

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL LOMAS VERDES

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
Núm. de Incorporación 8813-09



"LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ABORTO"

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A E L

C. ALFONSO ORTIZ OLVERA

Director de la Tesis: Lic. Mercedes Arce del Río

Asesor de la Tesis: Lic. Juan Arturo Galarza

Naucalpan, Edo. de México

1991



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.

INDICE

INTRODUCCION	I
--------------------	---

CAPITULO I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1) CODIGO DE MARTINEZ DE CASTRO	1
2) CODIGO DE ALMARAZ	8
3) CODIGO PENAL VIGENTE	13

CAPITULO II

DELITO DE ABORTO

1) SUJETOS	18
a) ACTIVO	18
b) PASIVO	23
2) BIEN JURIDICO TUELADO	27
3) DIFERENCIA ENTRE ABORTO F. INFANTICIDIO	40
4) ATENUANTES EN EL DELITO DE ABORTO	47

CAPITULO III

LA CULPABILIDAD

1) CONCEPTOS	50
2) FORMAS DE CULPABILIDAD	68
a) DOLO O INTENCION	69
b) CULPA O IMPRUDENCIA	77
c) PRETERINTENCIONALIDAD	90
3) EXCUSAS ABSOLUTORIAS	101

CAPITULO IV

LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ABORTO

1) DOLOSO	112
2) CULPOSO	114
3) PRETERINTENCIONALIDAD	115
4) CONSIDERACIONES	116
5) CUADRO DE TERATOGENOS	129

CONCLUSIONES	131
--------------------	-----

I N T R O D U C C I O N

Desde hace algunos años, el delito de Aborto, ha constituido la materia a estudio de infinidad de tesis profesionales; sin embargo, estos trabajos versan siempre sobre la infinita discusión de que si el aborto debe o no debe ser penado; coincidentemente, el aborto ha sido estudiado desde un punto de vista sociológico y casi nunca desde un punto de vista juridico-penal.

Una nueva visión del Aborto, es lo que se pretende con éste trabajo, un estudio que parta de la base de que en México el Aborto es considerado como un delito, y por tanto es sancionado; un delito, que como muchos de los delitos previstos por el Código Penal, presentan lagunas e incurrn en graves errores en su conformación, errores que no pueden ser solucionados, ni siquiera advertidos, desde un punto de vista sociológico; siendo por tanto necesario acudir al estudio dogmático del delito.

No podemos negar, que el Derecho surge por las necesidades de la sociedad, necesidades que dan la pauta al legislador para crear la ley, pues un Derecho que no responde a las necesidades de la sociedad, resulta inservible por no cumplir con su cometido; pero, qué

pasa cuando se ponen en juego valores tan importantes como lo es la vida; acaso ésta no debe ser el valor supremo a tutelar por el Derecho; o están por encima de ella el problema de la explosión demográfica, la libertad a la maternidad o la honra de la mujer.

La vida, en la escala de valores, ocupa el peldaño más alto, aunque antiguamente no se daba el valor que merece; en Grecia y Roma la vida era un objeto que se consideraba Patrimonio del cual se podía disponer libremente. Al ir evolucionando los pueblos, la protección a la vida retomó una gran importancia, e incluso se vio como algo divino; ésta sería una concepción sociológica y en parte teológica.

El caso es que todas las legislaciones penales del mundo tutelan la vida por considerarla un valor supremo; en otras no se legisla sobre la protección de la vida en formación y en otras se imponen severas sanciones para estos delitos.

Es por eso que cabe preguntarnos, ¿Por qué si todas tutelan la vida, cual es la razón para no tutelar el prospecto de vida, si está considerada como el máximo de los valores?

Es por eso que la temática de la presente tesis, busca un estudio más a fondo del delito de aborto tratando de ilustrar al lector en cuanto a los efectos que produce esta conducta antisocial.

Para lograr este fin, el trabajo se dividió en:

Capítulo Primero:

Antecedentes históricos, los cuales nos señalan las formas en que éste delito fue tipificado y como se añadieron nuevos elementos hasta llegar al Código Penal Vigente.

Capítulo Segundo:

Delito de Aborto; en sí ésta parte muestra los elementos que lo comprenden y los medios para atenuar éste delito.

Capítulo Tercero:

La Culpabilidad, en esta parte se analiza la conducta de los sujetos que no se ajusta a los preceptos invocados dentro de la ley, ligando al sujeto con su

actuar.

Capítulo Cuarto:

La Culpabilidad en el delito de aborto. Aquí realmente se da el estudio a fondo del delito, observándose las conductas que orillan a cometer el ilícito del aborto para así proponer soluciones más apegadas a la realidad.

Conclusiones.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

- 1) Código de Martínez de Castro
- 2) Código de Almaraz
- 3) Código Penal Vigente

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

- 1) Código de Martínez de Castro
- 2) Código de Almaraz
- 3) Código Penal Vigente

1) Código de Martínez de Castro

El aborto a través de la historia de la humanidad ha sufrido grandes transformaciones jurídicas, ha ido desde ser considerado como un acto natural, común hasta ser sancionado severamente; en la India, por ejemplo el Código de Manú establecía el aborto obligado del producto de una mujer de clase social alta que por alguna circunstancia se encontraba procreando al hijo de un hombre de baja clase social, esto con el afán de conservar la casta.

En Roma y Grecia el aborto no era sancionado; pero sí se consideraba como acto deshonesto, y no era sancionado por que se consideraban a los hijos como

parte del patrimonio de los padres, de tal forma que podían disponer de ellos.

No fue sino que hasta que con el Derecho Canónico el aborto comenzó a sancionarse con pena de muerte o con el destierro hasta por cinco años. Lo cierto es que hasta nuestros días no existe unificación en los criterios y por tanto, de legislaciones, en el sentido de que si el aborto debe ser penado o no.

El Código Penal de 1871 conocido con el nombre de Código de Martínez de Castro, en virtud de haber sido el Licenciado Antonio Martínez de Castro el presidente de la Comisión Redactora, fue puesto en vigor el 1º de abril de 1872 bajo el título de "Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal," tipificó al delito de aborto en su artículo 569 de la siguiente manera:

"Llámesese aborto en derecho penal a la extracción del producto de la concepción y a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que esto se haga sin necesidad. Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se le da también el nombre de "parto prematuro artificial", pero se castiga con las mismas penas del aborto".

"La noción del delito en las diversas legislaciones presenta variantes: algunas definen o reglamentan la infracción, entendiéndola por ella la maniobra abortiva (delito de aborto propiamente dicho), sin fijarse directamente en que dé o no por consecuencia la muerte del feto. Este era el sistema del Código Mexicano de 1871. Otras legislaciones, entre ellas la mexicana vigente, definen el delito por su consecuencia final, por la muerte del feto (delito de aborto impropio o delito de feticidio); la maniobra abortiva es apenas un presupuesto lógico del delito, es el modo de realizar la infracción prevista, aniquilamiento de la vida en gestación. Este es el sistema más sincero y racional porque lo desean teológicamente el abortador o la abortada, salvo casos de excepción, es la muerte del feto; es ese el objeto del delito, en él radica la intencionalidad y no en la maniobra abortiva, que es simplemente el modo de ejecución del propósito. Nótese que en ésta explicación hemos empleado la palabra feto en su significado amplio (embrión, huevo o feto)".¹

El Código Penal de 1871 era el único ordenamiento que consagraba una definición del delito de aborto, y en el numeral antes transcrito al hablar de la extracción y expulsión se refería exclusivamente a la maniobra

abortiva con independencia de que se presentase o no la muerte del feto; tan es así que la parte segunda del párrafo único del numeral a comento comprende también al parto prematuro artificial llevado a cabo en el octavo mes, a éste respecto, el maestro Martínez de Castro en su ilustre exposición de motivos a éste ordenamiento punitivo expresó:

"Como no falta quién crea lícito hacer abortar a una mujer cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, que es a lo que se da hoy el nombre de parto prematuro artificial, se creyó necesario declarar expresamente que ese caso está comprendido bajo el nombre de aborto y sujeto a las mismas penas, porque siempre hay peligro de que perezca la madre, el hijo o ambos. Pero en atención a que el delito se disminuye mucho cuando se logra salvar a la madre y al hijo, se consulta en el proyecto que entonces se reduzca la pena a la mitad."²

Para el legislador del Código de 1871 no existía el aborto en grado de tentativa toda vez que, amén de existir disposición expresa, el hecho de señalar que era "la extracción del producto de la concepción y su expulsión" no daba cabida a su intento de ejecución.

Por otra parte, dicho ordenamiento punitivo otorgaba excusas absolutorias para el caso de abortos por causa de necesidad, tales como aquellos que tenían que realizarse debido a la jerarquización de valores o bienes jurídicos tutelados, esto es, cuando se encontraba en peligro la madre, de la misma forma que lo preve nuestro Código Penal Vigente y que comúnmente se conocen como abortos terapéuticos; la otra excusa absolutoria consagrada por el Código Penal de 1871 era el aborto causado por imprudencia de la madre. Este ordenamiento ya distinguía dos formas de culpabilidad en su artículo 6º al decir "Hay delitos intencionales y de culpa"; nos definía en su artículo 11º que había delitos de culpa:

"I.- Cuando se ejecuta un hecho o se incurre en una omisión, que aunque lícita en sí, no lo son por las consecuencias que produce, si el culpable no las evita por imprevisión, por negligencia, por falta de reflexión o de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones necesarias, o por impericia en un arte o ciencia cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño alguno."

"II.- Cuando se quebranta alguna de las obligaciones que en general impone el artículo 1º, exceptuando los casos en que no puedan cumplirse sin peligro de la persona o interés del culpable, o de algún deudo suyo cercano."

"III.- Cuando se trata de un hecho que es punible únicamente por las circunstancias en que se ejecuta, o por alguna persona del ofendido; si el culpable las ignora por no haber practicado previamente las investigaciones que el deber de su profesión o la importancia del caso exigen."

"IV.- Cuando hay exceso en la defensa legítima."

Nos señalaba en su artículo 14 dos clases de culpa: la grave y la leve, la calificación de culpa leve o grave la dejaba al prudente arbitrio del juez quien debía tomar en consideración la mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño si bastaba para esto una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes de algún arte o ciencia: el sexo, edad, educación, instrucción y posición social de los culpables; si estos habian delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; y si tuvieron tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios.

Para efectos de la pena el Código de Martínez de Castro no hacía distinción alguna en relación a aquel tercero que cometía el aborto con o sin el consentimiento de la madre; no señalaba excusa absolutoria en caso que el producto abortado fuera procreado debido a una violación, como lo preve nuestro Código Penal Vigente y si en cambio da origen a una de las más grandes aberraciones legislativas, y me refiero al Aborto Honoris Causa, que era y es castigado con una pena atenuada.

El Aborto Honoris Causa es aquél que se provoca la madre con el afán de ocultar su deshonor misma que para obtener la pena atenuada debe actuar en forma premeditada ya que deberá reunir los siguientes requisitos:

- I.- Que no tenga mala fama
- II.- Que haya ocultado el embarazo
- III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima

No ahondaré más a éste respecto puesto que será objeto de un estudio profundo en el siguiente capítulo, basta decir que desde 1871, el legislador le otorga mayor valor a la honra de la mujer que al "prospecto de

vida" de un ser humano.

2) Código de Almaraz

El Código Penal de 1929 es conocido como Código de Almaraz por haber sido el ilustre Licenciado José Almaraz el presidente de la Comisión Redactora.

El modernismo de las escuelas penales dio pauta al legislador para crear un código penal con tendencias positivistas, totalmente diferentes al Código Penal de 1871, cuya tendencia era clásica. Siendo Presidente de la República Don Emilio Portes Gil, por decreto del 9 de febrero de 1929, se publica en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre del mismo año el segundo Código Penal para el Distrito Federal, mismo que entró en vigor el día 15 de diciembre de 1929.

El eminente penalista español Jimenez de Asúa, realizó un análisis sobre la postura de dicho ordenamiento, mismo que fue publicado en el diario "El Universal" el 18 de febrero de 1930, y entre muchas cosas nos dice: "Quienes se fíen de apariencias hallarán inmediatamente al nuevo Código Mexicano entre las leyes oriundas del "Positivismo Penal". No voy a debatir en tan impropia coyuntura si esto es un mérito o

una desventaja; está lejos de mi designio fallar sobre una escuela que se avejenta y retrase. Tal vez hoy, en orden a las tareas legislativas, podría decirse que existe una escuela rusa, nacida del positivismo, pero remozada y más audaz. Desde luego, el Código de México no es colindante con el de Rusia, sino con los principios que hace más de medio siglo trazaron los "positivistas" italianos. Tres de sus piedras de apariencia angular, responderá la orden "positiva".

"La nueva ley se propone la defensa social... El reciente Código de México acepta la fórmula de la responsabilidad social o legal, tan ardorosamente defendida por los positivistas italianos... parece fundarse en la doctrina de la peligrosidad subjetiva."

Desde luego, éste ordenamiento punitivo, no se apegó en forma íntegra a los postulados del positivismo, pero sí da el primer paso hacia dicha escuela, haciendo a un lado, en todo lo posible las tendencias clásicas; sin embargo la importancia de éste ordenamiento es la defensa social a través de la individualización de las penas otorgando para ello un amplio arbitrio judicial. Amén de lo anterior, cabe hacer mención, que es imposible hacer un cambio tan profundo de la noche a la mañana, y fue precisamente esto, lo que determinó la

corta vida del Código de Almaráz ya que, por una parte no comulgaba con las tendencias de la Constitución Política de nuestro país, misma que estaba realizada con tendencias del clasicismo y por otra parte, presentaba errores de carácter técnico y extremistas como lo era el amplio arbitrio judicial que otorgaba.

En cuanto al delito de aborto, tema de éste trabajo, conservó la definición del Código Penal de 1871 sólo que agrega un nuevo elemento de tipo subjetivo, esto es, tener el objeto de interrumpir la vida del producto, de tal forma que el Código de Almaraz tipificaba al en su artículo 1000 aborto como: "Se entiende por aborto a la expulsión y extracción del producto de la concepción por cualquier medio con el objeto de interrumpir la vida del producto. Se considerará siempre que tuvo ese objeto el aborto voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo."

Sólo era castigado el aborto consumado, esto es, no podía darse la tentativa; al igual que el Código de 1871 concedió la excusa absolutoria en caso de que el aborto se presentara por imprudencia de la madre.

"Reforma importante era la de que no se señalaba sanción alguna para las mujeres abortadas. Probablemente los legisladores de 29 quisieron conseguir con éste sistema que las mujeres denunciaran a sus coautores, o probablemente, imbuidos de la moderna teoría, consideraron que el aborto consentido por la madre no es delito. Sin embargo, es de dudar que estos hayan sido los objetivos, porque conforme a la juiciosa información crítica de Carlos Franco Sodi, más bien se trata de uno de los frecuentes olvidos de la Comisión Redactora, ya que en el artículo 1003 se declaraba no sancionable el aborto causado sólo por imprudencia de la embarazada, esta regla, redactada en forma de excepción, hacía esperar la pena para la mujer en los demás casos. Además si el aborto consentido no es punible para la mujer, resulta injusto reprimir a los partícipes de un delito inexistente."³

El Código de Almaraz consagraba al Aborto Honoris Causa en forma idéntica al de 1871 y no prevenía como una excusa absolutoria el aborto del producto de la concepción de una violación.

Por lo que toca a la culpabilidad, al igual que el Código de 1871 distinguía dos formas, la intención y la imprudencia; en sus artículos 167 y 168 la imprudencia

era clasificada en grave y leve:

"Artículo 167: A los delincuentes por imprudencia grave, se les aplicará a juicio de la autoridad judicial, hasta las tres cuartas partes de la sanción que debiera imponerse si el delito hubiera sido intencional..."

"Artículo 168: A los delincuentes por imprudencia leve, se les impondrá hasta la mitad de las sanciones señaladas para el delito intencional."

Dentro de los delitos contra la vida y la integridad corporal, el presente ordenamiento punitivo regulaba. Las lesiones, el homicidio, el parricidio, el infanticidio y crear una nueva figura, el Filicidio, que era la muerte entre hermanos y la del descendiente por su ascendiente y la muerte entre hermanos distinguiendo a esta figura típica del infanticidio, cuando se ocasionaba después de las 72 horas de nacido.

