editorial Porrúa. México 1990.

LEGISLACIÓN JURÍDICA CONSULTADA:

- I.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. "Leyes para el Distrito Federal". Editorial Sista. México 2003.
- II.- CÓDIGO PENAL FEDERAL. Editorial Sista. México 2002.
- III.- NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. "Leyes para el Distrito Federal". Editorial Sista. México 2003.
- IV.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. México 1972.
- V.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 7ª Edición. Editorial ISEF, S.A. México 2000.
- VI.- LEY GENERAL DE SALUD. 14ª Edición. Tomo I. Editorial Porrúa. México 1997.
- VII.- REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD. 14ª Edición. Tomo I. Editorial Porrúa. México 1997.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS.

- I.- DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO. "México a través de sus constituciones". H. Cámara de Diputados. LV Legislativo. Tomo I. Editorial Porrúa. México 1994.
- II.- DICCIONARIO DE LOS TÉRMINOS MÉDICOS DE MEDICINA. 20ª Edición. Editorial Interamericana 1981.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- III.- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO.** Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. 11ª Edición. Editorial Porrúa. México 1998.
- IV.- DICCIONARIO DE DERECHO.** Rafael de Piña y Rafael de Piña Vara. 27ª Edición. Editorial Porrúa. México 1999.
- V.- DICCIONARIO DE VOCABULARIO JURÍDICO.** Eduardo J. Couture. Editorial Depalma. Buenos Aires 1976.
- VI.- EL MANUAL MERCK.** Francesc Cardellach López. 9ª Edición Española. Editorial Grupo Océano. Barcelona 1994.
- VII.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.** Tomo XV. Editorial Driskill. Buenos Aires 1989.
- VIII.- NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA.** Tomo XII. Carlos E. Mascareñas. Editorial Francisco Seix. Barcelona 1987.

REVISTAS Y OTRAS.

- I.- REVISTA "CONAMED".** Número 1. México 1996.
- II.- REVISTA "CONAMED".** Número 3. México 1997.
- III.- REVISTA "CONAMED".** Número 4. México 1997.
- IV.- REVISTA DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE DURANGO.** Números 20 y 21. Año 1986.
- V.- REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO.** Número 1. Año 1979.
- VI.-** <http://www.seek.com.ar/html/congreso/laffe4.html>
- VII.-** <http://www.ssa.gob.mx/insti-hosp/inper/informa.html>
- VIII.-** <http://www.reproducción.com.mx/insem.html>.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN