

396
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**"EL CONTAGIO DEL SIDA
(Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida)"**

FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN IBÁÑEZ OROZCO





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

EL CONTAGIO DEL SIDA
(Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida)

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCION	
CAPITULO I. EL SIDA	1
1.1. Concepto de SIDA	1
1.2. Antecedentes Históricos.....	4
1.3. Formas de transmisión del SIDA	14
1.4. Grupos sociales mayormente expuestos al contagio del --- SIDA.....	15
CAPITULO II. LA SECRETARIA DE SALUD Y EL CONASIDA.....	20
2.1. Naturaleza Jurídica.....	20
2.2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...	27
2.2.1. Artículo 4º párrafo Tercero de la Constitución Política- de los Estados Unidos Mexicanos (la protección a la Sa - lud)	29
2.2.2. Fracción XVI del Artículo 73 Constitucional.....	32
2.3. Ley General de Salud.....	33
2.4. Generalidades del CONASIDA.....	41
2.4.1. Objeto	41
2.4.2. Estructura	45
2.4.3. Funciones	49
2.5. El SIDA como causal de divorcio	50

CAPITULO III. LA TEORIA DEL DELITO.....	54
3.1. Concepto de delito.....	54
3.2. Teorías relativas al concepto de delito.....	55
3.2.1. Teoría Unitaria o Totalizadora.....	56
3.2.2. Teoría Analítica o Atomizadora	56
3.3. Elementos del concepto de delito.....	57
3.3.1. La Conducta y su ausencia.....	58
3.3.2. La Tipicidad y Atipicidad	62
3.3.3. La Antijuridicidad y Causas de Justificación.....	72
3.3.4. La Culpabilidad y Causas de Inculpabilidad.....	81
3.3.5. Punibilidad y Excusas Absolutorias	88
3.4. El Iter Criminis	90
3.5. La participación en el delito.....	94
3.6. Concurso de delitos.....	98
CAPITULO IV. ANALISIS DEL DELITO DE CONTAGIO EN LA LEGISLACION - PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.....	100
4.1. El Artículo 199 Bis, del Código Penal para el Distrito - Federal.....	109
4.1.1. Manifestaciones clínicas de la Sífilis.....	111
4.1.2. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)	113
4.2. El Artículo 288 del Código Penal para el Distrito Fed <u>e</u> - ral	119
4.3. El Artículo 292 del Código Penal para el Distrito Fed <u>e</u> - ral.....	124
CAPITULO V. EL CONTAGIO DEL SIDA EN EL DERECHO PENAL COMPARADO .	127
5.1. En el Derecho Penal Español	127
5.2. En el Derecho Penal Italiano	128
5.3. En el Derecho Penal Francés	129
CONCLUSIONES	131

tra y que unamos nuestros esfuerzos con las Instituciones Públicas como Privadas , aportando a éstas los medios necesarios para conservar y mejorar las condiciones de salud de las personas, para que en la unidad, hagamos frente a esta enfermedad que hasta la fecha es incurable y mortal.

Espero que al concluir con la lectura del presente trabajo, se hayan alcanzado los objetivos deseados, para que en su oportunidad, y motivando el ánimo del legislador, se realicen los cambios necesarios que se ajusten a la realidad que guarda la enfermedad del SIDA en nuestro país y la manera como nuestras leyes lo deben afrontar.

CAPITULO 1

EL SIDA

I.1. CONCEPTO DE SIDA.

- - EL SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida)

"La palabra síndrome proviene del vocablo griego, syndromé, que significa concurso, y se refiere a la reunión de un grupo de síntomas que se producen al mismo tiempo en cierto número de enfermedades. (1).

Como se desprende de la definición mencionada, dicho término resulta el más adecuado para ser aplicado a la enfermedad en cuestión, ya que el SIDA presenta como característica, una amplitud de manifestaciones que - - puede influir una variedad de infecciones oportunistas.

Se habla de inmunodeficiencia, cuando el organismo humano o animal, presentan una disminución en los mecanismos de defensa para detener - una agresión por cualquier elemento extraño.

El virus del SIDA ataca principalmente el sistema inmunitario. Cuando el virus ha sido ya transmitido al ser humano (la sangre o la linfa del organismo), le resta por encontrar las células objetivo de incubación.

1. GAENIER, DELAMARE, Diccionario de Términos Técnicos en la Medicina, Madrid 1981, Editorial Norma, S.A., Vigésima Edición, pág. 948.

El virus del SIDA tiene una particularidad bastante diabólica: elige instalarse en los órganos de dirección de la defensa, la células del sistema inmunitario, que normalmente son las encargadas de eliminarlo.

"El SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida), es una enfermedad nueva para el género humano, hasta ahora incurable, que se transmite por vía sexual y/o transfusión sanguínea o sus derivados y se difunde por todo el mundo. (2).

Es el resultado final de una infección viral que daña en gran medida el sistema inmunológico, el mecanismo más importante del organismo.

"El SIDA, no siempre recibió tal denominación, al principio se le conoció como GRID por Gay Related Immuno Deficiency (Déficit Inmunitario Relacionado a la Homosexualidad). (3).

Pero como tal nombre no se apegaba a la realidad ya que a medida que se diagnosticaba mas casos se vió que no solo era enfermedad propia de homosexuales, ya que otros sectores de la población peligraban. Entre ellos los toxicómanos que utilizan geringuillas para el consumo de la droga por vía intravenosa. Por lo que se llamó AIDS por Acquired Immuno Deficiency Syndrom y misma que por recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud en español se denomina SIDA.

-
2. DIEZ E., ABUD C., Diagnóstico del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, México, Gaceta Médica de México 1985, Volúmen 121, pág. 4-7
 3. ROZENBAUN, WILLY y Cols., SIDA Realidades y Fantasmas, México, Editorial Katúm, S.A., Segunda Edición 1985, pág. 14.

"Los primeros casos reportados de SIDA, es en 1981, cuando en California, EE.UU., el médico Norteamericano Gotlieb reporta haber atendido a cuatro jóvenes del sexo masculino, víctimas de una rara neumonía (inflamación del tejido pulmonar), causado por un parásito (Pneumocystis Carinii), que solo afecta a personas cuyo sistema de defensa inmunitario está severamente dañado. Los pacientes atendidos referían haber gozado de aparente salud hasta llevar a cabo prácticas homosexuales." (4)

A partir de esa fecha en que se manifestaron los primeros casos, inquieta que el número de los mismos aumenta constantemente en muy diversos países, lo que implica que se trata de un fenómeno epidémico reciente con tendencia a generalizarse.

"El agente causal del SIDA, es el virus perteneciente al grupo de los retrovirus, es un virus lento (porque su período de incubación es prolongado), al que por indicaciones de la Organización Mundial de la Salud se denomina en español VIH (Virus de Inmunodeficiencia Humana)." (5)

El retrovirus VIH, como todos los virus, se reproduce únicamente en las células vivas de la especie que le sirve de huésped (en este caso la humana).

Aunque el SIDA puede ser capaz de invadir cualquier tipo de células vivas de los diversos tejidos en que se compone el organismo humano, tiene predilección en el grupo celular de la sangre, los globulos blancos denominados Linfocitos T, las células B y los macrófagos, así como otras células de este grupo y algunas del sistema nervioso central, a las que afecta de manera persistente y tenaz. Una vez que el SIDA se introduce en la sangre y entra a las células les impide a éstas cumplir con su función alertadora, inductora o auxiliadora de todo este sistema de defensa

4. ROZENBAUN, WILLY Y COLS., SIDA Realidades y Fantasmas, Editorial Katún, S.A Segunda Edición, México, 1985, pág. 14.
5. MONTAGNIER, LUC. Y COLS. 16 Especialistas dan Respuesta a sus Preguntas sobre el SIDA, Editorial CEA, Primera Edición, España, 1987, pág. 15.

I.2. ANTECEDENTES HISTORICOS.

La enfermedad del SIDA, que en esta última época ha adquirido gran importancia, debido fundamentalmente a la difusión de la prensa médica internacional y demás medios de comunicación social, es una afección que apareció repentinamente, incidiendo en un gran número de individuos.

Esta afección extraordinaria e inquietante, conocida como - - SIDA, está causando honda preocupación entre las autoridades responsables de - la Salud Pública, en todos los países del mundo.

La causa parece ser un virus transmisible de incubación prolongada, la cual puede tomar meses o años y parece que el proceso es largo y - que deteriora las defensas inmunitarias de sus futuras víctimas, lo que a su vez aumenta su vulnerabilidad a otras infecciones, a veces mortales, a un determinado tipo de cáncer conocido como Sarcoma de Kaposi.

"Sarcoma de Kaposi, afección descrita por Maries Kaposi, en 1872, conocida por dermatólogos hasta entonces de presentación rara, se caracteriza por la aparición de múltiples nódulos ideopáticos y pigmentados de la piel, que se localizan de manera preferente en las partes aéreas de las extremidades inferiores, surge en personas adultas (entre los 50 y 70 años de edad), su curso es indolente y benigno y la mayor parte de los casos habían sido vistos en EE.UU. y Europa, en varones de origen Judío o procedentes de Italia o de los países de la Europa del Este..." (6).

-
6. A CARDIN, ARMAND FLUVIA, S.I.D.A. ¿Maldición Bíblica o Enfermedad Letal? Laertes, S.A., de Ediciones 1985, pág. 33.

Aún los científicos han dado a esta enfermedad en su descripción, un enfoque religioso al señalar:

"Sarcoma de Kaposi parece una maldición bíblica una plaga. En realidad, es una enfermedad de origen desconocido que destruye las defensas del organismo, su poder inmunológico; pero lo más curioso del caso es que esta enfermedad afecta única y exclusivamente a la homosexualidad y a drogadictos. Tal es así, que ya empieza a hablarse del "gay - cáncer". (7)."

Aludiendo al cuadro clínico de este mal, se ha descrito de la siguiente forma:

"Debilita las defensas del cuerpo que tienen que ver con globulos blancos que nos protegen de infecciones de virus y parásitos - nos explica el Doctor Williams - Estas infecciones de virus llamadas infecciones oportunistas porque por regla general, no afectan a nadie. Pero cuando existe una falta de inmunidad, estos relativamente germenos se convierten en terriblemente peligrosos. Sabemos que hay muchas personas con signos menos acusados que algunos de los pacientes mas graves. Los síntomas que preceden al cancer son: gran pérdida de peso, fiebre persistente, severos ataques de herpes (tiña), glándulas inflamadas durante mas de dos meses, diarrea, continuas todas ellas; sin ninguna explicación. Y si tienen Pneumonia, se les suele faltar la respiración. El cáncer se puede -- ver en la piel en forma de ronchas de color púrpura que se extiende por todo el cuerpo y órganos vitales, como el pulmón, hígado, etc., es la primera vez que la medicina se enfrenta con una enfermedad que afecta al organismo de inmunidad. No sabemos lo que es, pero bien podría ser un virus..." (8).

Ningún paciente se recupera y el número de casos se ha multiplicado y va en aumento. La repercusión social en los países afectados ante el temor de esta nueva plaga, en ocasiones por falta adecuada de información, ha motivado un cierto rechazo social a determinados núcleos de personas con características bien diversas como la nacionalidad (en el caso de Haitianos) o por sus comportamientos sexuales (es el caso de homosexuales masculinos).

7 .- ALBERTO CARDIN Y ARMAND DE FLUVIA. Op. Cit. pág.171

8 .- ALBERTO CARDIN Y ARMAND DE FLUVIA. Op. Cit. pág. 172

En 1950, se descubren formas de tumor (Sarcoma de Kaposi), en Africa, especialmente en la tribu Batú en Africa del Sur y Africa Ecuatorial, - nunca fue considerada como enfermedad maligna.

La descripción de Kaposi de los homosexuales, es la de tumores de curso implacable y agresivo que afectan a menudo el sistema linfático y al tronco gastrointestinal.

En 1981, los Centros para el Control de las Enfermedades (Center For Disease Control) o C.D.C., en EE.UU., recibieron notificación de la existencia en los diversos Estados, de dos raras enfermedades: El Sarcoma de Kaposi y la Neumonía derivada de Pneumocytis Carinii.

La Pneumocytis Carinii sus síntomas son gingivitis, lesiones no irritables en la piel, diarrea, sudores nocturnos, pérdida de peso, fiebre, dolorosa fisura anal, pápula en una de las fosas nasales, células gigantes en los pulmones y quistes diseminados.

La Pneumocytis Carinii y Kaposi, estas enfermedades llanó la atención sobre todo en los Angeles California y que dichos cuadros clínicos -- afectaban a homosexuales masculinos y en los que no se conocían historia previa de enfermedad inmunodepresiva.

Este tipo de infecciones se venía observando en pacientes con cáncer, o que hubieran recibido trasplante de órganos que habían estado sometidos a una terapia inmunosupresora, el hecho que surgiera precisamente en personas jóvenes, aparentemente sanas alertó a la comunidad médica.

El hecho de que el SIDA surgiera en EE.UU., en Los Angeles California, Nueva York y San Francisco venía a demostrar que se trataba de episodios aislados; eran pacientes jóvenes portadores en formas atípicas del Sarcoma o de infecciones no habituales por bacterias o virus oportunistas, o de ambas.

Los estudiosos inmunológicos demostraron una anomalía en la inmunidad celular que se caracterizaba por deficiencia de linfocitos T (los linfocitos T son glóbulos blancos y se llaman también monocitos y están distribuidos en varias partes del cuerpo, principalmente en la sangre, los ganglios y en la médula ósea).

El estudio llevado por Jaffe, Chei y Thomas del Centro para el Control de las Enfermedades en Atlanta en octubre y noviembre de 1981, concluía con la observación de que el SIDA apareció en homosexuales masculinos cuyo factor de riesgo más importante era el número de relaciones sexuales con los que relacionaba. Mas tarde se descubre la enfermedad en drogadictos consumidores de drogas por vía intravenosa haitianos que viven en los EE.UU., y pacientes con homofilia; en personas que habían sido transfundidas con concentrados de plaquetas procedentes de pacientes sexuales con SIDA, en mujeres que mantienen relaciones sexuales con varones incluidos en los grupos de alto riesgo de SIDA y en niños nacidos de madres haitianas consumidoras de drogas.

La enfermedad a partir de 1981, se extiende a Europa y se llega a cabo publicaciones que tratan sobre la aparición del primer caso confirmado, en cada uno de los países interesados.

En la República Federal de Alemania, aparece en 1981 descrita la enfermedad en dos pacientes, uno de ellos se había consultado en Nueva York con un dermatólogo en uno de los múltiples viajes a EE.UU., el otro, era un varón homosexual que había viajado a diferentes países.

En 1982, ~~aparecen~~ tres casos en Holanda, dos homosexuales varones que a su vez eran consumidores de drogas, y otro ciudadano americano que negó ser homosexual y que se clasificó como de orientación sexual desconocida.

Gran Bretaña tiene conocimiento de esta afección en 1980 (aunque publicado en diciembre de 1981), en un homosexual en Finlandia (2), Suecia (3), Noruega (2) y Dinamarca (13) - aparecen en 1983 y en su mayoría, homosexuales.

El primer caso observado en Francia, lo fue en julio de 1981, en un joven homosexual, si bien antes de 1980, por estudios retrospectivos pudieron diagnosticarse siete casos que correspondían a cuatro homosexuales. Un paciente oriundo de África Central y dos que se confesaron de hábitos homosexuales. Asimismo en Suiza se detecta un caso en 1980, que corresponde respectivamente a un homosexual del sexo masculino.

Los primeros casos en Italia, Irlanda y Austria aparecen más tardíamente (1982-1983) pero predominando, como factor de riesgo constante, la homosexualidad.

Recientemente, ha podido comprobarse la aparición de casos en Checoslovaquia, pese a que la propaganda de los países del Este establecían tratarse de una enfermedad propia de Norteamérica, donde a pesar del multinacional imperio de la medicina, acrecentado aún más, por la administración Regan, demasiado ocupado en la carrera armamentista y la aniquilación del cáncer revolucionario centroamericano, se olvidó voluntariamente de prestar atención a esta misteriosa enfermedad que está limpiando de homosexuales los Clubes "Gay" de Nueva York y San Francisco.

De forma similar, la enfermedad se ha implantado en Sudamérica, y a pesar de haberse considerado a los Japoneses indemnes, en julio de 1983, se describe el primer caso.

Esta breve historia, no supone a pesar de que el SIDA se reconoce y define en 1981, que no se hubiera presentado antes de 1978. Al menos -- tres casos fueron estudiados antes de esta fecha; el primero analizado por Heninggar, Vinijchaikul, Roque y Lyons, publicado en 1961 en el "Journal Clinical -- Pathology", corresponde a un varón de 49 años, heterosexual, negro Haitiano, -- que vivía en Brooklun (Nueva York) y que en 1959 fue diagnosticado de neumonía a Pneumocytis Carinii. A pesar de no haberse encontrado una inmunodeficiencia de base, es un hallazgo típico en el SIDA.

El segundo, no suficientemente dilucidado hasta ahora, fué publicado en "The Lancet" en 1960 por Williams Stretton y Leonard, y correspondía a un caso de una enfermedad transmisible, donde pudo comprobarse el padecimiento

de una citomegalia y un cuadro bronconeumónico a Pneumocytis Carinii. Su historia clínica de gingivitis, lesiones no irritantes en la piel, diarrea, sudores nocturnos, pérdida de peso y fiebre. Mas tarde, surgió una pequeña pápula en una de las fosas nasales. Es precisamente en abril de 1959, cuando ingresa en un hospital de Manchester, donde desgraciadamente no se diagnosticó correctamente, la lesión anal progresó implacablemente y la pápula nasal evolucionó hacia una úlcera crónica que erosionó el cartilago e invalidó el labio superior. Muere en septiembre de 1959.

El exámen histopatológico reveló células gigantes en los pulmones, típicas de inclusiones citomegálicas y quistes diseminados, propios de P. Carinii. Si bien el diagnóstico de SIDA no pudo establecerse en aqué entonces, lo inexplicable de la resistencia disminuída a la infección en un paciente que se encontraba bien previamente, a pesar de no conocer su orientación sexual todo parece indicar se trataba de un Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

El Tercero corresponde a una mujer de 57 años, procedente de Louisiana (EE.UU.) y que padecía de una P. Carinii diagnosticada en 1975, ocasionándole la muerte en 1979.

Estos tres casos y probablemente muchos otros que desgraciadamente no fueron tomados en consideración en su día, vienen a señalar hoy que el SIDA es una enfermedad.

El virus del SIDA, se habría originado en Africa, en base a - que en Africa Ecuatorial donde es endémico (enfermedad que se sufre habitualmente en el país), y donde el tipo de leucemia causada por este virus es más común. Al Caribe y Sur de Japón, llegaría a través de los esclavos procedentes de Africa, que fueron trasladados a estas zonas del mundo por traficantes portugueses. Como todo virus, sufriría mutaciones a lo largo de su evolución que originarían el SIDA. Esta mutación lo mas seguro también se habría producido en África, - ya que el problema del SIDA especialmente en Zaire, es en la actualidad, de unas proporciones alarmantes, superior a Nueva York y San Francisco. Pero con antelación al SIDA, era bien conocido que el Sarcoma de Kaposi, común en enfermedades de SIDA, se daba y se da en forma habitual en el Africa Central. A los EE. UU. se especula que entraría a través de la conexión con Haití, la Isla que era cita de verano de la comunidad homosexual norteamericana.

"Situación del SIDA en México, se han notificado 344 casos -- hasta el 5 de marzo de 1981, lo cual permite ubicar a nuestro país como el quinto en el Continente con mayor número de casos, este número es equivalente al no tificado en Oceanía"...(9).

Es importante considerar el flujo migratorio entre México y el país en donde se estima que existe un millón de infectados, al mismo tiempo dos Estados de la Unión Americana fronterizos a nuestro país (California y Texas) - ocupan el segundo y tercer lugar en número de casos.

"Desde que se informó el primer paciente con SIDA en 1981, -- hasta la fecha se han notificado a la Dirección General de Epidemiología un total de 407 casos. En el mes de abril de 1987, se notificaron 63 nuevos casos, de los cuales la mayoría incidió su padecimiento durante 1986. La frecuencia de casos por Entidad, es mayor en el Distrito Federal y Zonas Conurbadas (48%), siguiendo por los Estados de Jalisco y los de la Frontera Norte (Nuevo León, Coahuila, Baja California y Chihuahua). Doce pacientes residían en el extranjero, los Estados de Tabasco y Chiapas, son las únicas Entidades que no han reportado casos"... (10).

La distribución de casos, muestra que la mayoría (65%) pertenecen al grupo de 24 a 44 años de edad. Los casos pediátricos menores de 15 años, representan el 1%, la presencia por el sexo tiene una razón de un caso en mujeres por 24 hombres.

Los factores de riesgo identificados en los casos son el 91% tiene antecedentes de prácticas homosexuales o bisexuales; el 4.8% corresponde a factores hemofílicos; el resto corresponde a factores de adictos a drogas de administración intravenosa.

"Se han reportado a la Organización Mundial de la Salud 108176 casos de SIDA a nivel mundial, 78908 en América, 13214 en Europa, 14786 en --

Africa, 1004 en Oceanía y 264 en Asia (hasta el 31 de julio de 1988)... (11).

"En Europa los principales países que han notificado casos son: Francia (3,628), Alemania Federal (2,210), Italia (1,865), Reino Unido (1,598) y España (1,471). En Africa los países con mayor número de casos son Kenya (2,097), Burundi (1,408), Congo (1,258), Rwanda (987) y Malawi (583). México ocupa el 14 lugar en cuanto a número de casos a nivel mundial. En América el 4 lugar después de Estado Unidos (69,085), Brasil (2956) y Canadá (1,809). Hasta el primero de Agosto de 1988, se han notificado a la Dirección General de Epidemiología 1,628 casos de SIDA; durante el último mes se notificaron 63 casos nuevos, la mayoría de los cuales iniciaron su padecimiento durante 1987. La tendencia de los casos es ascendente en todas las Entidades del País, aunque en el Distrito Federal concentra 552 casos de SIDA, con una Tasa de incidencia acumulada de 55.6% casos por un millón de habitantes, el porcentaje de casos de SIDA en esta Ciudad, es ahora de 34.1%. El 64.6% de los casos de esta Enfermedad se presentan en provincia y este porcentaje muestra una tendencia mas acelerada que en el Distrito Federal. Los Estados de la Región Norte del País concentran el 15.9% de los casos, con tasas que varían de 39.1 casos por un millón de habitantes en Baja California hasta 7.5 en Sonora. En conjunto en esta región se han reportado 258 casos con una tasa de 20.7. En esta región centro occidente se ha reportado 399 casos que representan el 24.7 de todos los casos con una Tasa de 20.9 por millón de habitantes; Jalisco concentra 227 con una tasa de 45.6 muy cercana a la del D.F. La región centro oriente ha notificado 293 casos (18.1%) con una tasa de 10.4. El Estado de México concentra 125 con una tasa de 12.3. Los Estados de la Región Sur, han reportado 95 casos (5.9%) con una tasa de 11.4. Las entidades con mayor riesgo de SIDA expresado en tasas son el D.F., Jalisco, Baja California, Morelos, Coahuila y Yucatán..." (12).

11. Boletín Mensual del Sida, Op. cit. núm. 8, Agosto de 1988. pág.388

12. Boletín Mensual del Sida, Op. cit.

I.3. FORMAS DE TRANSMISION DEL SIDA.

El SIDA, es una enfermedad contagiosa y existen cuatro mecanismos básicos de transmisión del VIH a saber:

1. "A través del contacto sexual en el que existe intercambio de líquidos corporales (semen y/o sangre). (13).

Actualmente esta enfermedad amenaza a toda la población, -- hombres, mujeres, niños y adultos e incluso se han identificado como los grupos de mayor riesgo, aquellos que, por tratarse de gente joven que se encuentra en plena etapa reproductiva, pues tienen mayor capacidad y necesitan de relaciones sexuales más frecuentes, sobresaliendo de entre esta población los varones homosexuales, pero sin que sea esta enfermedad propia de este grupo, encontrando la explicación a esta circunstancia en gran parte a la anatomía humana, pues, mientras en una relación sexual normal el contacto es pene-vagina, en una relación homosexual es pene-ano y a diferencia del ano, la vagina está recubierta con un grueso epitelio que responde a su función natural evitando las lesiones, además de la natural lubricación y que no es un tejido de absorción, mientras que el ano comúnmente es una relación homosexual, se lesiona (incluso el órgano que lo penetra) facilitando con ello el contacto sangre-sangre o sangre-semen y sumando a ello que el ano es un tejido de absorción que facilita aún más la incorporación del virus al organismo.

-
13. BENITO GONZALEZ DEL RIO, SIDA: Un esfuerzo mundial lo vencera, UNAM, Dirección General de Servicios Médicos, Información Básica para el Estudiante Universitario, pág.9

Es posible que la infección por el virus VIH se haga a partir de linfocitos (globulos blancos) infectados y presentes en el esperma o en las secreciones vaginales que pasan a través de una herida a la corriente sanguínea del eventual receptor.

2. "Por exposición a sangre contaminada o sus componentes, - bien sea mediante la transfusión o por uso de agujas contaminadas." (14).

En los adictos a las drogas de administración intravenosa, la transmisión se realiza cuando se comparte agujas o jeringas de personas infectadas por este virus y que no son esterilizadas correctamente; por transfusión de sangre o sus derivados que provengan de donadores infectados.

3. "Perinatal, de una madre infectada a su hijo, a través de la placenta y muy probablemente a través de la lactancia materna y,

4. Mediante el trasplante o injerto de tejidos y órganos - pertenecientes a personas infectadas." (15).

I.4. GRUPOS SOCIALES MAYORMENTE EXPUESTOS AL CONTAGIO DEL SIDA.

No es nuestra intención plantear en este trabajo los interresantísimos problemas y cuestiones que, desde el punto de vista médico, sugieren el padecimiento. Ello rebasa, con mucho nuestros conocimientos y - -

14. CONASIDA, Información sobre el Sida para el Público en General, Secretaría de Salud- Subsecretaría de Servicios de Salud, Dirección General de Epidemiología.

15. BENITO GONZALEZ DEL RIO, Op. cit. pág. 9

debe ser motivo de análisis por quienes se ocupan de tales temas.

Sin embargo, no debe dejarse el problema social y, en especial, lo relacionado con el derecho penal, que el SIDA conlleva ya que basta estar atento a las informaciones que diferentes medios de comunicación han proporcionado, para captar que se está presentando un cambio en la mentalidad de muchas personas respecto del modo adecuado socialmente de tratar a ciertos grupos sociales, que es posible que el Código Penal, tal como ahora lo tenemos carezca de elementos necesarios para afrontar problemas reales de afectación a bienes jurídicos que son plenamente reconocidos y aceptados como merecedores de tutela, como mas adelante lo estudiaremos.

Lo anterior significa que debe, en primer lugar, verse el problema social que el SIDA representa y, en segundo lugar plantearnos como el Derecho Penal puede ayudar a resolver, dentro de su marco especial de orientación de las conductas, las facetas penales que se originan.

El primer tema mencionado no es estrictamente jurídico, pero creemos que el derecho penal está ligado y vinculado en forma tan estrecha con el pensamiento y actitudes sociales, que si queremos tener un sistema penal formal y sustancialmente equilibrado, hay que estar siempre conscientes de que la sociedad es la que determina que, cuando y como debe funcionar los instrumentos de tipo preventivo, general y especial, que son atributos del derecho penal. Un sistema penal despegado de estas características, se torna en un simple órgano de represión, sin mas contenido que el de limitar y atemorizar a los Ciudadanos.

Lo vinculante del SIDA con las cuestiones penales, visto --
ello desde el enfoque sociológico, es según nuestra manera de pensar, el caso
de los llamados grupos de alto riesgo, en los que el padecimiento se ha manifes-
tado con mayor severidad y sus especiales comportamientos.

- "Los casos de S.I.D.A. que se han presentado pertenecen solo
a los grupos de población con alto riesgo que son:
- Hombres homosexuales o bisexuales
 - Drogadictos por vía intravenosa.
 - Pacientes transfundidos con sangre o sus derivados contaminados.
 - Niños nacidos de madres infectadas.
 - Contactos heterosexuales de personas infectadas con el VIH." (16).

De estos grupos los pacientes transfundidos con sangre o sus
derivados contaminados (hemofílicas), y los niños nacidos de madres infectadas,
que evidentemente no tienen relación alguna con cuestiones de tipo jurídico; se
trata en estos casos de personas que pueden resultar socialmente muy dañadas -
si llegan a padecer SIDA, porque la gran masa ha identificado el padecimiento
que son normalmente objeto de rechazo o de repudio por su conducta desviada.
Estos dos grupos antes mencionados no tienen nada en común con los otros grupos,
como no sea la incidencia en ellos de la enfermedad del SIDA y, pueden ser re-
chazados porque la sociedad no se interesa en investigar detalles, sino enjuici-
cia, y condena globalmente aún cuando con notoria injusticia, como en estos ca-
sos.

Los otros tres grupos, en cambio, si están integrados por -
individuos que en cierta forma, se apartan de los patrones de conducta social-
mente tolerados. La homosexualidad y la bisexualidad no son comportamientos -
apreciados, porque la sociedad tiene como conceptos normales la heterosexuali-

dad exclusiva, pues es la que permite la formación de una pareja con fines de integración familiar. Algo distinto es considerado como anormal socialmente, aún cuando no significa que con ello se caiga en el campo de lo ilícito, pues es bien sabida la resistencia del derecho penal a penetrar a las esferas de la intimidad. Esta reserva es la que, como ya se dijo antes, hace que la bisexualidad discreta y también consentida no tenga contenido de ilícito penal.

Los drogadictos o farmacodependientes, si caen en forma definitiva en la esfera del penal, sea para quedar sometido a medida de seguridad o a una sanción en ciertos casos. No hay duda, creemos, de la estrecha relación que se establece entre la necesidad de drogas o fármacos del dependiente y la comisión de hechos delictuosos, sea para allegarse los medios para satisfacer la necesidad, o porque en el estado alterado producido por la droga, se pierda la autocrítica y se alteren los patrones de orientación de la conducta. Es mucho lo que se ha dicho y escrito acerca de esta relación entre droga y delito, para que en este estudio abundemos al respecto. Lo cierto e indudable es la existencia de tal vinculación.

Siguiendo este orden de ideas, parece incuestionable que la aparición del SIDA produjo un nuevo fenómeno social, ya que a esos grupos de riesgo, los hemofílicos antes se les toleraba o aceptaba. En cambio ahora son rechazados y marginados no solo por la sociedad que, mayoritariamente, es diferente a ellos, sino que dentro de los grupos que ellos mismos integran, -- se presenta posiciones de rechazo y exclusión.

La promiscuidad sexual, que fue un supuesto gran avance en la liberación de tabués, es ahora cuestión de grave alarma, porque se pierde totalmente la seguridad e higiene de la pareja y esto está trayendo como consecuencia inmediata que entre los homosexuales masculinos se trate de obtener la identificación de una nueva pareja en la relación permanente.

Es obvio que el miedo al contagio, por la simple razón de formar parte de esos grupos de alto riesgo, habrá de transformar los comportamientos individuales; ahora se tratará de alcanzar una seguridad en la salud, para no elevar el margen de riesgo y encontrar acomodo en otras facetas de la vida.

No deja de ser igual la actitud de los heterosexuales, médicos o paramédicos, que tienen bajo su cuidado y atención a enfermos de SIDA. Ellos mismos están tratando de no participar en forma alguna, por el temor a caer también en alguna forma al contagio.

Se ha dicho en múltiples ocasiones que el medio de transmisión de la enfermedad es por medio de la sangre o el semen; esto muchas veces repetido no tranquiliza a nadie, porque todavía la enfermedad tiene areas obscuras, y ello se traduce a que frente a las dudas razonable o irrazonables, pero al fin humanas, se presentan formas de comportamiento diferentes a como se dan en otras circunstancias en que el riesgo de contagio existe, pero es afrontado por el personal médico o paramédico. Estamos, se insiste, ante un fenómeno social novedoso y las reacciones tienen que entenderse y valorarse bajo esta perspectiva.

C A P I T U L O I I

LA SECRETARIA DE SALUD Y EL CONASIDA

El 24 de Agosto de 1988, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el que se crea el Consejo Nacional para la Prevención y control del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (CONASIDA), firmado el 19 de agosto por el entonces Presidente de la República Mexicana, Miguel de la Madrid Hurtado, el Secretario de Programación y Presupuesto Pedro Aspe Armella y por el Secretario de Salud, Guillermo Soberón Acevedo, respectivamente.

2.1. NATURALEZA JURIDICA.

Iniciaremos este apartado precisando el significado de la palabra naturaleza:

"Definición etimológica: del Latín natura, lo que pertenece a la naturaleza.

Definición gramatical. 1. Esencia y propiedad característica de cada ser. 2. Estado natural del hombre, por oposición al estado de gracia (el bautismo nos hace pasar del estado de naturaleza al estado de gracia). 3. Conjunto, orden y disposición de todas las entidades que componen al universo. 4. En sentido moral, luz que nace con el hombre y le hace distinguir el bien con el mal. 5. Principio universal de todas las operaciones naturales e independientemente del artificio, en este sentido los filósofos la contraponen al arte. 6. Virtud, calidad o propiedad de las cosas. 7. Fuerza o poder natural como contrapuesta a lo so

brenautral y milagroso. 8. Indole, temperamento. 9. Clase, espacio, género." (17).

Como vemos el lenguaje corriente y científico hacen converger sobre esta palabra, en los sentidos mas diversos; es una manifestación de la naturaleza humana alude al principio que tiende a la realización del tipo humano, es el derecho que resulta de la naturaleza. La naturaleza para los griegos, medievales e incluso iusnaturalistas modernos designa lo auténtico, el verdadero ser.

En relación a nuestro tema, es importante destacar la significación de la naturaleza jurídica de una institución al respecto de la cual - en la Enciclopedia Jurídica Omeba se expresa que al tratar de precisarla han de buscarse las propiedades necesarias y suficientes para poder definirla, en este caso se habla de instituciones tales como los contratos, sin embargo por su similitud usaremos los conceptos o consideraciones aquí vertidas para desarrollar nuestro estudio.

"La naturaleza jurídica de una Institución se plasma en su definición y existen por lo menos dos tipos de definiciones en materia jurídica y en función de ellas pueden atribuirse dos significados a esta expresión: a veces designa el conjunto de rasgos que permiten identificar la institución distinguiendola de las demás de manera fácil y rápida permitiendo así su manipulación práctica, su correlato lógico (representado por inscripciones), fórmulas que dan el conocimiento mismo de alguna cosa por los accidentes que le son propios y que la determinan suficientemente para dar de ella alguna idea que la distinga de las demás.

17. Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Selecciones del Readers Digest, Tomo VIII, Editorial Reader's Digest de México, S.A. de C.V. pág. 2591.

Otras veces indican aquéllos rasgos que son necesarios y suficientes para comprender la presencia de los demás y para expresar el comportamiento de las instituciones, su correlato lógico es la definición." (18).

"La naturaleza jurídica de una Institución no se refiere a la institución efectiva, sino a la constituida por la regulación jurídica abstrayendo ciertos rasgos a partir de aquélla. Lo dogmático extrae de la naturaleza de las cosas los elementos reales que permiten elaborar una definición de la institución jurídica, es decir que permiten desarrollar su naturaleza jurídica." (19).

Como podemos apreciar remontándonos a las consideraciones -- anotadas anteriormente, tratar de precisar el significado de la palabra naturaleza es una ardua labor por su polivalencia conceptual, sin embargo al limitar su significación a la naturaleza de un objeto de estudio determinado, debemos dirigirnos a la búsqueda de la esencia, de sus cualidades o propiedades que lo caracterizan y distinguen de otros.

En el presente caso, como el fin de este trabajo es precisar la naturaleza jurídica del CONASIDA, en el espacio siguiente desarrollaremos aquellos rasgos principales que lo caracterizan, conforman y distinguen de otros. Iniciaremos con el tema de la desconcentración administrativa, pues al tenor del artículo 10. del decreto que crea el CONASIDA (publicado en el Diario Oficial con fecha 24 de agosto de 1988), es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud.

18. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XX, Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina 1978, pág. 78

19. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Op. cit. pág. 79.

La materia de la desconcentración administrativa se rige por las disposiciones aplicables del Reglamento Interior de cada Secretaría o Departamento Administrativo, en este caso de la Secretaría de Salud, ello sin perjuicio de lo dispuesto por el ordenamiento específico (decreto presidencial) que ha dado origen al órgano.

El Reglamento Interior de la Secretaría de Salud en relación a lo anterior, estipula en su artículo 20 que: "Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de la Secretaría, ésta contará con los órganos administrativos desconcentrados por función que le estarán jerárquicamente subordinados y gozarán de autonomía operativa."

Los órganos administrativos desconcentrados por función, además de las facultades que este reglamento les confiere tendrán las específicas para resolver sobre determinadas materias o para la presentación de los servicios que se determinen en cada caso, de conformidad con el instrumento jurídico que lo rijan, el cual deberá ser publicado en el Diario Oficial de la Federación.

De acuerdo con las disposiciones relativas, el Secretario podrá revisar, reformar, modificar y revocar en su caso las disposiciones dictadas por el órgano desconcentrado.

En México, se han creado numerosos órganos desconcentrados, bajo diversas formas y denominaciones, en algunos casos incluso sin determinar adecuadamente el régimen al que corresponden ya que se les acerca demasiado a la descentralización o se les reducen sus facultades hasta colocarlas en la

órbita de la centralización, así podemos encontrarlos bajo diferentes denominaciones, como las siguientes: Instituciones, Juntas, Institutos, Consejos, Patronatos, Comisiones, etc., en el caso de CONASIDA, ha sido denominado un Consejo.

El Maestro Serra Rojas señala: "La desconcentración administrativa, es una forma de organización administrativa en la cual se otorga al órgano desconcentrado mediante un acto materialmente legislativo (Ley o Reglamento), determinadas facultades de decisión y ejecución (limitadas) que le permitirá actuar con rapidez eficacia y flexibilidad, así como tener un manejo autónomo de su presupuesto, disminuyendo relativamente su relación de jerarquía y subordinación con el órgano superior centralizado, sin que ello implique la destrucción de esta relación, sino solo la adquisición de ciertas facultades o poderes que sin embargo no llegan a significar una verdadera autonomía." (20).

Jorge Olivera Toro define a la desconcentración como: "Una forma de organización administrativa en la que se manifiesta la tendencia hacia la distribución de competencias de la Administración Pública, para realizar un proceso funcional que destaque la unidad y eficacia; si este reparto se hace dentro de la misma persona jurídica estatal dándole ciertas facultades para la actuación y decisión a sus órganos, surge la desconcentración que es un reparto de competencias entre órganos de la misma persona jurídica, pública, ejerciendo su competencia con determinadas modalidades que son las que originan la desconcentración." (21).

Francis Paul-Benoit, en relación a la desconcentración expresa... "consiste en conferir ciertas competencias a colaboradores del ministro pero sin afectar el segundo elemento constitutivo de la centralización a saber, la subordinación de estos agentes respecto al ministro. Incluso desconcentrada la estructura permanece centralizada, pues estos agentes actúan a título de representantes de la autoridad central y bajo su dirección". (22).

-
20. ANDRES SERRA ROJAS, Derecho Administrativo Tomo I, 12a. Edición, Editorial Porrúa, México 1983, pág. 500
 21. JORGE OLIVERA TORO, Manual de Derecho Administrativo, 4a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1976, pág. 298.
 22. FRANCIS PAUL-BENOIT, Derecho Administrativo Frances, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, España 1977, pág. 125.

De las definiciones anteriormente citadas, podemos distinguir como característica de un órgano desconcentrado las siguientes:

- Que son creados por la Ley, Reglamento o Decreto.
- Que comúnmente se ubican dentro de la Administración Pública centralizada, -- aunque en nuestro país existen órganos descentralizados que desconcentran territorial o periféricamente sus servicios.
- Que dependen de la Presidencia o de alguna Secretaría o Departamento de Estado (tomando en cuenta la excepción arriba anotada).
- Que su competencia deriva de las facultades de la Administración Central.
- Su relación jerárquica con el Órgano Superior se atenúa, pero se reserva am -- plias facultades de mandó decisión, vigilancia y competencia.
- El Órgano del cual depende está facultado para dirigir u orientar su política y desarrollo, por ello las decisiones más importantes dependen de ésta.
- Cuenta su autonomía técnica.
- Puede gozar de manejo autónomo de su presupuesto, aunque en doctrina no les -- reconoce esta facultad.
- Su patrimonio es el mismo de la Federación aunque por excepción puede tener -- lo propio.
- Pueden tener personalidad jurídica propia.
- Las relaciones entre el Órgano desconcentrado y superior son directas, normal -- mente a través del Órgano correspondiente.
- No puede tratarse de un Órgano Superior.
- Tiene organización Jurídica propia.
- Solo pueden suprimirse sus atribuciones mediante un acto igual al que lo creó.

- Por ser sus atribuciones desconcentradas de carácter irrenunciable, sus titulares son igualmente responsables que los de los Organos superiores.
- Deben ejercer sus atribuciones desconcentradas atendiendo a la materia específica.

Precisando, podemos anotar que el CONASIDA, es un Organó Desconcentrado, dependiente de la Secretaría de Salud (Organó Centralizado), que al tenor del decreto presidencial que lo crea, no cuenta con personalidad jurídica y cuya competencia deriva de las facultades de la Administración Central.

Su objeto, es promover, apoyar y coordinar a nivel nacional, - las acciones del sector público, social y privado, tendientes a combatir el SIDA. Está constituido para el cumplimiento de sus funciones por un Organó Colegiado (el Consejo) que será presidido por el Secretario de Salud y/o el Coordinador General en las ausencias del primero, mismo que será apoyado por un Patronato que contribuirá a la obtención de recursos que permitan un adecuado funcionamiento del Organó, entre otras facultades.

Como Organó dependiente que es de un superior centralizado, - éste se reserva amplias facultades de mando, revisión, decisión, nombramiento y revocación.

Cuenta con organización jurídica propia, que se integra por - las disposiciones relativas del Reglamento Interior de la propia Secretaría de Salud; por lo estipulado en el decreto que le da origen, así como por lo que dispongan las Bases de Organización y funcionamiento que el propio Consejo expida, - acuerdos y normas técnicas que al efecto se expidan.

En el capítulo siguiente, ampliaremos lo relativo a la labor real de este Organó desconcentrado, una vez que tenemos por definida su naturaleza jurídica.

2.2. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Constitución Mexicana, es obra de una Asamblea Constituyente reunida en Querétaro el 1º de diciembre de 1916, como resultado de la convocatoria del 19 de Septiembre del mismo año, ésta fue hecha por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos. La Constitución fue expedida el 5 de febrero de 1917 y puesta en vigor el 1º de mayo del mismo año.

"Se entiende por Constitución, Orden Jurídico que constituye el Estado, determinando su estructura política, sus funciones, características, los poderes encargados de cumplirlas, los derechos y obligaciones de los Ciudadanos y el sistema de garantías necesarias para el mantenimiento de la legalidad." (23).

De acuerdo a esta definición, la Constitución contiene los principios fundamentales del derecho público de un Estado por medio de los cuales se ordena la vida social y facilita la realización de sus fines. La armonía constitucional se logra cuando las normas se relacionan vitalmente con la naturaleza de la sociedad en que existe; cuando los principios se deriva el Orden Jurídico Nacional manteniendo la debida unidad, fortaleciendo así las estructuras constitucionales.

23. RAFAEL DE PINA, Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México 1981, pág. 173

"Nuestra constitución se caracteriza fundamentalmente por ser una Constitución escrita, rígida y normativa. Es escrita, toda vez que está contenida en forma expresa en los textos elaborados y aprobados por el Poder Constituyente ." (24).

"La intangibilidad de la Constitución en relación con los poderes constituidos significa que la Constitución es rígida." (25).

La rigidez de una Constitución, proviene por lo tanto de que ningún poder constituido especialmente legislativo puede tocar la Constitución y que para su reforma requiere una tramitación especial, distinto del procedimiento legislativo ordinario.

"Es normativa porque para ser real y efectiva tendrá que ser observada por todos los interesados y estar integrada en la Sociedad Estatal." (26).

La Constitución Mexicana comprende además dos partes, que son: La parte Dogmática y la parte Orgánica.

"La parte dogmática, es aquella parte de la Constitución que hace relación a los derechos en general, condiciona a la situación del individuo frente al Estado." (27).

La parte dogmática, comprende el capítulo primero de la Constitución, que comprende veintinueve artículos, que se refieren a las garantías individuales.

24. ANDRES SERRA ROJAS, Ciencia Política, Editorial Porrúa, Séptima Edición, - México, D.F. 1983. pág. 531.

25. FELIPE TENA RAMIREZ, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, - 19ª Edición, México 1983, pág. 13.

26. ANDRES SERRA ROJAS, Op. cit. pág. 531

27. ANDRES SERRA ROJAS, Op. cit. pág. 531

"La parte orgánica de la Constitución precisa la forma como se estructuran y funcionan los órganos del Estado." (28).

Es propiamente hablando el poder estructural del Estado para darse la organización que mas conviene al cumplimiento del fin y a la realización de los servicios públicos.

La jerarquía del orden normativo en nuestro sistema es el siguiente:

- " - La Constitución
- El Tratado Internacional y la Ley Federal
- La Ley Ordinaria
- El Decreto (CONASIDA)
- El Reglamento
- Las Normas Jurídicas Individuales " (29).

2.2.1 ARTICULO 4º PARRAFO TERCERO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (LA PROTECCION A LA SALUD.)

El día 3 de febrero de 1983, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el cual se adiciona con un párrafo - el artículo 4º de la Constitución Mexicana, en el que se consagró con una norma constitucional del derecho a la protección de la salud, al establecer 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 la 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 la Constitución."

23. ANDRÉS SERRA ROJAS, Op. cit, pág. 531

29. GUSTAVO CARBAJAL MORENO Y COLS. Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., 20ª Edición, México 1981, págs. 55 y 56.

Hay cierto tipo de padecimientos que afectan en forma grave la salud personal y, además, implican un riesgo social por la dificultad para la prevención y la curación. Entre estos padecimientos pensamos que está el SIDA, que es, hasta la fecha, incurable, una vez que se desarrolla en el organismo contagiado.

El derecho a la protección de la salud tiene como objeto principal garantizar el acceso a los servicios de salud que permitan el mantenimiento o restauración de dicho bienestar.

El legislador ha considerado necesario proteger la salud de todos y cada uno de los habitantes sin distinción ni diferenciación alguna. Por el hecho de estar vivos, los habitantes de nuestra nación tienen una salud que requiere de protección. Estamos así frente a aquellos casos en los que ciertos tipos penales se refieren, como objeto de la tutela jurídica a una salud entendida en forma amplia y genérica, que será analizado posteriormente al contemplar el artículo 199 Bis del Código Penal para el Distrito Federal.

Para expresar mas concretamente nuestra posición, es conveniente considerar lo siguiente:

El Estado tiene la obligación de aportar todos los medios y esfuerzos necesarios para conservar y mejorar las condiciones de salud de las personas, porque ello permite un mejor desarrollo de la sociedad.

La salud interesa desde el aspecto amplio y restringido; esto significa que es importante para toda sociedad ser saludable como conjunto y, además individualmente, porque es obvio y evidente que la salud colectiva depende de la salud personal.

Con base en estas ideas, el Estado toma las medidas necesarias para evitar riesgos a la salud, creando para ello los dispositivos y -- mecanismos adecuados para evitar daños y conservar lo que de bueno haya ; en otras palabras, estos medios funcionan en forma preventiva y, al mismo tiempo curativa. Como se dice en la actualidad la mejor medicina es la preventiva.

Ahora bien, el derecho a la protección a la salud se ha establecido con los siguientes propósitos:

"1.- Lograr el bienestar físico y mental del mexicano, contribuyendo el Estado al ejercicio pleno de sus capacidades humanas; 2. Prolongar y mejorar la calidad de vida en todos nuestros sectores sociales, sobre todos los mas desprotegidos a quienes es preciso otorgar los valores que conyuyen a la creación, conservación y disfrute de -- condiciones de salud que contribuyan al desarrollo armónico de la so - ciedad; 3. Crear y extender, en lo posible, toda clase de actitudes so - lidarias y responsables de la población, tanto en la preservación y -- conservación de la salud, como el mejoramiento y restauración de las - condiciones generales de vida, con la idea de lograr para el mexicano una existencia decorosa; 4. El disfrute de servicios de salud y de asis - tencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de nuestra población; 5. Impulsar los conocimientos técnicos y sociales para el adecuado aprovechamiento y empleo de los servicios de salud; - y 6. Desarrollar la enseñanza e investigación científica y tecnológica para la salud.

Con base en estas finalidades ha sido elaborado un ambicio so programa de salud que busca proporcionar tales servicios a toda la población, en permanente superación y mejoría de su calidad..." (30).

-
30. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Rectoría del Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, Editado por la - - UNAM, 1985, págs. 12 y 13.

2.2.2 FRACCION XVI DEL ARTICULO 73 CONSTITUCIONAL.

La fracción XVI del Artículo 73 Constitucional dice:

"Artículo 73. El Congreso tiene facultad...

...XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la república:

1a: El Consejo de salubridad general dependerá directamente del Presidente de la República sin intervención de ninguna secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, el departamento de salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país.

4a. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan. " (31)

Del artículo que se comenta se desprende la facultad del - congreso de expedir las leyes relativas a la salubridad general de la repú - blica tomando en cuenta las premisas que el párrafo 3º del artículo 4º - - Constitucional consigna en el sentido de que toda persona tiene el derecho - a la protección de la salud, factor que hace concurrir a la federación y a - las Entidades federativas.

31. Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa S.A. México 1985, págs. 60 y 61.

Siguiendo este hilo de razonamientos, hay cierto tipo de padecimiento que afecta en forma grave la salud, y que está implicando un riesgo social por la dificultad de su prevención y curación. Este padecimiento que es el SIDA, que hasta la fecha, es incurable, una vez que se desarrolla en el organismo contagiado.

El Estado tiene la obligación de aportar todos los mecanismos y esfuerzos necesarios para conservar y mejorar las condiciones de la salud de las personas, porque ello permite un mejor desarrollo de la sociedad.

2. 3. LEY GENERAL DE SALUD.

La actual ley general de salud fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984 y puesta en vigor el 1º de Julio del mismo año, derogó el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ley mencionada de acuerdo a lo establecido en su artículo 1º 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 acto de los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la república y sus disposiciones son de orden público y de interés social. (32).

32. Ley General de Salud, México, Editorial Andrade, S.A., Edición primera 1986.

Para efectos de nuestro estudio, hacemos el comentario de esta Ley, para analizar como se encuentra reglamentado el SIDA y que disposiciones le son aplicables y por el otro lado conocer las facultades que tienen las autoridades sanitarias respecto a este padecimiento, asimismo precisar las obligaciones de que son objeto los diferentes sectores sociales para abatir el problema.

El SIDA, es una enfermedad causada por el virus VIH y es transmisible, por lo que se encuentra en lo previsto en el Capítulo II, Título Octavo, denominado, "Enfermedades Transmisibles", cuyo artículo 134 - fracción XIII establece:

"La Secretaría de Salud y los Gobiernos de las Entidades Federativas, en sus respectivos ambitos de competencia, realizarán actividades de vigilancia epidemiológica, de prevención y control de las siguientes enfermedades transmisibles...

...XIII. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)..."

Dicha fracción fue incluida en la Ley mediante reforma de la misma por el Decreto de 28 de Abril de 1987, debido a la urgente necesidad que la enfermedad representa.

Ahora bien, siendo el SIDA una enfermedad transmisible, es considerada por la propia Ley materia de salubridad general tal como lo contempla el artículo 3, fracción XV al señalar que:

"En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general...
...XV.- La prevención y control de enfermedades transmisibles.

Esta enfermedad merece la atención prioritaria, debido a su fácil propagación y lo difícil para detectarla, por lo que la prevención y control vienen siendo uno de los objetivos fundamentales, como lo regula el artículo 27 fracción II, al señalar que:

"Para los efectos del derecho a la protección de la salud se consideran servicios básicos de salud los referentes a...

... II.- La prevención y control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria de las no transmisibles no frecuentes y de los accidentes."

En otro orden de ideas la Ley General de Salud, señala -- atribuciones a las autoridades sanitarias, mismas que consisten en llevar a cabo acciones tendientes a difundir y mejorar los servicios de salud en el -- país.

"El artículo 4 de la ley general de salud, nos indica cuales son consideradas autoridades sanitarias al considerar que:

Son autoridades Sanitarias:

- I.- El Presidente de la República.
- II.- El Consejo de Salubridad General
- III.- La Secretaría de Salud, y
- IV.- Los Gobiernos de las Entidades Federativas, incluyendo el del -- Distrito Federal. "

Dentro de las facultades que la Ley otorga en materia de Salubridad General al Presidente de la República, se encuentran enumeradas en el artículo 13, inciso A, en las fracciones que a continuación mencionaremos por apegarse más a nuestro estudio y que son:

"La competencia entre la Federación y las Entidades Federativas en materia de Salubridad General quedará distribuida conforme a lo siguiente...

A. Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud;

I.- Dictar las normas técnicas a que quedará sujeta la prestación, en todo el territorio nacional, de servicios de salud en materia de salubridad general y verificar su cumplimiento;

II.- Organizar y operar los servicios de salud a su cargo y en todas las materias de salubridad general, desarrollar temporalmente acciones en las entidades federativas, cuando éstas se lo soliciten de conformidad con los acuerdos de coordinación que se celebren al efecto;

III.- Promover, orientar, fomentar y apoyar las acciones en materia de salubridad general a cargo de los gobiernos de las entidades federativas, con sujeción a las políticas nacionales en la materia...

... VII.- Coordinar el Sistema Nacional de Salud.

Estas son, entre otras, algunas de las facultades reservadas al Ejecutivo Federal, que como ya dijimos las ejerce por conducto de la Secretaría de Salud.

Con lo expuesto anteriormente, la Secretaría de Salud ha dictado las Normas Técnicas pertinentes en relación a la enfermedad que nos ocupa, destacando entre ellas el SIDA.

El Consejo de salubridad general, es un Organó que depende directamente del Presidente de la República y que tiene como finalidad de -- acuerdo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley, llevar a cabo estudios de investigación científica y estadísticas respecto de las distintas -- enfermedades, así como servir de consejero a las distintas áreas de análisis incluyendo el área jurídica proponiendo en este sentido propuestas y reformas adicionales a la ley.

"Compete al Consejo de Salubridad General...

... III.- Opinar sobre programas y proyectos de investigación científica y de formación de recursos humanos para la salud.

IV.- Opinar sobre el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicas o auxiliares y especialidades que requiere el desarrollo nacional en materia de salud...

... VI.- Participar en el ámbito de su competencia, en la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud...

... VIII.- Analizar las disposiciones legales en materia de salud y formular propuestas de reformas o adiciones a las mismas...

Estas son algunas de las facultades del Consejo de Salubridad General y que se apegan mas a nuestro estudio.

Por lo que respecta a la Secretaría de Salud, a esta le corresponde fundamentalmente vigilar el estricto cumplimiento de la Ley en estudio, tal como lo especifica la fracción IX del artículo 13 inciso A, que dice:

"IX.- Ejercer la coordinación y vigilancia general del cumplimiento de las disposiciones de esta ley y demás normas aplicables en materia de Salubridad General."

Mencionaremos algunas facultades que la Ley le confiere a la Secretaría de Salud:

"La coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud..."

La Secretaría de Salud, auxiliará, cuando lo soliciten los Estados, en las acciones de descentralización a los municipios que aquéllos lleven a cabo.

La Secretaría de Salud, promoverá la participación en el tema Nacional de Salud, de los prestadores de servicios de salud de los sectores público, social y privado, así como de sus trabajadores y de los usuarios de los mismos, en los términos de las disposiciones que al efecto se expidan.

La Secretaría de Salud coordinará sus actividades con otras dependencias y entidades públicas y con los gobiernos de las entidades federativas, para la investigación y control de las enfermedades transmisibles.

Los trabajadores de la salud de la Secretaría de Salud y de los Gobiernos de las entidades federativas y las de otras instituciones autorizadas por las autoridades sanitarias mencionadas, por necesidades técnicas de los programas específicos de prevención y control de enfermedades y por situaciones que pongan en peligro la salud de la población, podrán acceder al interior de todo tipo de local o casa habitación para el cumplimiento de actividades encomendadas a su responsabilidad, para cuyo fin deberán estar debidamente acreditadas por alguna de las autoridades sanitarias competentes, en los términos de las disposiciones aplicables.

La Secretaría de Salud establecerá las normas técnicas para el control de las personas que se dediquen a trabajos o actividades, mediante las cuales se pueda propagar alguna de las enfermedades a que se refiere esta ley.

A los gobiernos de las entidades federativas la ley también le fija facultades y éstas se encuentran determinadas en el inciso B, artículo 13 que establece:

"B.- Corresponde a los Gobiernos de las entidades federativas, en materia de salubridad general, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales:

I.- Organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de Salubridad General...

II.- Coadyuvar a la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, y planear, organizar y desarrollar sistemas estatales de Salud, procurando su participación programática en el primero...

...VI.- Vigilar en la esfera de su competencia el cumplimiento de esta ley y demás disposiciones aplicables..."

De todo lo anterior se desprende que las facultades conferidas a las autoridades sanitarias persiguen consolidar un Sistema Nacional de Salud, donde todas y cada una de ellas en sus respectivos ámbitos de competencia y participación, coadyuvan al establecimiento de mejores servicios de salud en el país.

Siguiendo este hilo de razonamientos, la ley incluye en sus preceptos a las personas que tengan conocimiento de la existencia de enfermedades transmisibles. Que al respecto la ley dice:

"...IV.-En un plazo no mayor de veinticuatro horas, de los primeros casos individuales de las ~~de~~ enfermedades transmisibles que se presenten en un área no infectada.

Asimismo, será obligatoria la notificación inmediata a la autoridad sanitaria más cercana, de los casos en que se detecte la presencia del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o de anticuerpos a dicho virus de alguna persona.

Están obligadas a dar aviso, en los términos del artículo-- 136 de esta ley, los jefes o encargados de laboratorios, los directores de unidades médicas, escuelas, fábricas, talleres, asilos, los jefes de oficina, establecimientos comerciales o de cualquier índole y, en general, toda persona que por circunstancias ordinarias o accidentales, tenga conocimiento de alguno de los casos de enfermedades a que se refiere esta Ley.

Las autoridades no sanitarias cooperarán en el ejercicio de la acción para combatir las enfermedades transmisibles, estableciendo - las medidas que estimen necesarias, sin contravenir las disposiciones - de esta ley, las que expida el Consejo de Salubridad y las normas técnicas que dicte la Secretaría de Salud.

Los profesionistas, técnicos y auxiliares de la salud, al tener conocimiento de un caso de enfermedad transmisible, están obligados a tomar las medidas necesarias, de acuerdo con la naturaleza y características del padecimiento, aplicando los recursos para proteger la salud individual y colectiva.

Las medidas que se requieran para la prevención y control - de las enfermedades que enumera el artículo 134 de esta ley, deberán -- ser observadas por los particulares...

En los lugares del territorio nacional en que cualquier enfermedad transmisible adquiera características graves, a juicio de la Secretaría de Salud, así como en los lugares colindantes expresos a la propagación, las autoridades civiles, militares y los particulares estarán obligados a colaborar con las autoridades sanitarias en la lucha -- contra dicha enfermedad.

Se consideran medidas de seguridad las disposiciones que - dicte la autoridad sanitaria competente, de conformidad con los preceptos de esta ley y demás disposiciones aplicables para proteger la salud de la población. Las medidas de seguridad se aplicarán sin perjuicio de las sanciones que en su caso correspondieren.

Las medidas de seguridad que la ley contempla se encuentran previstas en el artículo 404 que señala:

Son medidas de seguridad las siguientes:

I. El aislamiento...

...IX.- La emisión de mensajes publicitarios que adviertan peligros de daños a la salud...

Para efectos de nuestro estudio se entiende por aislamiento la separación de personas infectadas, durante el período de transmisibilidad, en lugares y condiciones que eviten el peligro de contagio.

En el caso del SIDA, resultaría casi imposible llevar a cabo esta medida si nos sujetamos a lo que dice la ley, toda vez que el período de transmisión de la enfermedad, va desde el momento en que el virus VIH entra en contacto con la sangre, hasta la muerte del paciente, a menos que se crearan centros de hospitalización como en el caso de los enfermos de lepra, - los cuales atienden a los pacientes hasta su muerte.

2.4. GENERALIDADES DEL CONASIDA.

El CONASIDA, formaliza la constitución del Comité Nacional de Prevención del SIDA, creando en febrero de 1986, como respuesta a una solicitud hecha por la Organización Mundial de la Salud a los países miembros, a fin de que constituyeran comités nacionales en cada uno de ellos, que coordinaran todos los esfuerzos en la lucha contra el SIDA.

2.4.1 OBJETO

Como se ha expuesto anteriormente, el 24 de agosto de 1988, por decreto presidencial publicado en esta fecha, fue creado el CONASIDA (Consejo Nacional para la Prevención y Control del S.I.D.A.)

Precisando su objeto, al tenor del decreto que le da origen al CONASIDA, tenemos el artículo 1º que dice:

"Se crea el Consejo Nacional para la Prevención y Control - del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida - CONASIDA - , cuyo objeto consistirá en promover, apoyar y coordinar las acciones de los sectores público, social y privado tendientes a combatir la epidemia del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida, así como impulsar las medidas que al efecto se establezcan.

El Consejo será un Organismo desconcentrado de la Secretaría de Salud, y realizará las funciones a las que se refiere el párrafo anterior, sin perjuicio de las atribuciones que, a través de otras unidades administrativas, realice dicha Secretaría, en materia de prevención y control de enfermedades transmisibles y de investigación para la salud, así como de las que al Consejo de Salubridad General le confiere la Constitución General de la República y otras disposiciones legales." (33).

El SIDA, en este decreto que crea el CONASIDA, ha sido considerado como una epidemia:

"La palabra epidemia (de epi y demos=pueblo) significa una enfermedad infecciosa que reina transitoriamente en una región o localidad, atacando simultáneamente a un gran número de personas." (34)

"Es también considerada como la aparición de un número desusado de casos en un tiempo limitado y en un área determinada." (35)

Definiciones en las que encontramos como elementos comunes un gran número de casos, espacio y tiempo determinado, mismos que deberán ser considerados en amplio sentido.

En estrecha relación con este término, encontramos los de epidemia y pandemia:

-
33. Boletín Mensual CONASIDA, Sector Salud, Año 2, número 8, Agosto de 1988 Editado por la Dirección General de Epidemiología, S.S.A., pág. 414.
 34. Diccionario Enciclopédico Ilustrado VOX, Tomo I, 2a. reimpresión actualizada, Editorial Bibliográfica, Barcelona, Esp. 1967 p. 1247
 35. HERNAN SAN MARTIN, Salud y Enfermedad, 3a. Edición, La Prensa Mexicana, Editorial Fournier, S.A., México, 1977, pág. 103

"Endemia significa una enfermedad que reina habitualmente - en un país o región determinados." (36)

Es decir que refiere una enfermedad que se mantiene constante a través de los años, con fluctuaciones pero dentro de los límites habituales de la expectativa, demostrando con ello la existencia de factores que favorecen su permanencia.

El término pandemia hace referencia a un fenómeno más complejo, a una enfermedad epidémica que alcanza grandes extensiones geográficas en forma casi simultánea, con rápido desplazamiento de un país a otro e incluso - de un continente a otro.

En estricto sentido, tenemos que el SIDA es realmente una "pandemia", pues su incidencia no se ha limitado a un país o región, sino que actualmente se ha extendido a casi todos los rincones del mundo, sin distinción de edad, sexo, raza, credo o ideología política; ha dejado de ser un problema individual y a pasado a ser una preocupación de carácter social por lo que en su solución, que ahora se limita esencialmente a la prevención y control reclama del esfuerzo colectivo organizado . Es una enfermedad que ha adquirido -- gran relevancia social en virtud de los siguientes factores:

- Por su alto índice de enfermedad, o sea su frecuencia en la población.

- Porque si bien, en un principio se identificó su mayor incidencia en determinados grupos sociales, actualmente y dada su fácil disem-inación podemos considerar que se ha extendido a la generalidad (hombres, mujeres, adultos, niños, heterosexuales, homosexuales, bisexuales, a todas las -- clases sociales. etc.)

- Por el gradual deterioro de los afectados, que exige atención especial en establecimientos hospitalarios y la erogación de grandes sumas para su tratamiento;

- Porque el porcentaje de los que mueren en relación a los que enferman fatídicamente total hasta hoy, aunque a largo plazo, así como -- porque el número de muertes por esta causa en relación con la población total está en constante aumento.

- Porque es una enfermedad progresiva fatal que implica --- graves repercusiones económicas desfavorables en la economía familiar de los-pacientes con SIDA, pues a medida que la enfermedad avanza, aparte de los problemas socio-psicológicos, el paciente estará incapacitado para seguir traba-ndo y obtener un ingreso, mientras que los costos de su tratamiento o sim-plemente de su supervivencia en condiciones mínimas de atención médico-sani-taria seguirán aumentando;

- Porque en virtud de su creciente propagación, el SIDA -- puede llegar a afectar a sectores productivos y con ello a la economía de una sociedad;

- Y finalmente porque las posibilidades de que se extienda esta enfermedad son muy altas y estrechamente ligadas a factores de tipo social (conductas, actitudes, costumbres), lo que aumenta su significación para la comunidad, además de que a la fecha no existen medios para combatirla, si no que los esfuerzos han de limitarse y centrarse a su prevención y control.

Al respecto en nuestro país, se han tomado importantes me didas, entre ellas la creación del CONASIDA, cuyo objeto es el de promover, - apoyar y coordinar a diversos sectores, lo que implica el favorecer determinadas acciones y el de disponer en forma racional de los esfuerzos de otros- sectores, para el logro de un objetivo que será común, la prevención y con - trol del SIDA.

2.4.2. ESTRUCTURA.

El CONASIDA será presidido por el Secretario de Salud. Es te Organó para el cumplimiento de sus atribuciones contará con:

- "I.- El Consejo
- II.- El Coordinador General, y
- III.- El Patronato " (Artículo 3o. del Decreto.)

El Secretario de Salud, como Presidente del CONASIDA tendrá las siguientes funciones: (Artículo 8º).

- I.- Presidir las sesiones del Consejo;
- II.-Convocar a los miembros del Consejo por conducto del Secretario de Actas, a la celebración de sesiones del -- mismo;
- III.- Proponer a los miembros del Consejo la designación del Secretario de Actas; y
- IV.- Invitar a quienes podrán asistir a las sesiones, en términos del artículo 4o. de este decreto."

ARTICULO 4º.- El Consejo se integrará por vocales que serán representantes de las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada que sean invitadas por el Secretario de Salud, quien lo -- presidirá, así como por representantes del Instituto Mexicano del Seguro Social, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, del Instituto Nacional de la Nutrición Salvador - Zubirán y del Instituto Nacional de Salud Pública.

El Consejo por conducto de su Presidente, podrá invitar a - sus sesiones a representantes de otras entidades de la administración - Pública Federal, de los gobiernos estatales, de las instituciones u organismos nacionales, internacionales o extranjeros que tengan relación - con el objeto del Consejo, así como a representantes de los sectores - social y privado cuyas actividades tengan relación con los asuntos a -- tratar en la sesión correspondiente.

Cada representante titular designará su respectivo suplente.

El Consejo contará con un Secretario de actas que será de - signado por el Consejo, a propuesta de su Presidente.

ARTICULO 6º.- Los miembros del consejo se reunirán trimes -- tralmente en sesiones ordinarias o en reuniones extraordinarias cuando -- sean convocadas por su Presidente.

Las sesiones se llevarán a cabo con la asistencia del Pre -- sidente del CONASIDA o quien lo supla y de la mayoría de los miembros permanentes del Consejo. Las resoluciones se tomarán por mayoría de - votos de los miembros presentes y, en caso de empate, quien presida -- tendrá voto de calidad.

El Consejo al tenor del decreto que da origen al CONASIDA, tendrá las siguientes facultades: (Artículo 7º).

I.- Aprobar los programas, políticas, acciones y proyectos de aplicación de recursos del órgano desconcentrado;

II.- Autorizar los programas de investigación, prevención y control de la epidemia, y de concertación de acciones de los sectores social y privado;

III.- Aprobar los programas de coordinación entre las autoridades federales y los gobiernos de los Estados;

IV.- Aprobar y someter al Secretario de Salud, el programa nacional para la prevención y control de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana;

V.- Someter a las Secretarías de Salud proyectos de reformas a disposiciones jurídicas, y

VI. Las demás necesarias para el debido cumplimiento de -- las atribuciones del órgano desconcentrado.

Estipula también este decreto que las dependencias y entidades que, conforme a lo previsto en el artículo 4º, de este decreto, formen parte del consejo como miembros permanentes: (Artículo 12).

I.- Proveer la información estadística institucional relativa al objeto del Consejo, de conformidad con los criterios que fije el mismo;

II.- Hacer del conocimiento del Consejo los proyectos de - investigación que realicen o auspicien en relación con el objeto del - mismo;

III.- Proporcionar al Consejo la información a la infraestructura de que dispongan para propiciar la colaboración institucional y el apoyo recíproco para el combate de la epidemia del síndrome de la inmunodeficiencia adquirida, y ,

IV.- Tomar las medidas necesarias para hacer efectivo los acuerdos y recomendaciones que se tomen en el seno del Consejo.

Por otra parte el coordinador general del consejo, que será designado por el Secretario de Salud, suplirá a este como presidente del propio Consejo en sus ausencias a las sesiones ordinarias o extraordinarias que sean con-

vocadas y tendrán las facultades siguientes: (Artículo 10)

I.- Formular el programa de trabajo del órgano desconcentrado y de las áreas a su cargo y presentarlos al Consejo para su -- aprobación;

II.- Formular los proyectos de programas que permitan el - optimo aprovechamiento de los recursos;

III.- Tomar las medidas pertinentes a fin de que las resoluciones del Consejo se cumplan de manera articulada, congruente y eficaz, ya sea que su ejecución corresponda al propio órgano o bien a las dependencias, entidades e instituciones participantes en el Consejo;

IV.- Establecer los sistemas de operación y control necesarios para alcanzar los objetivos propuestos por el consejo en coordinación con las demás unidades de la Secretaría de Salud y mantener la coordinación con las dependencias, entidades e instituciones involucrados;

V.- Presentar periódicamente al Consejo informes de las actividades a su cargo. En el informe y los documentos de apoyo se cotizarán los objetivos propuestos y los compromisos asumidos con las realizaciones alcanzadas;

VI.- Coordinar las actividades de los comités a que se refiere el artículo 11 de este decreto, así como proponer al Consejo la designación de sus respectivos coordinadores y demás integrantes;

VII.- Administrar, ya sea directa o indirectamente, los recursos humanos, materiales y financieros que se asigne al Órgano, y

VIII.- Las demás que le confieran el Consejo.

ARTICULO 14º.- El Patronato tendrá las siguientes facultades:

I.- Apoyar las actividades del consejo y formular sugerencias tendientes a su mejor desempeño;

II.- Alentar la participación de la comunidad en acciones que desarrolle el órgano;

III.- Contribuir a la abstención de recursos que permitan un adecuado desarrollo de las funciones del órgano;

IV.- Proponer al coordinador general, de conformidad con las políticas y lineamientos que establezcan el consejo, la manera en que puedan ser aplicados los recursos obtenidos por el propio patronato para ser destinados al combate de la epidemia del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida y en su caso, realizar la administración de dichos recursos, y

V.- Las demás que sean necesarias para el ejercicio de las anteriores.

Señala también este decreto en su artículo 15º, que el Patronato estará integrado por un Presidente, un Secretario, un Tesorero y por los vocales que designe el consejo entre las personas de reconocida honorabilidad, pertenecientes a los sectores social y privado de la comunidad general en las cuales serán propuestas por el Presidente del Consejo. En las reuniones del Patronato, prevé este decreto, que participará el Coordinador General de este Organismo.

2.4.3. FUNCIONES.

Señala el artículo 2º del citado decreto, que el CONASIDA tendrá las siguientes funciones:

I.- Ser el medio para coordinar las acciones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, en lo relativo a los programas de investigación, prevención y control de la epidemia del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida, así como proponer la concertación de acciones con las instituciones de los sectores social y privado que lleve a cabo tareas relacionadas con los programas mencionados;

II.- Proponer los mecanismos de coordinación entre las autoridades federales y los gobiernos de los Estados con el objeto de - que éstos puedan aplicar las medidas necesarias para evitar la diseminación del virus de la Inmunodeficiencia Humana;

III.- Proponer el Programa Nacional para la Prevención y control de la Infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana;

IV.- Promover y apoyar la realización de investigaciones en relación al Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida;

V.- Fijar criterios en materia de investigación y eventos científicos;

VI.- Apoyar y realizar la difusión de información sobre - prevención y tratamiento del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida, en el marco de los programas de educación para la salud de la Secretaría de Salud;

VII.- Proponer al consejo proyectos de reformas a las - - disposiciones jurídicas relacionadas con la transmisión, prevención y control del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida;

VIII.- Sugerir medidas de prevención y control del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida;

IX.- Proponer la forma y términos de la aplicación de los recursos que obtenga por cualquier título legal, en función del combate a la epidemia del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida;

X.- Expedir sus bases de organización y funcionamiento, y

XI.- Las demás que sean necesarias para el cumplimiento.

2.5. EL SIDA COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

"La palabra divorcio proviene de la voz latina divortium, de divertere, separar y se refiere a la acción y efecto de divorciarse".(37)

Jurídicamente significa, la extinción de la vida conyugal declarada por autoridad competente, es un procedimiento señalado al efecto - por una causa determinada de modo expreso.

37. Enciclopedia Salvat, Diccionario, Editorial Salvat Editores, S.A., Tomo IV, Coqui-Elec, Barcelona 1976, Pág. 1101

Según Rojona Villegas en su tratado "Derecho Civil Mexicano", reviste dos aspectos: "el divorcio por separación de cuerpos y el divorcio vincular." (38).

Siguiendo su teoría, el divorcio por separación de cuerpos se origina en el artículo 277 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que dice:

"ARTICULO 277: El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en las causas enumeradas en las fracciones IV y VII del artículo 267 podrá sin embargo, solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez, con conocimiento de causa podrá decretar esa suspensión, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio." (39).

En este sistema el vínculo matrimonial perdura quedando subsistente las obligaciones de fidelidad, de ministración y de alimentos, e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son: La separación material de los cónyuges quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y, por consiguiente a hacer vida marital.

Como podemos observar, la separación de cuerpos es el estado de dos esposos que han sido eximidos judicialmente de la obligación de vivir juntos.

Por otro lado, el divorcio vincular es aquel cuya principal característica consiste en la separación del vínculo otorgando capacidad

-
38. RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, 4a. - Edición, México 1975, Tomo II, Pág. 383 y sigs.
39. Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, 56ª Edición, - México 1988, pág. 97.

a los Cónyuges para contraer nuevas nupcias. Se desprende en este sistema:

El divorcio necesario y el divorcio voluntario.

"El divorcio necesario tiene su origen en las causales señaladas en las fracciones I a XVI del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, divididas en cuatro grupos: a).--- Por delitos entre cónyuges, de padres a hijos o de un cónyuge en contra de terceras personas; b).- Hechos inmorales; c).- Incumplimiento de obligaciones fundamentales en el matrimonio; d).- Actos contrarios al estado matrimonial y; e).- Enfermedades o vicios." (40).

Estas causas dan origen al divorcio necesario, es decir, aquél que se lleva a cabo aún en contra de la voluntad del cónyuge culpable y a petición del inocente.

Ahora bien, dentro del divorcio vincular necesario, encontramos el divorcio sanción y el divorcio remedio. El primero se motiva por las causas antes clasificadas, exceptuándose lo previsto en la fracción VI del artículo 267 que señala:

"ARTICULO 267.- Son causales de divorcio:

...VI.- Padecer sífiles, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio..." (41).

Por su parte, el divorcio remedio, admite como medida de protección para el cónyuge sano y a los hijos, cuando el otro consorte pade-

40. RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Op. cit., pág. 386

41. Código Civil para el Distrito Federal, Op. cit. pág. 93.

ce una enfermedad crónica e incurable, que sea además contagiosa o hereditaria.

La fracción XVII, del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, señala como causa de divorcio el mutuo consentimiento, dando así lugar al divorcio voluntario. Este puede llevarse a cabo por la vía administrativa o por la vía judicial.

Para invocar como causal de divorcio la fracción VI del artículo 267 del Código Civil, se requiere se trate de una enfermedad crónica y además contagiosa y hereditaria.

En el caso del SIDA, se está a lo dispuesto por dicha fracción, toda vez que se trata de una enfermedad infecto-contagiosa, que se prolonga en el tiempo y es hasta el momento incurable.

Podemos afirmar que se puede promover dos situaciones:

El divorcio por separación de cuerpos con fundamento en el artículo 277 ya invocado con antelación y el divorcio vincular necesario en su modalidad de divorcio remedio.

CAPITULO III
LA TEORIA DEL DELITO

3.1. CONCEPTO DE DELITO.

La noción del delito ha variado conforme a los momentos históricos, las áreas geográficas y la ideología de cada pueblo, de manera que es difícil establecer un concepto de honda raíz filosófica que tenga validez en cualquier momento y lugar; múltiples definiciones se han elaborado de acuerdo con diversas corrientes doctrinarias que han respondido a situaciones y necesidades específicas.

"La palabra delito deriva de la voz latina: Delictus, p.p. delinquere, que significa: infracción, quebrantamiento, violación de la Ley." (42).

Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito,----- pero aquí solo aludiremos a la de Francisco de Carrara quien afirma que:

"Delito es 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." (43).

42. Enciclopedia Salvat-Diccionario, Editorial Salvat Editores, S.A. Tomo 4 Coqui-Elec, Barcelona 1976, pág. 1021.

43. FRANCISCO DE CARRARA citado por FERNANDO CASTELLANOS TENA, en su obra - Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A. México 1989, pág. 125.

3.2. TEORIAS RELATIVAS AL CONCEPTO DE DELITO.

Desde el punto de vista jurídico se han elaborado definiciones de delito de tipo formal y de carácter sustancial; a continuación nos ocuparemos de algunas de ellas:

Para varios autores, la verdadera noción formal del delito - la ministra la Ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos pues, formalmente hablando, expresan, el delito - se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.

El artículo 7º de nuestro Código Penal en su primer párrafo establece: "Delito es el acto ú omisión que sancionan las leyes penales." Esta definición formal, como veremos en su oportunidad, no escapa a la crítica; desde ahora apuntamos que no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz de la caracterización del delito.

Estudio jurídico sustancial. Son dos los sistemas principales para realizar el estudio jurídico esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico.

3.2.1. TEORIA UNITARIA O TOTALIZADORA.

El delito no puede dividirse ni para su estudio, por inte -
grar un todo orgánico.

Según Antolisei: "El delito es un bloque monolítico, el ---
cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno frag -
cionable." (44)

3.2.2. TEORIA ANALITICA O ATOMIZADORA.

Estudia el ilícito penal por sus elementos constitutivos.
Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el cono -
cimiento cabal de sus partes; ello no implica, por supuesto la negación de que
el delito integra una unidad. En cuanto a los elementos integradores del deli -
to, no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras unos especialis -
tas señalan un número, otros lo configuran con más elementos, surgen así las -
concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, -
heptatómicas, etc.

Edmundo Mezger, elabora también una definición, al expresar
que: "el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable." (45).

Según Cuello Calón, es "la acción humana, antijurídica, típi -
ca, culpable y punible." (46).

44. ANTOLISEI, Manuale di Diritto Penale, Tercera Edición, Milano, 1955.

45. EDMUNDO MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Madrid 1955, pág. 156.

46. EUGENIO CUELLO CALON, Derecho Penal, Octava Edición, pág. 236.

Desde un punto de vista Jurídico sustancial y en atención a sus elementos, Jiménez de Asúa, en su obra "La Ley y el Delito", expresa que:

"El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, so metido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal." (47).

Según lo expuesto anteriormente, el delito con base en la de finición legal, es la conducta sancionada por las leyes penales expedidas con el objeto de proteger los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad.

3.3. ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE DELITO.

Según la definición expuesta por Jiménez de Asúa, los elemen tos del delito son:

- La acción (conducta o hecho)
- La tipicidad,
- La antijuridicidad,
- La imputabilidad,
- La culpabilidad,
- La penalidad y,
- Las condiciones objetivas de penalidad.

El Licenciado Fernando Castellanos Tena, en su obra Líneas Elementales de Derecho Penal, manifiesta que:

"la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas, no tienen el carácter de elementos esenciales del delito." (48)

El mismo autor, señala, y nosotros nos adherimos a tal postura, que es conveniente hacer el estudio conjunto de los elementos esenciales con los que no lo son, para tener una idea completa de la materia.

ASPECTOS POSITIVOS

- Conducta
- Tipicidad
- Antijuricidad
- Imputabilidad
- Culpabilidad
- Condicionalidad objetiva
- Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- Falta de conducta
- Atipicidad
- Causas de Justificación
- Causas de inimputabilidad
- Causas de inculpabilidad
- Falta de condición objetiva
- Excusas absolutorias.

Según quedó expresado anteriormente, no todos los enunciados como elementos del delito lo vienen a ser propiamente, pues no tienen tal carácter: la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad, pero por razones de método es conveniente llevar a cabo el estudio conjunto para fines de una mejor comprensión y un más fácil manejo.

3.3.1. LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

La conducta es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente.

"La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito." (49).

Como puede apreciarse la conducta es una manera de asumir una actitud que puede manifestarse como una acción o como una omisión.

Sujeto activo de la conducta, solo puede ser sujeto productor de conducta ilícita penal, el hombre, único posible sujeto activo de un delito, no puede atribuirse conducta delictiva a animales o cosas inanimadas.

Sujeto pasivo y ofendido, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien resiente, directamente los efectos del delito, el ofendido es la persona que sufre de forma indirecta los efectos del delito. Generalmente concurren la calidad de ofendido y de sujeto pasivo o víctima, pero puede darse el caso de homicidio, en el cual el pasivo o víctima es el sujeto al que se priva de la vida y los familiares de éste, vienen a ser ofendidos.

El vigente Código penal para el Distrito Federal, y lo mismo los que lo han tomado por modelo, dice que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (art.7º) de donde a la luz de una dogmática nacional podemos obtener las siguientes conclusiones. Ante todo no se emplea el término "acción", pues el Código omite su referencia directa, aunque admite la indirecta; al aludir expresamente al "acto" y a la "omisión", con ello indica que considera a éstos como especies de un solo género, el que no puede ser otro que la "acción". Luego la acción (género) se subdivide en acto y omisión (especies). Por acción entonces, hemos de entender las dos formas de la conducta, ya sea ésta en su aspecto-

positivo o en su aspecto negativo. Para el hacer relevante al derecho penal que da la denominación de "acto"; así como para el no hacer cuya relevancia es también manifiesta, la de "omisión." (50)

"El acto o la acción stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación."(51)

"La acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca."(52)

Así tenemos que la acción es el movimiento corporal, el hcho voluntario del hombre, la actividad volitiva humana.

"La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, - simplemente en una abstención, dejar de hacer lo que se debe ejecutar"- (53).

"La omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando - la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado." (54)

La omisión es la conducta negativa, la falta de actividad - corporal, el no hacer, la abstención de actuar, contraria a la obligación de - obrar y que produce un resultado.

-
50. RAUL CARRANCA Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano, parte general, Editorial Porrúa, S.A., México 1988, pág. 292.
 51. FERNANDO CASTELLANOS TENA, Op. cit. pág. 152
 52. EUGENIO CUELLO CALON, Derecho Penal, Tomo I, Octava Edición, Barcelona - 1947, pág. 271.
 53. FERNANDO CASTELLANOS TENA, Op. cit. pág. 152.
 54. EUGENIO CUELLO CALON, Op. cit. pág. 273.

"Por cuanto hace a los delitos de omisión, la doctrina los clasifica en delitos omisivos verdaderos y propios, denominados también delitos de omisión simple y los omisivos espúreos, también denominados de comisión por omisión. Los primeros no producen una consecuencia en el mundo externo y los impropios por el contrario son aquellos que sí producen consecuencias." (55).

El resultado material es el efecto causado por un delito y que es perceptible por medio de los sentidos.

El nexo causal es la vinculación estrecha, indispensable entre la conducta realizada y el resultado producido; es la relación necesaria de causa a efecto.

Porte Petit, por su parte, señala que la relación de causalidad, "es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado." (56).

Definitivamente hemos de decir que la integración de los delitos se forman con un comportamiento y un resultado siempre será necesario la relación causal de ambos y, consiguientemente, la concurrencia de los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad.

En los delitos de acción la relación de causalidad no ofrece problemas, toda vez que la exteriorización de la voluntad del agente que atenta contra la norma producirá necesariamente un resultado material. Sin embargo, en los delitos de omisión el nexo causal se presenta en el no hacer, — que precisamente viene siendo la causa del resultado.

-
55. GIUSEPPE BETTIOL, Diritto Penale, Parte General, Priulla Editore Palermo, Tercera Edición, Italia 1965, pág. 290
 56. CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México 1982, pág. 341.

Ausencia de conducta.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo del elemento conducta.

En ocasiones, un sujeto puede realizar una conducta de apariencia delictuosa, pero dicha conducta no puede atribuirse a la persona como un hecho voluntario, tal sería el caso de la fuerza física irresistible, la -- energía de la naturaleza, el hipnotismo y el sonambulismo.

3.3.2. LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

Tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma -- penal. El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos penales.

"La tipicidad, es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto." (57)

"La tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula nullum crimen sine tipo." (58)

El tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad el en-
cuadrar o enmarcar la conducta al tipo.

57. FERNANDO CASTELLANOS TENA. Op. cit. pág. 166

58. CELESTINO PORTE PETIT, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, pág. 37

Podemos afirmar que el tipo es abstracto y estático, en tanto que la tipicidad es concreta y dinámica.

En el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se le da a la tipicidad el rango constitucional de garantía individual, por lo que podemos afirmar que la tipicidad tiene función de principio de legalidad y seguridad jurídica, al establecer:

"...En los juicios del orden criminal 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 trate..."

Los elementos objetivos del tipo a estudiar son seis, según

Porte Petit:

- "- Sujeto Activo
- Sujeto Pasivo
- Objeto Material
- Bien jurídicamente tutelado
- Medios
- Referencias " (59)

"Sujeto pasivo es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal." (60)

59. CELESTINO PORTE PETIT, Op. Cit. pág. 346

60. FERNANDO CASTELLANOS TENA, Op. cit. Pág. 151

Sujeto activo. Sólo la conducta humana tiene relevancia en el derecho penal. El acto u omisión deben corresponder al hombre porque únicamente éste puede ser sujeto activo de los delitos.

Objeto material del delito lo constituye la cosa sobre quien recae el daño o peligro.

El bien jurídicamente tutelado es aquél que se encuentra protegido por la ley y que el hecho u omisión lesionan.

Medios. La exigencia de los medios es sólo en determinados tipos penales, originándose los llamados "delitos con medios legalmente determinados" y ello quiere decir que, para que pueda darse la tipicidad, tienen que concurrir los tipos correspondientes. Artículos 262, 267 y 330.

Referencias. Pueden ser temporales o especiales. En las primeras encontramos que a veces el tipo reclama de algunas referencias en orden al tiempo y, de no ocurrir, no se dará la tipicidad.

Las referencias especiales existen cuando la punibilidad de la conducta queda sujeta a determinadas referencias de espacio. Artículos 285 y 286 del Código Penal para el Distrito Federal.

El tipo se clasifica, según Castellanos Tena, conforme al siguiente cuadro sinóptico:

POR SU COMPOSICION	Normales	{ Se limitan a hacer una descripción objetiva (homicidio).
	Anormales	{ Además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (estupro).
POR SU ORDENACION METODOLOGICA	Fundamentales o básicos.	{ Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (homicidio)
	Especiales	{ Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual <u>subsumen</u> (parricidio).
	Complementados	{ Se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o <u>peculiaridad</u> distinta (homicidio calificado).
EN FUNCION DE SU AUTONOMIA O INDEPENDENCIA	Autónomos o Independientes	{ Tienen vida por sí (robo simple)
	Subordinados	{ Dependen de otro tipo (homicidio en riña)
POR SU FORMULACION	Casuísticos	{ Prevén varias hipótesis; a veces el tipo se integra con una de ellas (-alternativas); V.gr. adulterio; otras con la conjunción de todas (<u>acumulativos</u>); ejem. vagancia y malvivencia.
	Amplios	{ Describen una hipótesis única (robo), que puede ejecutarse por cualquier <u>modo</u> comisivo.
POR EL DAÑO QUE CAUSAN	De daño (o de lesión)	{ Protegen contra la disminución o destrucción del bien (homicidio, fraude)
	De peligro	{ Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser <u>dañados</u> (omisión de auxilio)

(61)

Se acepta unánimemente que no hay delito sin tipo legal, -- razón por la cual podemos decir que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales, tal conducta no es delito, es decir, hay ausencia de tipo cuando no existe descripción legal de una conducta como delictiva.

"Hay ausencia de tipo, cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos." (62)

"Ausencia de tipo, es la inexistencia del presupuesto general del delito porque presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley por la afirmación de que no hay delito sin tipicidad." (63)

"La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa nullum crimen nulla poena sine lege, que técnicamente se traduce "no hay delito sin tipicidad". Puesto que no se acepta la analogía, -- cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser detenido el agente..." (64).

Llegado este momento, indicamos algunas causas que producen la ausencia de tipo:

"1.- La primera de ellas se fundamenta en especiales consideraciones y valoraciones que realiza el legislador. Consiste en que el legislador, entendiéndolo su función, analiza con toda la profundidad necesaria un cierto fenómeno social, real o imaginado y llega a la conclusión de que políticamente no es conveniente cubrirlo con el tratamiento penal que es el más drástico de los medios de orientación de las conductas que se encuentran a disposición del Estado de Derecho." (65)

Los procesos selectivos son realizados por el legislador, -- parte integrante de la sociedad en que vive, tomando en cuenta la especial manera de ser y de pensar del grupo y atendiendo al tiempo y lugar para los que-

62 FERNANDO CASTELLANOS TENA. Op.Cit. pág. 174.

63 LUIS JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, Editorial Hermaes, S.A., México 1986 pág. 264.

64 LUIS JIMENEZ DE ASUA. Op. cit. pág. 263

65 Revista Mexicana de Justicia, No.3 Vol.IV Julio-Septiembre 1986, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Consejo Editorial, pág. 181

se legisla. Congruencia y equilibrio son, en estas condiciones, bases para que la ley penal esté filosóficamente de acuerdo con la sociedad. Este es el primero de los casos que mencionamos al inicio, o sea, la conclusión del legislador, de darle o no darle el tratamiento penal, por razones de la política imperante.

A manera de ejemplo, el adulterio entendido ampliamente como la relación sexual extraconyugal no es motivo de sanción sino cuando ocurre el hecho en el domicilio conyugal o se realiza escandalosamente. Aquí, se pone en relieve que la mera relación sexual extraconyugal, no afecta interés jurídico penal alguno, ya que de no ser así, resulta incomprensible la exclusión de pena en los casos de adulterio sin escándalo o fuera del domicilio conyugal. Igual situación se presenta tratándose de la llamada moralidad sexual. Nuestra ley penal, no sanciona las relaciones homosexuales consentidas y entre adultos, porque está consciente que su función es la de garantizar el orden interno y no tutelar moralmente a los sometidos a la ley. En otras palabras, en ambos ejemplos es muy discutible la necesidad de protección de los intereses afectados por hechos como los descritos y no habiendo consenso en la valoración, es preferible por razones de política criminal que el Derecho Penal no intervenga, por no caer en el riesgo de convertirse en un Derecho Penal incongruente con la realidad social.

En el otro aspecto, es decir, en lo relativo a la naturaleza de la agresión al bien o interés jurídico reconocido, también es indispensable la congruencia con la conciencia social. No todas las formas de afectar un interés reconocido penalmente son motivo de sanción penal, sino exclusivamente aquellas que son consideradas más graves. El más claro ejemplo lo encontramos

en los tipos que protegen la salud humana: está probado y aceptado que fumar - cigarrillos de tabaco es dañino para la salud y que la salud es un bien protegido penalmente, por tipos penales. Sin embargo, sería contra la conciencia - social pretender sancionar penalmente a quien siembra, cultiva, industrializa o vende el tabaco y a quien lo da, gratuita u onerosamente a otra para que lo fume y consuma. Viendo la objetividad de los tipos, especialmente el de lesiones parece no haber duda de que uno o varios cigarrillos fumados alteran, en mayor o menor medida la salud; pero sería contrario a las costumbres imperantes, o lo que es igual, sería contra la conciencia social, llevar estos casos al campo del derecho penal. La ley, como debe observarse, encuentra el equilibrio necesario para su validez y eficacia. Piénsese en el cambio de la cultura de los pueblos, como por ejemplo en el siglo XIX, el opio y sus derivados - no eran sustancias ilícitas en su uso y venta y, ahora con otra perspectiva, forman parte importante de las drogas prohibidas.

"2.- El segundo de los casos presentables, en cuanto a las -- causas que producen la ausencia de tipo, no tiene, ni remotamente, fundamentos jurídicos o filosóficamente.

Se trata de una simple consagración en la realidad de esa conocida idea de que el hombre es por su propia naturaleza falible y por ende, su obra es imperfecta. " (66).

Como es sabido, las leyes penales, son producto y consecuencia de una serie de actividades humanas, normalmente llevadas a efecto por varios individuos, cumpliendo cada uno de ellos una participación específica. -- Nos referimos desde luego, al proceso completo que culmina con la publicación-

de una ley. En este proceso hay quienes estudian, analizan, valoran y sugieren la forma de las leyes; pero este trabajo realizado por varios individuos tiene que ser objetivado de la manera más simple: tiene que ponerse en forma escrita en un papel. Esta actitud, que no es legislativa, si es parte del proceso generador de las leyes.

Lo normal es que la primera versión escrita de una ley nueva o de reforma, pase por varios trámites, cada uno de ellos con intervención de expertos, pero siempre con ese requerimiento de quedar el producto del esfuerzo plasmado en un papel.

Llegada la iniciativa de ley al órgano legislativo, también ahí se producen actividades múltiples, discusiones con adiciones o con supre - siones que, otra vez, han de ser sintetizadas y puestas en forma escrita, has ta que finalmente, la ley es aprobada.

No queda ahí la actividad, falta aún la cuestión final, que es el tránsito de la ley aprobada al órgano encargado de su publicación, para darle vigencia. Otra vez encontramos varios pasos hasta la publicación en el periódico oficial.

El anterior es un esquema brevísimo, sin ir más allá de lo formal, del proceso legislativo. En él, fácil resulta percatarnos de la presencia obligada de distintas personas, no necesariamente legisladores, cumpliendo cada una de ellas, con cierta función específica. El error, consecuencia de -

la falibilidad humana, es en estos casos lo más natural, no obstante el deseo y la intención de buscar la perfección. Esto hace que exista el mecanismo de la "fe de erratas", medio útil para corregir determinadas fallas.

3.- El tercero de los casos es el resultante de la falta de previsión del legislador.

Es así, que pueden darse y en realidad se dan, casos en los cuales el legislador fue incapaz de identificar el bien jurídico, sea porque tal bien no existía cuando se produjo el acto legislativo, o también porque la trascendencia social del bien no fue captada por el legislador. (67).

Por vía de ejemplo, podemos citar el fenómeno que se está produciendo en nuestro mundo actual, en que vemos que por causa del avance de la ciencia y de la tecnología, cada vez penetra más el hombre en el cosmos. Todavía no somos capaces de identificar un bien jurídico que requiera ser protegido, pero empieza a esbozarse la seguridad de la humanidad, como algo que puede llegar a ser afectado por los hombres, si se siguen ciertas líneas de comportamiento que se presentan actualmente. Estamos entrando a espacios y tiempos nuevos; igual que en algunas épocas, pareció pensamiento imposible el vuelo del hombre, ahora nos puede parecer remoto el dominio del espacio con finalidades de supeditación. Nada hay que pueda asegurarse que está más allá del alcance de la inteligencia del hombre, sin caer en riesgos que la historia nos acredita que se presentan. Esto hace que puedan llegar a surgir ciertos bienes, ahora fuera de nuestro criterio, que requieran de protección penal.

67. Revista Mexicana de Justicia, Op. cit. pág. 188

En la actualidad existe un padecimiento o enfermedad que se identifica como SIDA, que afecta en forma grave la salud personal y que puede llegar a convertirse en una amenaza para la salud de la humanidad, si no se toman todas las medidas necesarias para combatirlo y entre tales medidas están las legales, además, evidentemente de las más importantes como son las médicas. El SIDA por su reciente aparición, en la que el legislador fue incapaz de identificar el bien jurídico para dar paso a la ausencia de tipo como se verá al estudiar el artículo 199 bis del Código Penal para el Distrito Federal.

Atipicidad.- Habrá ausencia de tipicidad cuando una conducta no se adecue a la descripción legal; existe tipo, pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo, un caso típico es el adulterio cometido sin escándalo y además fuera del domicilio conyugal.

Según Castellanos Tena, las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- "-Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- Si faltan el objeto material o el objeto jurídico.
- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.
- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley.
- Falta de elemento subjetivos del injusto legalmente exigido.
- Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial"(68).

3.3.3. LA ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION.

El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además que sea típica, antijurídica y culpable. Estudiaremos ahora el elemento antijuridicidad, esencialísimo para la integración del delito.

Podemos entender la antijuridicidad, desde un punto de vista penal, como lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es ---aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico.

"una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación." (69)

Según Cuello Calón, "la antijuridicidad, presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por - solo recaer sobre la acción ejecutada." (70).

Para Castellanos Tena "la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido que se contrae al tipo penal respectivo." (71).

La antijuridicidad puede ser formal o material.

-
69. CELESTINO PORTE PETIR, Programa de la parte general del Derecho Penal, - México, 1958, pág. 285.
70. EUGENIO CUELLO CALON, Derecho Penal, Tomo I, Octava Edición, Edición -- Barcelona 1947, pág. 284.
71. FERNANDO CASTELLANOS TENA, Op.cit. pág. 178

"Se habla de antijuridicidad formal, cuando la conducta o hecho violan una norma penal prohibitiva o preceptiva." (72)

"Por antijuridicidad material se entiende el quebrantamiento de los intereses sociales que una y otra (norma o ley) reconocen -- y amparan." (73).

En relación a estas, es importante asentar lo que afirma - Cuello Calón al decir:

"Que los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijuridicidad material), no previsto en la norma, solo serán antijurídicos, cuando una ley los sancione; que la antijuridicidad material sin la antijuridicidad formal, no tiene trascendencia penal."(74)

Esto es porque la antijuridicidad presenta un doble aspecto, el aspecto formal que es la conducta opuesta a la norma y el material, integrado por la lesión o peligro de los bienes jurídicos.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Quando la conducta realizada, sea cual fuere (alterar la salud, privar de la vida, etc.), se encuentra permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una causa de justificación.

-
72. SERGIO VELA TREVIÑO, Antijuridicidad y Juridicidad, Editorial Barcelona, Octava Edición, Barcelona 1976, pág. 338.
 73. IGNACIO VILLALOBOS, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, 4a. Edición México, 1983, pág. 258
 74. EUSEBIO CUELLO CALON, Derecho Penal I, Editorial Barcelona, octava Edición Barcelona 1976, pág. 338

Las causas de justificación son las condiciones de realización de la conducta que elimina el aspecto antijurídico de dicha conducta. Conforme a nuestro derecho, son causas de justificación las siguientes:

- Legítima defensa
- Estado de necesidad justificante
- Ejercicio de un Derecho
- Cumplimiento de un Deber
- Impedimento legítimo
- Obediencia Jerárquica.

Existe legítima defensa, cuando la persona objeto de una agresión, violenta y sin derecho que entrañe un peligro inminente para su persona, honor o bienes, o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor.

Es menester que la agresión sea actual, es decir, en el momento, ni pasada ni futura; que sea violenta, por lo que se debe entender enérgica, brutal, con fuerza física o moral, injusta que significa, contraria a la ley, ilícita, y que entrañe un peligro inminente, inmediato inevitable por otros medios, para la persona, honor o bienes propios o ajenos. La defensa debe estar vinculada, necesariamente, con la protección de esos objetos de la tutela penal.

Elementos de la legítima defensa

- Actual
- Violenta
- Injusta
- De peligro inminente
- Peligro inevitable por otros medios

La fracción III del artículo 15 del Código Penal, señala - los casos en que opera la legítima defensa, aquéllos en que no opera y las circunstancias en que se presume.

El exceso de legítima defensa es la utilización de los medios desproporcionados para repeler la agresión, o si el daño causado por el agresor fuere fácilmente reparable posteriormente por medios legales, o si dicho daño fuere de notoria insignificancia en relación con el causado por la defensa.

La legítima defensa no opera en el caso de la riña, porque los rixosos se encuentran inmersos en una situación antijurídica ilícita y para que surta efectos la legítima defensa es necesario una conducta lícita - frente a una injusta.

La legítima defensa frente al exceso de lo preceptuado en legítima defensa, no puede hacerse valer de acuerdo con la segunda parte de la fracción III del artículo 15 del Código Penal, toda vez, que, según el citado precepto, no se integra la causa de justificación, si el agregado fue el que provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para tal agresión.

No pueden coexistir dos legítimas defensas, es decir, la legítima defensa recíproca, en virtud de la necesidad de que una agresión sea injusta y la reacción a esta sea legítima, de tal modo que cuando el agresor repelle la defensa, está resistiendo a una conducta legítima.

El estado de necesidad justificante, es la situación de peligro real, grave, inminente, inmediato para la persona, su honor, o bienes - propios o ajenos que solo puede evitarse mediante la violación de otros bi - nes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.

Elementos del Estado de necesidad justificante.

- Situación de peligro real, grave, inminente e inmediato.
- Que el peligro afecte necesariamente a un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno.
- Violación de un bien jurídicamente protegido, distinto.
- Imposibilidad de emplear otro medio para poner a salvo los bienes en peligro.

En el Código Penal, se prevén dos casos específicos de esta do de necesidad: el aborto terapéutico y el robo de indigente.

El aborto terapéutico, previsto en el artículo 335 de nuestro ordenamiento penal, consiste en la no aplicación de sanción alguna, cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corre peligro de muerte, a ju - icio del médico que la asiste, oyendo éste la opinión de otro médico siempre -- que esto fuese posible y no resultara peligrosa la demora.

El robo de indigente, se encuentra contenido en el artículo 379 del Código Penal, el cual establece que no se aplicará sanción alguna a - quien sin emplear engaño ni violencia se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o fami - liares del momento.

El cumplimiento de un deber, previsto en la fracción V, del artículo 15, consiste en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley o que provenga de un superior jerárquico, tal sería el caso del Agente de la Policía Judicial que en cumplimiento de una orden de -- aprehensión, detiene a una persona, esta situación no es delictuosa, toda vez que está en cumplimiento de un deber.

Ejercicio de un derecho, la persona que actúa conforme a -- un derecho que la propia ley le confiere, se ampara en una causa de justificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 fracción V del Código Penal. Dentro de esta excluyente encontramos las lesiones y el homicidio causado en el ejercicio de los deportes, los originados como resultado de tratamientos médico-quirúrgicos.

La justificación por impedimento legítimo se encuentra en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal. La conducta descrita en -- esta hipótesis normativa, entraña siempre una conducta omisiva que atiende a un interés preponderante, superior, tal es el caso de la negativa de declarar por razones de secreto profesional.

La obediencia jerárquica es el cumplimiento que un subordinado debe hacer de una orden proveniente de una persona que tiene mando sobre él. Este caso se presenta cuando un subordinado carece de facultades para examinar la orden y tiene que obedecer. Se da la eximente porque la verificación

de la conducta se hace en función de la orden recibida y de la obediencia debida, no en razón de la voluntad del sujeto que actúa.

LA IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad, es la capacidad de entender y querer, - - dentro del ámbito del derecho penal. Como se aprecia esta capacidad tiene dos elementos: uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza, y otro de índole volitiva, es decir, desear un resultado. Podemos considerar que la imputabilidad es la capacidad en el ámbito penal, condicionada por razones de edad y salud mental.

Elementos de la imputabilidad

- Intelectual. Capacidad de comprender.
- Volitivo. Capacidad para desear un resultado.

"Imputabilidad, capacidad general atribuible a un sujeto - para cometer cualquier clase de infracción penal. También, capacidad para ser sujeto pasivo de una sanción - penal.

La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad." (75)

Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad- ante el derecho penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.

75. RAFAEL DE PINA, Diccionario de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A. PÁG. 293

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Porte Petit sostiene que: "la imputabilidad no constituye - un elemento del delito, sino como un presupuesto general del mismo." (76)

Coincide con nuestro punto de vista en que no se trata de un elemento esencial del delito, pero difiere de nuestro punto de vista, por cuanto para él, integra un presupuesto general del ilícito penal, en tanto nosotros preferimos entender al presupuesto o soporte del elemento culpabilidad, porque al llegar a ésta, es decir, al analizarse el aspecto subjetivo del delito, es cuando se debe determinar si el sujeto que ejecutó el hecho era capaz de realizarlo con conciencia y voluntad, correspondiendo entonces indagar si poseían las facultades de juicio y decisión.

Según Castellanos Tena, define la responsabilidad como:

"el deber jurídico en que se encuentra el individuo imputable a dar cuentas a la sociedad por el hecho realizado." (77).

Es imputable todo sujeto que posea un mínimo de condiciones psicofísicas; y responsable aquél que teniendo esas condiciones realiza un acto tipificado en la ley como delito y que, previamente, por eso contrae la obligación de responder por él.

76. CELESTINO PORTE PETIT, Programa de Derecho Penal, Editorial UNAM, México 1968, pág. 388.

77. FERNANDO CASTELLANOS TENA, Op. Cit. pág. 219.

LA INIMPUTABILIDAD.

Es el aspecto negativo de la imputabilidad, o sea, es la incapacidad para entender y querer en materia penal.

Causas de inimputabilidad.

- Trastorno mental.
- Miedo grave.

El artículo 15, fracción II del Código Penal establece como circunstancia excluyente de responsabilidad, "padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental" .

Esta situación, denominada en el Código Penal excluyente de responsabilidad, maneja con mayor asierto las hipótesis tratadas por los artículos 15 fracción II y 68 del Ordenamiento citado.

No se distingue entre trastorno mental transitorio y permanente. Lo importante es que en el momento de realizarse el hecho el sujeto sufra trastorno mental.

El miedo grave, intenso, anula la capacidad de conocer plenamente y de optar entre la verificación de una conducta o su abstención, por lo que conforme a la fracción IV del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor se estima como una excluyente de responsabilidad.

El miedo es un fenómeno psicológico subjetivo, capaz de producir inconsciencia, reacciones imprevistas y pérdida del control de la conducta, que engendra un estado de inimputabilidad fundamentado en la alteración de las funciones psicológicas.

La disposición citada se refiere a un miedo grave y temor fundado.

3.3.4. LA CULPABILIDAD Y CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

La culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal.

Jiménez de Asúa, define la culpabilidad como el "Conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica." (78).

Según Castellanos Tena, "la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto." (79).

Formas de culpabilidad, la culpabilidad se presenta en - las formas siguientes: Dolo o intención, culpa o imprudencia y preterintención.

El dolo opera cuando el sujeto activo ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta y, decide en un acto de voluntad, llevar a cabo lo que en su mente se representó. La conducta dolosa es intencional y voluntaria.

El dolo tiene como elementos, el moral o ético y el volitivo o psicológico, el primero contiene el sentimiento, la conciencia de que se viola un deber, el volitivo o psicológico es la voluntad, la decisión de realizar la conducta.

El tratadista Eugenio Cuello Calón, define el dolo como - "la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso." (80).

Por su parte, Castellanos Tena, lo define como "el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y anti-jurídico." (81).

-
79. FERNANDO CASTELLANOS TENA. Op. cit. pág. 234
80. EUGENIO CUELLO CALON, Op. cit. pág. 429
81. FERNANDO CASTELLANOS TENA. Op. cit. pág. 239.

El dolo puede representarse de diferentes formas, pero -- podemos considerar que existen cuatro especies principales que son:

- DIRECTO, el resultado corresponde al que había previsto el sujeto activo. (Decide privar de la vida a otro y lo mata).

- INDIRECTO, existe cuando el sujeto se representa un fin, pero prevé y acepta la realización necesaria de otros fines delictivos. (para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, - con la certeza de que además de morir ese individuo, perderán la vida otras -- personas y se destruirá el aparato.)

- INDETERMINADO, es la voluntad genérica de delinquir, -- sin fijarse un resultado delictivo concreto. (Anarquista que lanza bombas.)

- EVENTUAL, el sujeto se propone un resultado delictivo, - pero se prevé la posibilidad de que surjan otros típicos no deseados, pero se aceptan en el supuesto de que ocurran. (incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.)

La culpa o imprudencia, la encontramos cuando el activo - no desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por un - actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso. En este caso la conducta es imprudencial, culposa o no intencional.

Los elementos de la culpa son: una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidados o precauciones exigidas por el Estado, resultado-típico, previsible, evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado.

Las especies de culpa son las siguientes:

- CONSCIENTE, con previsión o con representación, existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no desea tal resultado y espera que no haya tal evento típico. Como ejemplo, puede citarse el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente; no obstante representarse la posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que ningún transeúnte se cruzará en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

- CULPA INCONSCIENTE, sin representación, sin previsión, esta especie de culpa se da cuando el resultado, por naturaleza previsible, no se prevé o no se representa en la mente del sujeto. Ejemplo, quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible, por saber todos lo peligro del manejo de las armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.

LA PRETERINTENCION, es una suma del dolo y la culpa, una conducta que tiene un inicio doloso o intencional y una culminación culposa o

imprudencial; el ejemplo típico es el del sujeto que da un puñetazo a otro, sin la intención de causar un resultado mayor que el normal de un puñetazo, y el que recibe el golpe cae, de tal manera que se fractura el cráneo y fallece. Como se puede apreciar en este ejemplo, el resultado típico es mayor que el que inicialmente quiere o acepta el activo, pero dicho resultado se produce por imprudencia.

Los elementos de la preterintención son: un inicio doloso y un resultado mayor al querido o aceptado (también podría decirse resultado mayor al querido o previsto) producido por imprudencia.

En nuestro Código Penal, lo referente al dolo, la culpa y la preterintención está previsto en los artículos 8 y 9.

LA INCULPABILIDAD.

El aspecto negativo de la culpabilidad, es la inculpabilidad, o sea, la ausencia del elemento culpabilidad. Según expresión de Jiménez de Asúa la inculpabilidad consiste en:

"La absolución del sujeto del juicio de reproche".(82)

"Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- El error y.
- La no exigibilidad de otra conducta." (83).

82. LUIS JIMENEZ DE ASUA. Op. cit. pág. 418

83. FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, 1982, pág. 433

La inculpabilidad, se presenta cuando una persona actúa - en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta - por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta, como en el caso del error esencial de hecho y la no exigibilidad de otra conducta.

El error se divide en error de hecho y de derecho. Este último no produce efectos de eximente, debido al principio jurídico de que la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha, también se le designa como error de prohibición. El artículo 59 bis dispone: "Cuando el hecho se realice por - error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente - al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso. "

El error esencial de hecho, la fracción XVI del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, señala: "realizar la acción u -- omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esencia- les que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el suje- to activo que es lícita su conducta." El párrafo siguiente dice: "No se exclu- ye la responsabilidad si el error es vencible." Según Castellanos Tena, en el error esencial de hecho están las eximentes putativas al decir:

"Por eximentes putativas se entienden las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundamentalmente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo." (84).

"Legítima defensa putativa si el sujeto cree fundamentalmente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en la realidad de una injusta agresión." (85).

Para Jiménez de Asúa, "la defensa putativa, se da si el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto y en realidad se halla ante un simulacro." (86).

El error accidental, el error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. El error en el golpe, en la persona, en el delito.

NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

La no exigibilidad de otra conducta se refiere a la realización de una conducta que se amolda a un tipo legal pero que debido a excepcionales y especialísimas circunstancias que rodean a tal conducta, se reputa excusable esa forma de conducirse.

84. FERNANDO CASTELLANOS TENA, Op. cit. pág.266

85. FERNANDO CASTELLANOS TENA, Op. cit. pág. 267

86. LUIS JIMENEZ DE ASUA, La Ley y el Delito, Caracas 1954, pág. 507

La no exigibilidad de otra conducta, juntamente con el error esencial de hecho causa eliminatoria de la culpabilidad.

Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, - se hace referencia a aquellas infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reserva para la perversidad y el espíritu antisocial.

Los casos legales de no exigibilidad de otra conducta, se encuentra en el estado de necesidad tratándose de bienes de igual jerarquía, si los bienes son desiguales, solo cuando el sacrificado sea el menor, se integrará una causa de justificación; el Derecho, ante la imposibilidad de conservar ambos, permite, aún con pérdida del menor, la salvación del de más valía. Pero tratándose de intereses o bienes iguales, el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en función de la no exigibilidad de otra conducta.

3.3.5 PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

El hecho típico, antijurídico y culpable debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionado con una pena al comportamiento delictuoso.

La punibilidad, como elemento del delito ha sido sumamente discutido. Hay quienes afirman que efectivamente es un elemento del delito y otros manifiestan que es sólo una consecuencia del mismo.

Conforme a la definición de delito que proporciona el artículo 7º del Código Penal podría resolverse que la punibilidad sí es elemento del delito, los argumentos en contrario son atendibles y sólo podemos decir - que la discusión de la punibilidad, como elemento del delito, subsiste.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En casos excepcionales, señalados expresamente por la Ley, y posiblemente en atención a razones que estimamos de política criminal, se considera conveniente no aplicar, en el caso concreto, pena alguna al sujeto activo del delito. Estas situaciones excepcionales constituyen las excusas- absolutorias que, según Castellanos Tena dice:

"Las excusas absolutorias, son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden - la aplicación de la pena. " (87)

En estos casos el carácter delictivo de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la punibilidad.

87. FERNANDO CASTELLANOS TENA. Op. cit. pág. 278.

En nuestro sistema jurídico encontramos las siguientes -
excusas absolutorias:

Excusas por razones de mínima temibilidad. Art. 375.-Cuan-
do el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea resti-
tuido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y
perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no
se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio -
de la violencia.

Excusas en aborto imprudencial o en embarazo resultado -
de violación, artículo 333.- No es punible el aborto causado solo por impru-
dencia de la mujer embarazada o cuando el embarazo sea resultado de una vio-
lación.

En el primer caso se estima que existe mínima o ninguna -
temibilidad y que la mujer sufre las consecuencias de su propia imprudencia
al frustrarse su expectativa de maternidad, la segunda hipótesis la explican
los tratadistas en función de que no debe imponerse a la mujer una materni-
dad odiosa que le recuerde el hecho de la violación, aquí se invoca una ra-
zón de no exigibilidad de otra conducta.

3.4. EL ITER CRIMINIS.

Por iter criminis podemos entender el camino que recorre -
el delito, desde su ideación hasta su culminación, es decir, desde que en la
mente del activo surge la idea criminosa hasta que agota su conducta delictiva.

Este trayecto es propio de los delitos intencionales o dolosos, y no se recorre en los delitos imprudenciales o culposos.

El iter criminis, tiene dos fases: la interna, que se refiere a los procesos mentales y subjetivos del agente del delito, y la externa que comprende las manifestaciones perceptibles por los sentidos del sujeto. A continuación examinaremos ambas:

Fase interna, ésta fase está constituida de tres momentos:

Primero la ideación o idea criminosa, que es cuando el activo concibe en su mente la comisión de un ilícito penal.

Segundo, la deliberación, que se refiere a la valoración, a la meditación, a la consideración entre la realización o abstención del hecho delictuoso.

Y tercero, la resolución, que es el momento en que el sujeto decide llevar a cabo su conducta delictiva.

La fase interna no es punible en virtud de que el Derecho Penal sanciona únicamente los hechos realizados, no las ideas, existe en esta materia la máxima de que nadie puede ser penado por sus pensamientos.

Fase externa.- Esta se integra también de tres momentos que son: manifestación, preparación y ejecución.

La manifestación es el momento en que el sujeto externa su pensamiento delictivo, cuando proyecta al exterior sus ideas criminosas, - pero precisamente solo como una idea o un pensamiento. Esta manifestación no es sancionable, excepto en el caso de las amenazas en las que el simple anuncio o manifestación de causar un mal a las personas, honor o derechos propios o ajenos integran la figura del delito de amenazas.

La preparación consiste en la realización de actos en sí mismos lícitos con el propósito de llegar a la ejecución del delito, pero en los cuales no es apreciable la vinculación de la idea criminal con la transgresión de la norma penal. Se trata de un momento intermedio entre la manifestación y ejecución, esta fase tampoco es sancionable.

La ejecución es el momento en el cual el sujeto activo -- agota su conducta para la realización del tipo, la fase dentro de la cual el -- sujeto lleva a cabo todos los actos que suponen necesarios para realizar la -- conducta delictiva, ideada, deliberada, resuelta, manifestada y preparada. Si colman y reúnen todos los elementos típicos del delito se estará en presencia del delito consumado, en caso contrario, de la tentativa, que estudiaremos a -- continuación.

LA TENTATIVA.

La realización, por parte del sujeto activo de actos de -- ejecución tendientes a la realización de un delito, cuya consumación no se --

produce por causas ajenas a dicho sujeto, es lo que se entiende por tentativa.

"Por tentativa, se entiende, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto." (88)

"La tentativa, es la ejecución incompleta de un delito" (89)

Formas de la tentativa. Existen dos formas de tentativa, - la tentativa acabada o delito frustrado y la tentativa inacabada o delito intentado.

En la tentativa acabada o delito frustrado el activo lleva todos los actos idóneos para cometer el delito, pero el resultado no se presenta por causas ajenas a su voluntad. Hay ejecución completa de actos, lo que - no se realiza es el resultado, en este delito se realiza subjetiva pero no - objetivamente; por ejemplo, cuando alguien administró veneno en cantidad sufi-ciente para causar la muerte, pero ésta no ocurrió por causas ajenas a su vo-luntad, como la inesperada intervención del médico.

Encontramos que la tentativa inacabada o delito intentado se verifican los actos tendientes a la producción, pero por causas extrañas, el

88. FERNANDO CASTELLANOS TENA. Op. cit. 287

89. LUIS JIMENEZ DE ASUA. Op. cit.. pág. 509.

sujeto omite alguno o varios y por eso el evento no surge; hay incompleta ejecución, ejemplo, si se tiene ya atada a la víctima y se le está haciendo ingerir un tóxico preparado de antemano, mas de pronto se presenta un tercero y -- rompe el recipiente, impidiendo así que beba todo el contenido. Se dice que - el delito intentado no se consuma ni subjetiva, ni objetivamente.

3.5. LA PARTICIPACION EN EL DELITO.

La mayoría de los delitos requieren para su ejecución, la conducta de un solo individuo, por excepción, como en el caso del adulterio se hace necesario una conducta plural; ahora bien, cuando sin requerirlo el tipo-intervienen varios individuos, cooperan en la realización de un ilícito penal,- se representa la participación.

En materia de participación se maneja la terminología siguiente:

AUTOR.- Es el sujeto que produce la causa eficiente para la ejecución del delito, la persona que realiza una conducta física y psicológicamente determinante. También se le denomina autor al sujeto que comete un delito.

AUTOR INTELLECTUAL.- Es el sujeto que aporta elementos anímicos, psíquicos, morales para que tenga verificativo el delito.

AUTOR MATERIAL.- Es la persona que realiza una actividad física, corpórea para la realización del hecho típico, se lleva a cabo en la fase ejecutiva del delito.

AUTOR MEDIATO.- Es el sujeto que, para ejecutar un delito se sirve de otro.

COAUTOR.- Son los sujetos que en conjunto ejecutan el ilícito penal.

COMPLICES.- Son los auxiliares o sujetos que realizan una actividad indirecta útil para la comisión del delito.

El artículo 13 del Código Penal, regula lo referente a la participación y expresa:

"Son responsables de los delitos:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución, auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior - al delito y,
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado."

Al examinar el artículo transcrito, encontramos que la fracción I, se refiere al acuerdo o preparación para su realización, esto es, en cuanto llegue a verificarse la comisión del delito, el simple acuerdo, la -

elaboración mental, los actos preparatorios, no son sancionables. La fracción I, opera respecto a la realización del delito.

La fracción II, alude a la realización del delito en sí, o sea, a los autores materiales, a los que materialmente realizan la conducta típica.

La fracción III, se prevé la coautoría al mencionar una realización conjunta, el actuar varios individuos para ejecutar en conjunto un ilícito penal.

La autoría mediata, se contiene en la fracción IV, en la cual se señala como responsables de los delitos a los que para llevarlos a cabo se sirven de otro, el sujeto delinque no con otro, sino por medio de otro, que tiene el carácter de instrumento.

La fracción V, contempla lo que anteriormente era materia de la fracción II, esto es, inducir a cometer.

La fracción VI, encontramos participación, consistente en la prestación de ayuda o auxilio a otro para la comisión del delito; se alude a cómplices o auxiliadores que contribuyen en forma secundaria, pero eficaz.

El auxilio ulterior concertado previamente es la forma de participación que se incluye en la fracción VII; sin embargo, no debe confundirse

dirse esta hipótesis de participación con el encubrimiento previsto en la fracción IV del artículo 400 del Código Penal, pues en este caso el acuerdo es posterior.

Finalmente, la fracción VIII, se ocupa de la complicidad-correspectiva, anteriormente solo se refería a las lesiones y homicidio.

ASOCIACION DELICTUOSA Y PANDILLA.

El delito de asociación delictuosa que establece el artículo 164 del Código Penal, no es una forma de participación, es un delito autónomo que requiere para su integración la concurrencia de tres o más personas - organizadas para delinquir, no es como se dijo, una forma de participación, si no un concurso necesario que requiere el tipo como un elemento del mismo.

La pandilla, pandillerismo o pandillismo, formas diversas con que se denomina a la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más personas que sin estar organizadas, con fines delictuosos cometen en común algún delito.

La pandilla es una agravante en la comisión de cualquier delito, la reunión en sí no es punible, no reúne los elementos del delito, pero agrava la sanción del delito o de los delitos que se cometen formando parte de esa reunión. La pandilla tampoco es una forma de participación, consideramos que es una agravante.

3.6. CONCURSO DE DELITOS.

Se da el concurso de delitos, cuando una persona mediante una o varias conductas produce varios resultados típicos.

El concurso, como se verá enseguida, puede ser ideal o formal y real o material, según se trate de conducta singular y pluralidad de resultados o pluralidad de conductas y de resultados.

CONCURSO IDEAL O FORMAL.

El concurso ideal o formal, se presenta cuando existe unidad de conducta y pluralidad de resultados, o sea, cuando mediante una sola acción u omisión se cometen dos o más delitos, por ejemplo, cuando el conductor de un vehículo lo hace imprudentemente y colisiona con otro vehículo causando la muerte de uno de sus ocupantes, lesiona a otro y ocasiona el deterioro del mencionado segundo vehículo, se estaría entonces, en presencia de homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena, causados mediante una sola conducta (acción), o bien en el caso del guardián encargado de efectuar los cambios de las vías del ferrocarril, que por descuido no realiza la maniobra correspondiente, y en función de ello chocan dos trenes, lo que provoca la muerte de algunos pasajeros o tripulantes, lesiones en otros y daños materiales en los dos trenes, aquí, también encontramos homicidio, lesiones, daño en propiedad ajena y ataques a las vías generales de comunicación, como resultado de una sola conducta (omisión).

CONCURSO REAL O MATERIAL.

Este concurso se da cuando el sujeto activo realiza diversas conductas independientes entre sí y produce resultados también diversos, - tal sería el caso del que roba un vehículo y al darse a la fuga atropella y lesiona a una persona, choca con otro vehículo al cual le ocasiona daños; en este caso habrá robo, lesiones y daño en propiedad ajena. Aquí se aprecia la -- pluralidad de conductas y de resultados, todo ello con relación obviamente al mismo sujeto.

CAPITULO IV
ANALISIS DEL DELITO DE CONTAGIO EN LA LEGISLACION
PENAL DEL DISTRITO FEDERAL

Ante el fenómeno reconocido y aceptado de la existencia - del SIDA, debemos también ocuparnos de estudiar si el Derecho Penal tiene capacidad para orientar y reprimir en su caso, las conductas que se presentan vinculadas con la enfermedad.

Antes de ir al fondo, hay que ratificar la posición que - hay dos bienes jurídicos que son considerados de la mayor importancia, porque de ellos depende la existencia natural de otros muchos. El primero - el bien jurídico protegido - lo es la vida, ya que para cualquiera debe ser evidente - que si no existe vida, tampoco pueden darse otros bienes.

La salud es el otro bien de elevada jerarquía, pues de la misma depende la vida, ya que es inconcebible que se piense en la salud si no hay vida, pero a su vez la salud fundamenta la vida, puesto que al acabarse o agotarse se consume y termina la vida. Como se desprende de lo anteriormente expuesto, lo cierto es que vida y salud o salud y vida, son dentro del marco - de los bienes jurídicos de la persona, los que alcanzan el más elevado nivel.

Es notable el esfuerzo del legislador para proteger a los bienes vida y salud de la manera más amplia que puede haber, tutelándolos por medio de diferentes tipos penales como son; tratándose de la vida, el homicidio, el infanticidio, el parricidio y en cierta medida el aborto.

La salud, por su parte, puede decirse que permite una visión amplísima, ya que la ley reconoce la necesidad de protegerla en forma amplia y estricta, es decir, como idea permite la generalización y al mismo tiempo la singularización.

En este orden de ideas, el legislador ha considerado necesario proteger la salud de todos y cada uno de los habitantes, sin distinción ni diferenciación alguna. Por el hecho de estar vivos, los habitantes de nuestra nación tienen una salud que requiere de protección. Estamos frente a aquéllos casos en los que ciertos tipos penales se refieren, como objeto de la tutela jurídica, a una salud entendida en forma amplia y genérica.

Así encontramos que, el Título Séptimo, Capítulo I, del Libro Segundo del Código Penal Federal, se refiere al conjunto de delitos que son genéricamente incluidos bajo la denominación común de "DELITOS CONTRA LA SALUD."

Se contemplan ahí delitos que se identifican con un número de personas, como lo es el narcotráfico, refiriéndose éste a la producción, posesión, tráfico y otros actos en materia de estupefacientes y psico -

tropicos. También a este respecto hay un conocimiento básico y esencial acerca de la necesidad de crear tipos penales, ya que es triste y angustiosa realidad, el fenómeno social contemporáneo del uso y abuso de sustancias y vegetales de distinto origen y forma de producción, que traen como consecuencia la afectación de ciertas funciones normales del ser humano y la creación de sensaciones y percepciones ajenas a la realidad. En base a lo expuesto, no puede decirse que exista estrictamente un sujeto pasivo determinado, el tipo no ha sido creado por el legislador pensando en las personas en lo individual, sino en ellas en conjunto.

Sin desconocer que en todo caso de delito normalmente habrá posibilidad de identificar al pasivo, también es indiscutible la visión genérica del legislador. Piénsese en el caso del delito de posesión de estupefacientes o psicotrópicos y se verá que no es identificable un sujeto pasivo, -- porque el destinatario de la sustancia poseída puede serlo cualquiera, adicto o no adicto, usuario constante u ocasional. Se evidencia, en estos casos, el aspecto amplio que ha considerado el legislador al crear los tipos: una idea de la salud colectiva, sin que haya de referirse a persona determinada.

Por otra parte, la salud también es atendida por el legislador en otros tipos, ahora partiendo de una perspectiva concreta y con referencia a personas determinadas. Hay un conjunto de hipótesis legales que están en el Capítulo I, del Título Décimonoveno del mismo Libro Segundo, donde bajo el nombre de "lesiones", se comprenden todas las conductas y hechos que producen una alteración en la salud, siendo relevante mencionar que el Título del -

Código Penal que se ha mencionado corresponde al rubro de "DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL", que debe interpretarse referido a personas en particular, ya que se ha sostenido en forma invariable por estudiosos e intérpretes, que el bien jurídico que se protege en estos casos (referido a las lesiones), lo es la salud personal.

Lo importante es, en este orden de ideas, destacar que toda alteración de la salud es, en principio, un delito. La ley establece todas las hipótesis imaginables, pero partiendo del supuesto de que existe una salud personal, que es alterada por una causa externa.

No resulta fácil encontrar un concepto que permita incluir los tipos contra la salud, entendido en su forma amplia y al mismo tiempo quedé cabida a los tipos de lesiones en las cuales como se ha dicho, el bien jurídico que se protege es precisamente la salud personal, incluyéndose la integridad física, psíquica y fisicopsíquica de la persona.

Fijaremos una idea de lo que es la enfermedad y sea menos complicado el manejo de la salud, ya que del contraste puede resultar la claridad buscada. La enfermedad ha sido entendida como el proceso morboso que en forma permanente o transitoria afecta al organismo humano. Con esta idea se pretende cubrir toda la gama de posibilidades presentables, ya que sin entrar a clasificaciones, todo aquello que afecte morbosamente al cuerpo humano se traduce en enfermedad y puede ser, en cuanto al tiempo, de mayor o menor duración, sin que se modifique el concepto.

Es interesante destacar que la idea de enfermedad antes -
dada, requiere de un estado anterior en el que cierto proceso no está incluido
debe notarse que eludimos referirnos a un estado saludable, porque la salud --
absoluta es difícil, por no decir imposible de darse, si tomamos en cuenta -
las características propias del organismo humano.

Para hablar de enfermedad, lo único que requiere es una -
referencia anterior precisa, en la que el estado morboso no exista.

Siguiendo este pensamiento, podríamos afirmar que hay le-
siones y alteraciones a la salud, o en otras palabras, un daño al bien jurídi-
co llamado salud, siempre que por cualquier causa se produce un estado morboso
que modifica el preexistente.

Con esta idea, pensamos que se salvan verdaderos obstácu-
los para la comprensión del contenido de "SALUD", como bien jurídico, ya que -
entendido como debe ser, que el ser humano constituye un todo orgánico, basta
analizar y saber cuál es el estado en que un cierto momento se encuentra, para
poder saber si hay o no un factor que altere, en otro momento posterior al pre
cedente. Si existe esa alteración de la salud, estaremos frente a la presen -
cia de un ataque al bien jurídicamente protegido.

Daremos algunos ejemplos para evidenciar nuestra posición

Un individuo se encuentra en estado de coma, sujeto a la supervivencia por medios tecnológicos; si otro llega a modificar ese estado, mutilando o hiriendo el cuerpo, hay alteración en la salud, ya que se ha afectado la situación preexistente, aún cuando sea precaria la salud del paciente.

Por medio de ondas sonoras de alta frecuencia, se causa dolor a un individuo; el dolor cesa al cesar la onda. También en este caso, se altera la salud, a pesar de la falta de lesión perceptible, porque el dolor es un proceso diferente que no existía en el organismo.

Alguien, sabiendo de la fobia de un sujeto, lo coloca en posición tal que queda bajo el efecto del factor que lo altera; se trata en es tos casos, de una verdadera alteración a la salud mental. Reconociendo al ser humano como cuerpo orgánico, física y psíquicamente integrado, también se acepta como objeto de la protección de la salud mental.

La salud es, en estas condiciones, un objeto de tutela de la más elevada importancia. Tan es cierto esto, que la ley protege al bien jurídico que nos ocupa en la forma amplísima que está a su alcance.

Nuestra ley preocupada por proteger a la salud de todos los daños y peligros que el legislador ha sido capaz de imaginar. Reconociendo que el Derecho Penal, por su carácter subsidiario, protege a los bienes más importantes de las agresiones o ataques más severos.

Así tenemos, en primer lugar, la fórmula amplia que define las lesiones (toda alteración de la salud), que recibe todas las posibles formas de presentación del ataque; en segundo término, tenemos toda una serie de delitos (contra la salud) que tutelan y protegen al bien jurídico de la - - puesta en peligro. Esto hace comprensible las formas de delito contra la salud porque no afectan a nadie, pero si ponen en peligro a todos, como la mera posesión de estupefacientes. En tercer lugar, hay que mencionar delitos específicos de peligro, como el peligro de contagio de ciertas y específicas enfermedades, en que no requieren los tales delitos que exista el contagio, sino la simple posibilidad de que se dé.

Con lo que llevamos expuesto, se puede afirmar que la Ley protege a la salud, como bien social y jurídico de elevada importancia, desde - los conceptos amplios (de salud colectiva) y restringido (de salud personal) de todo tipo de ataques y de la simple exposición al peligro.

En la actualidad, existe un padecimiento o enfermedad que se identifica como SIDA, que hay quienes sostienen que es nuevo para la humanidad, pero también hay otros que afirman que se trata de una enfermedad de remoto origen, con nueva denominación.

Es obvio que el miedo al contagio, por la simple razón de formar parte de esos grupos de alto riesgo (hombres homosexuales, personas drogadictas, personas hemofílicas), habrá de transformar los comportamientos - -

individuales; ahora se tratará de alcanzar una seguridad en la salud, para no elevar el margen de riesgo y encontrar acomodo en otras facetas de la vida social.

No deja de ser igual la actitud de los heterosexuales, médicos, que tienen bajo su cuidado y atención a enfermos de SIDA. Ellos mismos están tratando de no participar en forma alguna, por el temor a caer también en alguna forma de contagio.

En cuanto al caso específico del SIDA, necesario resulta reconocer, que si bien es cierto que el padecimiento afecta en forma grave la salud, también lo es que por causas de origen legislativo no se encuentra una perfecta adecuación entre un tipo penal y las agresiones a la salud producidas por el padecimiento.

Para expresar más concretamente nuestra posición, es conveniente consignar los siguientes puntos:

El estado tiene la obligación de aportar todos los medios y esfuerzos necesarios para conservar y mejorar las condiciones de salud de las personas, porque ello permite un mejor desarrollo de la sociedad.

La salud interesa desde el aspecto amplio y desde el restringido; ésto significa que es importante para toda la sociedad ser saludable como conjunto y, además individualmente, porque es obvio y evidente --

que la salud colectiva depende de la salud personal.

Hay cierto tipo de padecimiento que afecta en forma grave la salud personal y, además implican un riesgo social por la dificultad para la prevención y la curación. Entre estos padecimientos pensamos que está el SIDA, que es, hasta la fecha, incurable una vez que se desarrolla en el organismo contagiado.

El medio perfectamente conocido de transmisión del padecimiento es el contacto personal sexual; en segundo lugar figura como medio de transmisión el empleo de los mismos utensilios para la aplicación de drogas por vía intravenosa, etc.

Todo aquel individuo que sepa que puede ser transmisor de la enfermedad debe abstenerse de realizar las conductas que impliquen el riesgo de contagio.

La ley debe motivar esta abstención usando a la norma penal como instrumento de orientación y motivación de las conductas individuales; para ello hay que disponer de un tipo penal que con precisión estricta señale el comportamiento antisocial y lo castigue con una pena.

Este es el hilo de razonamientos que nos permite apoyar nuestra posición. Sin embargo, es indispensable conocer si la ley tal como existe actualmente, dispone o no de los mecanismos necesarios para alcanzar-

los fines propuestos, lo que significa que la cuestión, en última instancia, se reduce a conocer si los textos legales aplicables, que protegen la salud pública y la salud individual son o no suficientes para enfrentar el nuevo problema causado por el SIDA, debiéndose incluirse en este análisis en función del peligro que representa o del daño que causa.

Desde una perspectiva puramente legislativa, veamos los fundamentos para sostener que tratándose de estos casos, el principio de legalidad impide o permite la aplicación de tipos penales aparentemente análogos.

Especemos por el tipo de peligro de contagio que protege la simple exposición al peligro del bien jurídico que se denomina "SALUD"

4.1. EL ARTICULO 199 BIS, DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Título Séptimo del Libro Segundo de nuestro Código Penal, se ocupa de proteger a la salud, haciéndolo de sus dos diferentes capítulos. Se trata, en estos casos, de la tutela al bien jurídico identificado como "Salud", pero entendido en su forma más amplia, sin referencia a la integridad de una persona individualizada.

En el primer Capítulo, están incluidos todos los actos-punibles que se relacionan con estupefacentes y psicotrópicos. No es este el lugar para ocuparnos de tales delitos, que siendo de la máxima importancia en la actualidad, no son motivo de nuestra atención en este trabajo.

El que si nos interesa, es el delito a que se refiere -
el Capítulo II, que corresponde al rubro "del peligro de contagio". Nos re-
ferimos al artículo 199 bis, que dice:

"El que sabiendo que está enfermo de sífilis o un mal -
venéreo en período infectante, ponga en peligro de contagio la sa -
lud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con--
prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin per
juicio de la pena que corresponda, si se causa el contagio.
Cuando se trate de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del
ofendido."

Según nuestra opinión, quien estando enfermo de SIDA, -
ponga en peligro de contagio, o contagie a alguien, no cae dentro del tipo -
del 199 bis transcrito, por las siguientes razones, todas ellas provenientes
de la aplicación estricta de la ley penal, o lo que viene a ser, fundadas en
el principio de legalidad.

El tipo legal se refiere a dos clases únicas de enferme
dad: sífilis o mal venéreo, entendido éste como género. Aún cuando parezca-
absurdo, hay que afirmar que la sífilis y el SIDA son dos cosas diferentes,-
desde cualquier punto de vista; resultaría inconcebible que alguien preten
diera asimilar una enfermedad con otra y si así lo hiciere, caería en la - -
aplicación analógica de la ley penal, que se encuentra expresamente prohibi
da.

4.1.1. MANIFESTACIONES CLINICAS DE LA SIFILIS.

"La Sífilis es una enfermedad generalizada, producida - por *Treponema Pallidum*, transmitida habitualmente por contacto - sexual caracterizada por lesiones cutáneo-mucosas en la etapa inicial, cuya remisión se sigue por períodos de lactancia y recaídas, así como manifestaciones tardías de muy variada gravedad y naturalza.

Etiología *Treponema Pallidum* es un procariote (sin membrana nuclear), provisto de dos membrana celular de las bacterias - (presión frágil) y la interna es equivalente a la pared celular --- (rígida); entre ambos se localiza el aparato locomotor formado por fibrillas que se enroscan alrededor del cuerpo celular." (90).

Los treponemas se cuentan entre los microbios más sensibles a la penicilina. No se ha encontrado, hasta ahora, treponemas resistentes a la penicilina.

Sífilis es enfermedad venérea que se transmite de una persona enferma a una sana por las relaciones sexuales o íntimas y por los besos.

En el hombre, después de la tercera o cuarta semana de haber tenido las relaciones sexuales con una persona que tenga sífilis se empieza a presentar lo siguiente, como sífilis primaria.

Un grano en el pene, escroto, ano, boca o piel y no presenta secreción alguna.

Este grano a veces no duele. puede ser grande o pequeño dicho grano a veces desaparece sin tratamiento pero dicha enfermedad está - avanzando progresivamente.

En la mujer, después de la tercera o cuarta semana de haber tenido relaciones sexuales o íntimas con la persona enferma se puede presentar un grano en cualquiera de las siguientes partes: vulva, vagina, - cuello del útero, lengua, labios, dedos, senos o en el ano.

Este grano no duele, puede ser grande o pequeño y no - presenta secreción alguna y también desaparece sin tratamiento al igual que el hombre.

COMPLICACIONES SECUNDARIAS.

Si la enfermedad no se trata a tiempo, tanto en el hombre como en la mujer, después de seis meses puede presentar lo siguiente:

- Un brote o aspullido en la piel y
- Caída del cabello

COMPLICACIONES TERCIARIAS GRAVES COMO:

- Problemas del corazón y,
- Parálisis.

Cuando la mujer padece la sífilis y está embarazada, se le puede transmitir al niño, el cual sufre lesiones. A veces se produce un aborto o la muerte fetal intrauterina.

Ante la presencia o sospecha de la sífilis en la mujer-embarazada es importante realizar un exámen de sangre para detectarla, así - el médico dará el tratamiento adecuado evitando lesiones en su hijo.

Si una mujer durante el embarazo presenta sífilis, su - hijo puede nacer con alguna de las siguientes deformaciones en los huesos, - dientes, piernas, piel, nariz, con el paladar hendido, sordera o retardo men- tal.

4.1.2. SINDROME DE INMUNODEFICIENCIA ADQUIRIDA (SIDA).

El SIDA es una enfermedad que se empezó a describir en- 1981, sin embargo aparentemente el virus se encontraba circulando en África- desde la década de los cincuentas, de ahí pasó al Caribe, a los Estados Uni- dos y al resto del mundo.

Es una enfermedad grave que hasta la fecha es incurable. En México la mayoría de los enfermos del SIDA corresponde a personas entre - los 20 y 44 años de edad.

El SIDA es una enfermedad de gran impacto ya que afecta la capacidad del organismo para defenderse de las infecciones, es decir, provoca una baja en las defensas, lo que permite que se desarrollen infecciones que pueden ocasionar la muerte del individuo.

El virus ha sido detectado en sangre, semen, orina, líquido cefalorraquídeo.

El nombre definitivo del virus fue establecido por el Comité Internacional Sobre la Taxonomía de los Virus (ICTV) recomendando el nombre de "VIH" (Virus de la Inmunodeficiencia Humana).

El período de incubación para desarrollar la enfermedad varía de los seis meses a los seis años y en algunos casos hasta los 10 años.

El ser humano es el huésped definitivo y del 15 al 30 por ciento de las personas que se infectan con el "VIH" desarrollarán la enfermedad.

Es importante destacar que la susceptibilidad es universal y que en este aspecto la labor educativa adquiere importancia prioritaria ya que permite al individuo tener información sobre las formas de prevención.

Al respecto, es conveniente que los equipos de salud adopten una posición que favorezca la estabilidad sexual de la pareja y evite la promiscuidad sexual.

Es importante saber que el SIDA no se transmite por contacto casual, ni social, es decir por saludar, abrazar, utilizar el mismo baño, WC, tinas, lavabos o albercas, ni por estornudos, tos o flemas, ni por usar platos o utensilios de cocina o por comer alimentos preparados por enfermos de SIDA.

Se transmite a través del contacto sexual con una persona infectada de este virus, al existir intercambio de líquidos corporales como el semen y la sangre; en los adictos a las drogas de administración intravenosa la transmisión se realiza cuando se comparten agujas o jeringas de personas infectadas por este virus y que no son esterilizadas correctamente; por transfusión de sangre o sus derivados que provengan de donadores infectados y también puede transmitirse durante el embarazo, en el momento del parto o en el periodo de alimentación al seno materno.

Las molestias (síntomas) que pueden hacer sospechas que una persona esté enferma de SIDA, son:

- Fatiga sin causa aparente, combinada con dolor de cabeza, mareo o vértigo.
- Fiebre constante que se puede manifestar como sudores nocturnos.
- Pérdida de más de 5 kilos de peso, que no se deba a dieta o a mayor actividad física.
- Aumento del tamaño de los ganglios linfáticos del cuello o axilas.
- Tos fuerte y seca, que no se deba al cigarrillo y que haya durado demasiado tiempo para ser un resfriado o gripe, dificultad para respirar .

- Aftas (recubrimientos espesos y blanquesinos en la lengua o garganta) que pueden ir acompañados de dolor.
- Formación de moretones con mayor facilidad que lo normal.
- Placas o manchas violáceas o descoloridas en la piel, que suelen aparecer por primera vez en los tobillos y piernas, o en las membranas mucosas del interior de la boca.
- Hemorragia sin causa aparente por cualquier orificio del cuerpo.
- Diarrea con duración mayor de dos semanas y que no ha cedido a tratamiento médico habitual.

Cuando una persona refiere ésta sintomatología o parte de ella, podemos pensar en una fase PRESIDA, en la que es conveniente canalizar al paciente con el médico quien deberá realizar un diagnóstico integral, desde el punto de vista clínico y apoyado por los exámenes de laboratorio correspondientes fundamentalmente la prueba de "ELISA", para detectar anticuerpos circulantes VIH, y western blod (prueba confirmatoria de SIDA).

Algunas medidas preventivas son:

- La labor educativa.
- Evitar contacto sexual con miembros del grupo de alto riesgo.
- Evitar contacto sexual con enfermos de SIDA.
- Evitar la relación sexual con parejas múltiples, incluyendo prostitutas.

- Usar condón en caso de tener relaciones sexuales ocasionales.
- Evitar la promiscuidad sexual.
- Evitar contacto sexual con personas que hayan resultado con prueba de "ELISA" positiva.
- Evitar la administración de drogas intravenosas.
- No compartir jeringas.

Con lo expuesto en los dos puntos anteriores, aún cuando parezca absurdo, se afirma que la sífilis y el SIDA son dos cosas diferentes desde cualquier punto de vista; y resultaría inconcebible que alguien pretendiera asimilar una enfermedad con otra y si así lo hiciera, caería en la aplicación analógica de la ley penal, que se encuentra expresamente prohibida.

Por otra parte, un mal venéreo es siempre relacionado con la actividad sexual, tal como se desprende, desde la interpretación gramatical de la expresión "venérea", cuanto de la clasificación de las enfermedades hecha por la Organización Mundial de la Salud.

Es conocida la posibilidad de que el SIDA se transmita o contagie sin la actividad sexual, como ocurre entre los usuarios de una misma jeringa hipodérmica. Precisamente al estar escribiendo estas observaciones, se publicó en los diarios, la información de un notable incremento del padecimiento entre mujeres de raza negra y de origen "hispanico", que nada tienen que ver con actividades sexuales, sino con uso de drogas por vía intra -

venosa, transfusión de sangre (personas hemofílicas). Obviamente, si se pretende incluir el peligro de contagio del SIDA en el artículo 199 Bis, quedarían fuera muchos casos, con lo cual no se habría resuelto el problema de -- prevención que interesa.

No se conoce con suficiencia el período de riesgo de contagio del SIDA; el tipo del 199 bis se refiere a que la persona enferma de un mal venéreo debe saber que lo padece y, además que éste se encuentre en su período infectante. En otras palabras, para que se dé el delfio en cuestión, se requiere un doble conocimiento: el del mal que se sufre y del período infectante. Esto es perfectamente razonable cuando se trata de ciertos males como la blenorragia o la sífilis misma, que son transmisibles en ciertas temporalidades.

Tratándose del SIDA, puede decirse que si los profesionales de la medicina aún no determinan la etapa del posible contagio, resulta imposible que el enfermo tenga tal conocimiento, todo lo cual equivale a decir que faltaría siempre uno de los dos requisitos de cognoscibilidad y ello traería como consecuencia la permanente insatisfacción del tipo, más ahora -- que el dolo no es presumible, sino que tiene que ser probado.

Las cuestiones médicas relacionadas con el SIDA aún no -- se encuentran suficientemente conocidas y valoradas. Ello hace que cualquier interpretación legal que se haga de la enfermedad atribuyéndole ciertas caracte-

terísticas, será cuestionable en grado extremo. Para precisar si se está o no ante un mal venéreo y que éste se encuentre en período infectante, que -- son los dos elementos indispensables para la aparición del tipo, se requiere mejores conocimientos de los que actualmente disponemos, ya que se está ante el riesgo de caer en un tipo abierto, atentatorio del principio de legalidad.

Por estas razones, según hemos de concluir que el peligró de contagio del SIDA no tiene cabida en el 199 bis transcrito, lo que -- significa que el bien jurídico "salud", en su aspecto amplio, no está protegido del riesgo o peligro de contagio que sí se tiene en otros casos. Ello, como se ha venido exponiendo, por causa de orden legislativo fundada en la -- omisión de previsión de lo que no era previsible. En consecuencia, resulta-conveniente actualizar la ley, para recoger el nuevo fenómeno patológico.

4.2. EL ARTICULO 288 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es el que deviene de la alteración a la salud que se padece por el contagio de la enfermedad.

Aquí estamos frente a la posibilidad de establecer que -- se puede identificar el contagio del SIDA con un delito de lesiones que pueden llevar hasta la muerte, porque el tipo que contiene la definición legal de lesiones, permite incluir en forma genérica como tal "toda alteración de la salud."

Es el Título Décimonoveno, Capítulo I, del Libro Segundo del Código Penal al que, bajo el rubro genérico de "Delitos contra la vida y la integridad corporal" y el específico de "lesiones", que dice:

"Artículo 288: Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si los efectos son producidos por una causa externa."

Haciendo un planteamiento concreto, podemos afirmar que la cuestión se reduce a saber si el tipo de lesiones con base en la idea general de que es lesión toda alteración en la salud, permite recoger los casos de contagio del SIDA, sea cual fuere su medio de transmisión.

El problema de asimilar el tipo de lesiones a la transmisión del padecimiento que nos ocupa no resulta tan complicado, en primer término por el concepto amplio que se maneja de aceptar que es lesión toda alteración de la salud y en segundo porque con esta idea no existe limitación en las formas dolosa y culposa de presentación del tipo subjetivo.

El problema de la causalidad que plantea la parte final de la descripción típica de "lesión" al decir que la alteración de la salud es constitutiva del delito "si los efectos son producidos por una causa externa", parece no representar una cuestión polémica, ya que todas las formas conocidas de transmisión del SIDA tienen una causa externa. En efecto, sea por contacto sexual, por uso de instrumentos para satisfacer la adicción a -

la droga, por transfusión de sangre. etc., parten del supuesto de que hay -- una persona sana, es decir que no padece SIDA, y que es contagiada por alguno de tales medios, con lo que se surte plenamente la causalidad requerida por el tipo de lesiones.

Con lo anterior queremos anotar que parece no existir -- una dificultad técnica para asimilar la descripción de las lesiones con los casos de contagio del padecimiento que nos ocupa.

La ley en lo relativo a la forma de presentación de las lesiones permite el comportamiento doloso igual que el culposo y aún el preterintencional y dada la amplitud del concepto de la "alteración de la salud" el caso que nos ocupa puede ser tratado como lesión.

Sin embargo, el principio de legalidad que hemos venido manejando, exige que haya una perfecta adecuación entre el caso concreto y - la hipótesis normativa, que es abstracta, al mismo tiempo que prohíbe apli-car la ley penal por analogía y aún por mayoría de razón.

Si sostenemos que el tipo de lesiones tal como está des-crito actualmente en el artículo 288 permite tratar bajo ese rubro los contagios del SIDA, el punto a estudiar es, si existe o no analogía en estos ca-sos. Si la respuesta es afirmativa, estaremos ante la anticonstitucionali -dad de la solución propuesta; en cambio, si es negativa, podremos ratificar-

que la ley nacional puede tratar los casos que nos ocupan como constitutivos de lesiones.

La salud es protegida por el Derecho Penal, como antes - se expuso, considerándola como un bien general y abstracto y también individual y concreto. Esta es la razón por la que en nuestra ley penal existen - los tipos de delito contra la salud (en el Título Séptimo del Libro Segundo) donde encontramos englobados los tipos relativos a los estupefacientes y - - psicotrópicos y, además, también tenemos los delitos o tipos (Título Décimo-noveno) correspondientes a los delitos contra la vida y la integridad corpó - ral, o sean los tipos de homicidio y de lesiones con sus respectivas varian - tes.