Como ya se dijo, éste Código debido a que presentaba defectos técnicos y lagunas en el orden práctico, tuvo tropiezos en su aplicación; "Principalmente en lo tocante a la reparación del daño y a la individualización de la pena pecuniaria, hicieron

sentir a los órganos del poder la necesidad de una nueva reforma que diera a la inquietud científica recogida por el mismo Código de 1929, pero sólo muy limitadamente."⁴

Fue a partir del estudio de reformas, en donde se planteó la necesidad de crear un nuevo ordenamiento, recogiendo las críticas hechas al Código de Almaraz y llenando las lagunas que presentaba, lo que vino a terminar con la corta vigencia de éste ordenamiento punitivo el 16 de septiembre de 1931.

3) Código Penal Vigente

Debido a la problemática que presentaba para su aplicación el Código penal de 1929, siendo todavía Presidente de la República el Lic. Emilio Portes Gil, giró instrucciones a efecto de que se integrara una comisión revisora, misma que fue conformada por los Licenciados Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Cenicerros, José Lopez Lira y Carlos Angeles; comisión que en realidad no fue revisora, sino redactora del proyecto del Código Penal de 1931, mismo que entró en vigor el 17 de septiembre de 1931, siendo para entonces Presidente de la República el Ing. Pascual Ortiz Rubio.

Don Alfonso Teja Zabre, presidente de la Comisión Revisora dió a conocer en la exposición de motivos, la orientación general del Código Penal Vigente.

"Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar integralmente la construcción penal. Solo es posible seguir la tendencia eclética y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula "no hay delincuentes sino hombres." El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es el resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La escuela positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase jurídica y la ley penal el límite de la política criminal."

"La sanción penal es "uno de los recursos de la lucha contra el delito."⁵

Efectivamente con éste Código se trató de aplicar hasta los límites permitidos por la Constitución, el arbitrio judicial, una total individualización de la pena y buscaba que la reparación del daño fuera realmente efectiva, desde luego tomando como base un procedimiento más rápido y eficaz.

No obstante el Código Penal de 1931 recibió y ha recibido diversas críticas. "A éste respecto el nuevo Código siguió un camino equidistante, criticado por los positivistas, quienes no daban tregua hasta ver abolidas de la legislación la "capacidad de comprender y querer" como sinónimos de libertad moral, y la "pena" en su concepción tradicional ético-retributiva. También fue censurado por los idealistas que luego de reducir la realidad natural o proceso espiritual, no justificaban un dualismo entre espíritu y naturaleza y patrocinaron la introducción de la pena correctiva."⁶

El Código Penal de 1931 cambia totalmente el concepto de aborto, ya no hace referencia a la maniobra abortiva, sino al resultado final, que es la muerte del feto, tipificando éste delito en su artículo 329 al decir: "Aborto, es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

Bajo éste concepto de aborto, el legislador del 31 da cabida a la tentativa, de tal forma que si sólo se realiza la maniobra abortiva estaremos ante un aborto en grado de tentativa; ahora bien si se obtiene además la muerte del producto, nos encontraremos entonces ante un delito consumado de aborto.

Este concepto también trajo una solución a la problemática que trataban de resolver los legisladores de 1871 y 1929, me refiero a la expulsión y extracción en el octavo mes de gestación. Es conocido por todos, que la mayoría de los abortos practicados antes del sexto mes de gestación ocasionan la muerte del producto, toda vez que éste no es viable y por tanto, si en los últimos meses de gestación se procura el aborto con la finalidad de suprimir la vida del feto y éste no muere nos encontraremos igualmente ante una tentativa de aborto.

De lo que se desprende que para el legislador del Código Penal vigente, el bien jurídico tutelado por éste delito es la vida del ser en formación, esto en caso de ser con consentimiento de la madre, pues en su defecto, además de la vida del feto, será el derecho a la maternidad.