No deben confundirse ni asimilarse, tipos que están refe - ridos a bienes jurídicos diferentes; es tan clara la separación que nuestro - legislador ha establecido, que el tipo de peligro de contagio es de índole - general y abstracto (cualidad con exclusión de otro), como se desprende no - solamente de su ubicación sistemática sino también del párrafo primero del - artículo 199 bis, donde se señala un caso distinto a la simple exposición al - peligro, al decir que se sanciona éste, "sin perjuicio de la pena que corres - ponda, si se causa el contagio."

Es claro que en este caso, estamos ante un delito diferente, de lesión o de daño y que debe ser sancionado según el caso concreto, atendiendo a la naturaleza de la enfermedad y el resultado sobrevenido. En un acto de contenido sexual se puede dar el caso tanto de la exposición al peligro cuanto de la afectación real de la salud; en el primer caso estaremos frente al artículo 199 bis y en segundo frente al tipo de lesiones. Sin embargo, es limitado el plantamiento normativo para resultar aplicable al contagio de SIDA, porque solamente se contempla la transmisión por medio de la relación sexual y, como se ha planteado antes, hay otros casos diferentes que quedan substraídos de la norma.

Solamente llevando la analogía a los casos no considerados se podría satisfacer el tipo de lesiones, y ésto, como se ha dicho, está prohibido por nuestra Constitución.

En otras palabras, el contagio del SIDA, no es producido siempre por contacto sexual y es imposible considerar a tal padecimiento como de contenido sexual. En consecuencia, la exposición al peligro de contagio de SIDA por medio de contacto sexual no es típico, por no ser enfermedad venérea ni es constitutiva de lesiones, porque los medios que producen el contagio quedan en algunos casos, totalmente fuera del control de la voluntad del contagiante.

4.3. EL ARTICULO 292 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En el Título Décimonoveno, Capítulo I, del Libro Segundo del Código Penal, cuyo rubro genérico es el de "Delitos contra la vida y la integridad corporal" y el específico de "lesiones", en su artículo 292 establece:

"Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicado para siempre cualquier función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Se impondrán de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales."

Haciendo un planteamiento concreto, podemos afirmar que la cuestión se reduce a saber si el tipo de lesiones con base en la idea "... al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable..." permite recoger los casos de contagio del SIDA, sea cual fuere el medio de transmisión.

El problema de asimilar el tipo, al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, a la transmisión del padecimiento que nos ocupa, no resulta complicado, en principio porque el SIDA es una enfermedad segura e incurable y admite las formas dolosa, culposa y la preterintención.

Con esto decimos que parece no existir una dificultad -- técnica para asimilar la descripción de la lesión con los casos de contagio de la enfermedad que nos ocupa.

Sin embargo, el principio de legalidad exige que haya -- una perfecta adecuación entre el caso concreto y la ley penal, al mismo tiempo que prohíbe aplicar la ley penal por analogía y aún por mayoría de razón. Si consideramos el tipo de lesión tal como está descrito actualmente en el artículo 292 permite tratar los contagios de SIDA. Sin embargo, no debemos confundir, tipos que están referidos a bienes jurídicos diferentes como ya -- se expuso anteriormente, sino también el párrafo primero del artículo 199 -- bis, donde se señala "sin perjuicio de la pena que corresponda, si se causa contagio."

Es claro que estamos ante un delito diferente, de lesión atendiendo a la naturaleza de la enfermedad.

Si sostenemos que el SIDA es asimilado en el artículo 292 como una lesión, entonces contemplaría también a la sífilis como una lesión, porque según Jesús Kumate y Gonzalo Gutiérrez, en su libro Manual de Infectología dice:

"La sífilis, es una enfermedad generalizada, producida -- por treponema Pallidu, transmitida habitualmente por contacto sexual caracterizada por lesiones cutáneo mucosas en la etapa inicial, cuya remisión se sigue por períodos de lactancia y recaídas, así como ma-

nifestaciones tardías de muy variada gravedad y naturaleza." (91).

Las características que tienen los dos tipos que han de tomarse como base - el peligro de contagio y el de lesiones- son tan insuficientes para abarcar todos los casos presentables en que intervenga el SIDA- que solamente violentando el principio de legalidad podríamos darles cabida a las múltiples hipótesis dentro de tales tipos. Es obvio que un procedimiento como el que se indica estaría afectado de anticonstitucionalidad, razón por la que no debe seguirse.

Lo más importante es según nuestro personal criterio, en tender y anticipar que esta enfermedad que venimos tratando crece en proporciones alarmantes geométricas; un solo individuo infectado puede a su vez -- contagiar a muchas personas, cada una de las cuales se convertiría en un peligro para la salud e individual. Sin que caigamos en alarmismos infundados ya que se conserva la esperanza de encontrar el remedio, es necesario reconocer y aceptar que estamos frente a un nuevo fenómeno que no es tratado, por las razones antes dadas. Esto hace recomendable afrontar la nueva situación para: Resolver si el caso requiere tratamiento penal y, en el caso de una respuesta afirmativa, SUGERIR EL TIPO QUE MEJOR SE ADAPTE A LA NECESIDAD SOCIAL VALORADA.

91. JESUS KUMATE, GONZALO GUTIERREZ, Manual de infectología, Octava Edición, Editor Francisco Méndez Cervantes, Medicina 24, México 1981, pág. 258.

CAPITULO V
EL CONTAGIO DEL SIDA EN EL DERECHO PENAL
COMPARADO

5.1. EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.

La legislación penal Española contempla el delito de contagio doloso de enfermedades. Incluso antes de la aparición del nuevo padecimiento (SIDA), ya se trata en la reforma de 1958, creándose un tipo penal que es aplicable al peligro de contagio. Se trata del artículo 348 Bis, que establece:

"ARTICULO 348 Bis.- "El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrían imponer la pena superior inmediata sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituye el mismo grado. " (92).

El Código Penal Español en su artículo 348 Bis, solamente nos señala que puede darse dolosamente, como se desprende del uso del calificativo "maliciosamente" con el que se hace la conducta. Esto quiere decir, hablando estrictamente, que este tipo excluye la presentación del tipo subjetivo culposo; pero al mismo tiempo como se desprende también del uso de las palabras "propagare una enfermedad transmisible", se refiere a que cualquier persona puede ser sujeto activo que tenga la intención de propagar una enfermedad. Pero

92. A. QUINDANA RIFOLLES, Comentarios al Código Penal Español, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1966, Pág. 689.

al mismo tiempo, es más amplio el tipo de peligro de contagio que la ley española recoge en su nuevo tipo, refiriéndose a cualquier enfermedad transmisible quedando comprendido en este tipo la enfermedad contagiosa como lo es el SIDA, que hasta la fecha es incurable y mortal en el ser humano.

5.2. EN EL DERECHO PENAL ITALIANO.

Asimismo, el Código Penal Italiano, hace referencia al delito contra la salud integral de la sociedad, al referir en su artículo 554 lo siguiente:

"TITOLO X. DEI DELITTI CONTRO LA INTEGRITÀ E LA SANITÀ - --
DELLA STIRPE. 554.- Contagio di sifilide e di blenorragia.- Chiunque, essendo affetto da sifilide e occultando tale suo stato, compie su taluno atti tali da cagionargli il pericolo di contagio, è punito. Se il contagio avviene, con la reclusione da uno a tre anni.

Alla stessa pena soggiace chi, essendo affetto da blenorragia e occultando tale suo stato, compie su taluno atti preveduti dalla -- disposizione precedente, se il contagio avviene e da esso deriva una -- lesione personale gravissima (583)

In ambedue i casi il colpevole è punito a querela della --- persona offesa..." (93).

Como podemos observar, en el Código Italiano no está tipificado de manera precisa el contagio del SIDA, pues en el artículo 554 de dicho ordenamiento legal se hace referencia únicamente al contagio de la sífilis y de la blenorragia como enfermedades venéreas, pero el SIDA puede transmitirse por otras vías y no necesariamente por contacto sexual, de lo que se deduce que el SIDA no siempre es una enfermedad venérea.

93. F. CARNELUTTI A. CRESPI, Codice Penale e di Procedura Penale, e Leggi complementari, Padova, Cedas-Casa Editrice Dott. a Milán 1978, págs. 103

5.3. EN EL DERECHO PENAL FRANCES.

El contagio está regulado en Francia por el Código de la --
Salud Pública promulgado el 5 de octubre de 1953.

Este ordenamiento legal establece lo siguiente:

"Code de la santé publique
(Première partie. - Législative)
(Décr. n° 53-1001 du 5 oct. 1953. - C. santé publ.)

LIVRE III

TITRE II.- LUTTE CONTRE LES MALADIES VÉNÉRIENNES:

L. 285. (Ord. no. 60-1246 du 25 nov. 1960) Tout agent contaminateur qui, se sachant atteint d'une maladie vénérienne, ne peut faire la preuve d'un traitement régulier est puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 2 000 F à 30 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement.

L. 289. (Ord. n° 60-1246 du 25 nov. 1960) Toute fausse déclaration, faite de mauvaise foi, qui tendrait à signaler aux autorités --
sanitaires, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirecte-
ment, une personne comme agent de contamination au sens de l'article
L. 261, est punie des peines de la dénonciation calomnieuse.

L. 290 (Ord. n° 60-1246 du 25 nov. 1969) Est punie d'un - - - - -
emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 2 000 F à - - - -
15 000 F ou de l'une de ces peines seulement:
1° Toute femme qui nourrit au sein un enfant autre que le sien alors
qu'elle se sait atteinte de la syphilis;
2° Toute personne qui, sciemment, laisse nourrir au sein un enfant --
syphilitique dont elle a la garde sans avoir fait avertir la nourrice
par un medecin de la maladie dont l'enfant est atteint et des précau-
tions à prendre;
3° Toute personne qui, sciemment, donne en nourrice un enfant -----
syphilitique sans aviser les nourriciers de la maladie dont l'enfant
est atteint."(94)

Similar situación se presenta en Francia, donde el Código de la Salud Pública no está contemplando, de manera precisa, el contagio del SIDA, pues en sus artículos, L. 285, L. 289 y L. 290 de dicho ordenamiento legal se hace referencia de una lucha contra los males venéreos, pero el SIDA puede transmitirse por otras vías y no necesariamente por contacto sexual, de lo que se deduce que el SIDA no siempre es una enfermedad venérea.

CONCLUSIONES

- 1.- La vida humana es el bien jurídico protegido por varias normas penales, como ocurre en el tipo del delito de homicidio, de parricidio, de infanticidio, aborto, etc.
- 2.- Los bienes de mayor valor son la vida humana y la salud. La vida, porque es evidente que si ella no existe, tampoco pueden existir otros bienes; la salud también es muy importante porque hace posible la vida, puesto que al acabarse o agotarse la salud se consume y termina la vida.
- 3.- La ley protege a la salud, como bien social y jurídico de elevada importancia, desde los conceptos amplio (de salud colectiva) y restringido (de salud personal), de todo tipo de ataques y de la simple exposición al peligro de contagio.
- 4.- En virtud de que una de las enfermedades que actualmente tienen esteroidizada a la humanidad, es el SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida) es urgente que el Derecho Penal contemple el posible contagio doloso de dicha enfermedad.
- 5.- La legislación penal de nuestro país no prevé el contagio de SIDA, solo hace referencia al contagio de la sífilis y demás enfermedades venéreas pero éstas no pueden ubicarse al SIDA ya que se trata de una enfermedad muy distinta y puede transmitirse por transfusión de sangre o por otros medios que nada tienen que ver con la relación sexual entre las personas.

- 6.- Para los efectos del Derecho Penal debemos tomar en cuenta que quien padece de SIDA, es una persona que irremediablemente, va a fallecer, toda vez que hasta hoy día, no hay ningún tratamiento médico eficaz en contra de dicha enfermedad, por tanto, si ese sujeto sidoso transmite dolosamente su enfermedad, al imponersele una determinada pena, no se puede readaptar, sino que simplemente se debe sancionar su conducta para los fines de la prevención general.

- 7.- Quienes afirman que el SIDA es una enfermedad venérea y que está contemplado en el artículo 199 bis, del Código Penal para el Distrito Federal están inmersos en un error, toda vez que, como está científicamente demostrado el SIDA es un virus que afecta la capacidad del organismo para defenderse de las infecciones, es decir, provoca una baja en las defensas, lo que permite que se desarrollen infecciones que pueden ocasionar la muerte del individuo; la sífilis es una enfermedad venérea, ocasionada por una bacteria cien por ciento y se encuentra entre los microbios más sensibles a la penicilina.

- 8.- La Ley protege a la salud de todos los daños y peligros, así tenemos, en primer lugar, la fórmula amplia que define las lesiones (total alteración de la salud), que recibe todas las posibles formas de presentación del ataque; en segundo término, tenemos toda una serie de delitos (contra la salud) que tutelan y protegen al bien jurídico de la puesta en peligro. Esto hace comprensible las formas de delito contra la sa -

lud que no afectan a nadie, pero sí ponen en peligro a todos, como la mera posesión de estupefacientes. En tercer lugar, hay que mencionar delitos específicos de peligro, como el peligro de ciertas y específicas enfermedades, en que no requieren que exista el contagio, sino la simple posibilidad de que se dé.

- 9.- No deben confundirse ni asimilarse, a tipos que están referidos a bienes jurídicos diferentes. Esta es la razón por la que en nuestra ley penal existen los tipos contra la salud (en el Título Séptimo del Libro Segundo), donde encontramos englobados los tipos relativos a los estupefacientes y psicotrópicos y, además, también tenemos los tipos (Título Décimonoeno), correspondiente a los delitos contra la vida y la integridad corporal o sea tipos de homicidio y de lesiones con sus respectivas variantes; es tan clara la separación que nuestro legislador ha establecido, que el tipo de peligro de contagio es de índole general y abstracto, como se desprende no solamente de su ubicación sistemática, sino también de la parte final del párrafo primero del 199 bis, donde se señala un caso distinto a la simple exposición al peligro, al decir que se sanciona éste, "sin perjuicio de la pena que corresponda, si se causa el contagio."
- 10.- Que resulta absolutamente indispensable dar una configuración típica -- exacta y precisa al fenómeno del SIDA ya que nuestro Código Penal no contempla dicho contagio y sólo contempla al contagio de la sífilis y demás

enfermedades venéreas, y de acuerdo al principio de legalidad se exige que haya una perfecta adecuación entre el caso concreto y la hipótesis-normativa, al mismo tiempo que prohíbe aplicar la ley penal por analogía y aún por mayoría de razón.

- 11.- En todos los lugares donde se han presentado casos numerosos de víctimas del padecimiento, se ha dado una reacción parecida entre los médicos y demás personal hospitalario, en el sentido de evitar en lo posible el trato y el contacto con tales pacientes, ésto ha propiciado que -- ellos, se vean desatendidos y discriminados por quienes tienen la obligación de proporcionarles ayuda, auxilio y tratamiento. No hay duda de que ciertos casos pueden caer en el tipo de abandono de personas que -- contiene el artículo 335 del Código Penal.
- 12.- La transmisión del SIDA provoca la muerte del sujeto en un tiempo indeterminado, no puede ser tratado como homicidio, ya que tan sólo el período de incubación del virus del SIDA es de aproximadamente cinco años y la ley exige para integrar el homicidio que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta días contados desde que fue lesionado de lo que se desprende que no se da la condición objetiva de punibilidad -- para el delito de homicidio.
- 13.- Hemos realizado este trabajo, con la única finalidad de llamar la atención del legislador nacional a quien corresponde adecuar la ley penal -- a los requerimientos de una sociedad en constante transformación, mismo

que por su reciente conocimiento había pasado desapercibido. Téngase - siempre presente que el enfermo de SIDA forma parte de una sociedad que cuenta, entre sus más elevados valores a la salud de las personas, quedando al sensato criterio del legislador si la conducta relativa a la - transmisión dolosa del SIDA debe o no ser contemplada por el Derecho Pe nal; mi opinión personal, es que así debe ser.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

ALMANZA PASTOR, José María

Derecho de la Seguridad Social, Editorial Ecnos, Edición Tercera, Madrid, 1981.

BENOIT, Francis-Paul.

Derecho Administrativo Francés, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1977.

BETTIOL, Giuseppe

Diritto Penale-Parte General, Editores Palermo, Edición Tercera, Italia, 1965.

CUELLO CALON, Eugenio.

Derecho Penal, T.I., Editorial Barcelona, Edición Octava, Barcelona 1976.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl

Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S.A. México, 1988.

CASTELLANOS TENA, Fernando.

Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., -- México, 1989.

CARVAJAL MORENO, Gustavo y Cols.

Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Editorial Porrúa, S.A. México, 1981.

CARDIN, Alberto y Armand de Fluviá (Eds)

S.I.D.A. ¿Maldición Bíblica o Enfermedad Letal?, Laertes, S.A. de Ediciones, Barcelona, 1985.

DE PINA, Rafael.

Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México 1981.

DEL RIO GONZALEZ, Benito.

SIDA ¡Un esfuerzo mundial lo vencerá! Editorial UNAM, Dirección General de Servicios Médicos, México, 1988.

JIMENEZ HUERTA, Mariano.

Derecho Penal Mexicano, T. II, Editorial Porrúa, Edición Quinta, México 1981.

JIMENEZ DE ASUA, Luis

La Ley y el Delito, Editorial Hermes, Argentina, 1954.

JIMENEZ DE ASUA, Luis y CARSÍ ZACARES, Francisco.

Códigos Penales Iberoamericanos, Estudio de Legislación Comparada, Volúmen Primero, Editorial Andrade Bello Caracas, 1946.

KUMATE, Jesús y GUTIERREZ, Gonzálo.

Manual de Infectología, Octava Edición, Editor Francisco Mendez Cervantes, Medicina 24, México 1981.

MONTAGNIER, Luc y Col.

16 Especialistas dan respuesta a sus preguntas sobre el SIDA, Editorial Leal, Edición Primera, España 1987.

MEZGER, Edmundo.

Tratado de Derecho Penal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

OLIVERA TORO, Jorge.

Manual de Derecho Administrativo, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1978.

PAVON VASCONCELOS, Francisco.

Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Edición Séptima, México, 1985.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.

Programa de Derecho Penal, Editorial UNAM, México, 1968.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino.

Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Edición Séptima, México, 1982.

QUINTANO RIPOLLES, A.

Comentarios al Código Penal Español, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1966.

ROGINA VILLEGAS, Rafael.

Derecho Civil Mexicano, T.II. Editorial Porrúa, México, 1975.

ROZENBAUM, Willy y Col.

SIDA Realidades y Fantasmas, Editorial Katum, Edición Segunda, México 1985.

SERRA ROJAS, Andrés.

Derecho Administrativo, T. I. Editorial Porrúa, México, 1983.

SERRA ROJAS, Andrés.

Ciencia Política, Editorial Porrúa, S.A., México, 1983.

SAN MARTIN, Hernán.

Salud y Enfermedad, Tercera Edición, La prensa Médica, Editorial Fourrier, S.A., México, 1977.

TENA RAMIREZ, Felipe.

Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1983.

VELA TREVIÑO, Sergio.

Antijuricidad y Juricidad, Editorial Porrúa, Edición Segunda, México, 1976.

VELA TREVIÑO, Sergio.

Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del Delito, Editorial Trillas, - Edición Primera, México, 1973.

VILLALOBOS, Ignacio.

Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Edición Cuarta, México, 1983

LEGISLACION

Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada,

Rectoría del Instituto de Investigaciones Jurídicas de México,
Editado por la UNAM.

Ley General de Salud, Editorial Andrade, Edición Primera Reformada,
México 1986.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, Edición Cuadragésima
quinta, México, 1989.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, Edición Cuadragésimo
quinta, México, 1990.

Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se crea el Consejo Nacio-
nal para la Prevención y Control del Síndrome de la Inmunodeficiencia -
Adquirida, México, 24 de agosto de 1988.

REVISTAS.

Boletín Mensual del SIDA, Sector Salud, CONASIDA, Editado por la Dirección General de Epidemiología, Año 1, números 1, 2, 3 y 4 correspondientes a los meses de Marzo, Abril, Mayo y Junio de 1987, México y del Año 3 números 1, 2 y 4 correspondientes a los meses de Enero, Marzo y Abril de 1989, México.

Boletín Mensual del SIDA, Sector Salud, CONASIDA, Editado por la Dirección General de Epidemiología, Año 2, número 8, correspondiente al mes de agosto de 1988, México.

REVISTA DE ENFERMERIA, Instituto Mexicano del Seguro Social, México, Vol. I números 2-3, 1988.

Revista Mexicana de Justicia, No. 3, Vol. IV, Julio-Septiembre 1986, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Consejo Editorial.

Información sobre el S.I.D.A. para el público en general, Secretaría de Salud Subsecretaría de Servicios de Salud, Dirección General de Epidemiología, Programa y Detención del SIDA.

Unidad Educativa para el Cuidado de la Salud, Número 7, Enfermedades de Transmisión Sexual, Secretaría de Salud- Subsecretaría de Servicios de Salud Dirección de Educación para la salud, México, 1987.

Temas selectos de Medicina Interna, SIDA: Flagelo de Nuestra Epoca (número especial), Laboratorios a.f., Aplicaciones Farmacéuticas, S.A. de C.V.

La Prensa, "SIDA, Castigo de Dios", Rojas Madrid, Tomás, Año LVI, número 20, 203, México 1982.

El Herald de México, "Avanza la peste lila", López Padilla, Luis Eduardo,
Año XIX, número 6, 508, México, 1982.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

Enciclopedia Salvat, Diccionario, Editorial Salvat Editores, S.A., Tomo IV
Coqui-Elec, Barcelona, 1976.

Diccionario Enciclopédico Ilustrado VOX, Tomo I, Segunda Reimpresión, actuali-
zada, Editorial Bibliográfica, Barcelona 1967.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo IX, Editorial Driskill, S.A., Argentina
1978.

Gran Diccionario Enciclopédico de Selecciones del Reader's Digest, Tomo VIII
Editorial Reader's Digest de México, S.A. DEC.V.