Desde 1931 el delito de aborto no ha sufrido reforma alguna; señala punibilidad diversa si el aborto se realiza con o sin consentimiento de la madre, desde luego, pena diversa para los terceros; preve la pena de suspensión en el ejercicio de su profesión, si ese tercero es médico, cirujano, comadron o partera; impone pena sumamente atenuada en el Aborto Honoris Causa, es decir, para proteger la honra de la madre, requiriendo, al igual que los códigos penales de 1871 y 1929, que la madre no tenga mala fama, que haya ocultado su embarazo y que el producto sea fruto de una unión ilegítima; concede excusas absolutorias cuando el aborto es a consecuencia de la imprudencia de la madre, de una violación o cuando la mujer embarazada corra peligro de muerte.

A pesar de las críticas que ha sufrido el legislador de 1931 cabe el orgullo de saber que el Código Penal Vigente es uno de los códigos mejor logrados mundialmente, que ha servido de ejemplo y base para la elaboración de otros y que se encuentra en constante evolución gracias a las atinadas reformas que se han venido realizando.

C A P I T U L O I

PIES DE PAGINA

1 González de la Vega, Francisco.- "Derecho Penal Mexicano". "Los Delitos".-Décimo Séptima Edición. Edit. Porrúa, S.A. México 1981.- Pág. 128.

2 "Exposición de Motivos al Código de 1871" Edit. Bouret, México, 1907, Pág. 53.

3 González de la Vega, Francisco.- Ob. Cit., Pág.129.

4 Carranca y Trujillo, Raúl.- "Derecho Penal Mexicano". Parte General.- Décima Edición. Edit. Antigua Librería de Robledo, S.A., México, 1972.- Pág. 90.

5 Teja Zabre, Alfonso.- "Código Penal de 1931" Revisado según los Textos Oficiales y con una exposición de motivos del Lic. Alfonso Teja Zabre.- Cuarta Edición. Editorial Botas.- México, 1938.- Pág. 9.

6 Bottiol, Guisepe.- "Derecho Penal" Parte General.- Cuarta Edición, Editorial Temis.- Bogotá, 1965.- Pág. 25

C A P I T U L O I I

DELITO DE ABORTO

- 1) **Sujetos**
 - a) **Activo**
 - b) **Pasivo**

- 2) **Bién Jurídico Tutelado**

- 3) **Diferencia entre Aborto e Infanticidio**

- 4) **Atenuantes en el Delito de Aborto**

C A P I T U L O II

DELITO DE ABORTO

1) Sujetos

a) Sujeto Activo

b) Sujeto Pasivo

2) Bién Jurídico Tutelado

3) Diferencia entre Aborto e Infanticidio

4) Atenuantes en el Delito de Aborto

1) Sujetos

Todo delito, necesariamente debe tener un sujeto activo y un sujeto pasivo, ya que el Derecho penal solo sanciona comportamientos humanos, que desde luego causan un daño a otro sujeto, ya sea en su persona, derechos, propiedades o posesiones.

a) Sujeto Activo

También es conocido como ofensor o agente del delito y es aquél que realiza la acción u omisión o bien, aquél que participa en su ejecución.

Necesariamente debe ser un ser humano puesto que es el único que actúa con voluntad, amén de ser mayor de 18 años y estar dotado de la capacidad de querer y entender condiciones necesarias para ser imputable.

Teóricamente el sujeto activo se ha clasificado en:

- autor material
- autor intelectual
- coautor o copartícipe
- cómplice
- encubridor

Sin embargo, el Artículo 13 del Código Penal nos señala la participación al manifestar : "Son responsables de delito:

- 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 au

xilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxiliien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y;

VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quien de ellos produjo el resultado."

Ahora bien, para encontrarnos en posibilidades de ubicar perfectamente al sujeto activo en el Delito de Aborto, es menester realizar su clasificación:

- 1) Aborto Genérico - Provocado por la madre
- 2) Aborto Provocado por Terceros:
 - a) Con consentimiento de la madre
 - b) Sin consentimiento de la madre
 - c) Sin consentimiento de la madre utilizando violencia física o moral.

La anterior clasificación se desprende del artículo 330 de Nuestro Ordenamiento punitivo, que a la letra dice:

"Artículo 330: Al que hiciera abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con

consentimiento de ella. Cuando faltare el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión."

Partiendo de lo anterior, podemos afirmar que cuando el aborto se ejecuta con consentimiento de la madre los sujetos activos serán: la madre y el tercero que lo realiza; ahora bien, si es sin el consentimiento de la madre, el sujeto activo del delito a comento, solo será el tercero que lo realiza; de tal forma que si el aborto se realiza con consentimiento de la madre, el tercero y ésta serán coautores, es decir encuadraría en la fracción III del Artículo 13 del Código Penal; si lo realiza sólo la madre entonces sería autor material y encuadraría en la fracción II del numeral y ordenamiento antes invocados; lo mismo ocurriría cuando lo realiza un tercero sin consentimiento de la madre.

Hemos afirmado que el sujeto activo del delito necesariamente tiene que ser una persona, un ser humano; sin embargo, cabe preguntarnos: ¿Qué pasa con las personas jurídicas?

La única sanción que contempla el Código Penal para las personas morales o jurídicas, es la prevista en

su Artículo 11: "Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal efecto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública."

Suponiendo que la actividad principal de un nosocomio es practicar abortos clandestinos, lo justo sería que se decretara la suspensión o disolución de dicho nosocomio; sin embargo, el precepto antes transcrito señala claramente: "En los casos exclusivamente especificados por la ley" y toda vez que dicha sanción no se encuentra especificada por la ley para este caso, (pues solo se encuentra para los delitos contra el comercio y la industria previstos por los Artículos 253 y 254 del Código Penal y para los Delitos contra la Salud previstos en dos Artículos 195 y 198 del ordenamiento antes invocado) no podrá aplicarse.

Desde luego, que esta suspensión se encontrará a cargo de la Secretaría de Salud, pero no como una sanción penal, sino a consecuencia de una violación a la Ley General de Salud.

Por otro lado, cabe hacer mención que si el sujeto activo del delito presenta la calidad de médico, cirujano, comadrón o partera, con fundamento en el Artículo 331 del Código Penal Vigente, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión; además de las sanciones que le corresponderían por la comisión del delito de aborto.

b) Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo del delito también debe ser una persona, es decir, un ser humano, es aquel que resiente el daño en su persona, bienes, propiedades y posesiones.

En el delito de aborto podemos encontrar dos sujetos pasivos, según se realice éste con o sin el consentimiento de la madre; cuando el aborto se practica sin el consentimiento de la madre, los sujetos pasivos serán el producto de la concepción y la madre; cuando es con consentimiento de la madre, el único sujeto pasivo que encontramos es el producto de la concepción de tal

forma que el delito de aborto en orden a los sujetos podrá ser: unisubjetivo y plurisubjetivo.

Como ya se hizo mención, el maestro Mariano Jiménez Huerta, atinadamente señala que la vida es un valor de gran trascendencia para el ser humano, y que ésta ha sido protegida por nuestro Derecho Punitivo desde el momento de su procreación, pasando por su nacimiento, hasta incluso con posterioridad a la muerte; sin embargo, los que proponen que el delito de aborto desaparezca de nuestro marco jurídico penal se fundan principalmente en señalar que la vida fetal no es tal, toda vez que no tiene independencia o autonomía de la vida de la madre; han llegado incluso a comparar al producto de la concepción con un órgano no vital para la madre, y que así como puede extirparse el apéndice, también puede extraerse el feto con el propósito de suspender su vida ultrauterina.

Si bien es cierto que el feto no tiene vida independiente o autónoma, es absurdo compararlo con un órgano puesto que constituye, por decirlo así un "prospecto de vida independiente", pero vida al fin.

Para poder hablar de la existencia del delito de aborto, es necesario la existencia de dos presupuestos:

El embarazo o estado de gravidez de la mujer y que tenga vida el feto; de tal forma que el hecho de que el producto no tenga vida independiente, esto no significa que no exista vida en él y mucho menos que se otorgue el derecho a la madre de "extirparlo" como si fuera un apéndice y si así se considerara no tendría objeto sancionar el aborto cometido con consentimiento de la madre.

Respecto del Primero de los Presupuestos señalados (El embarazo o estado de gravidez en la mujer), cabe hacer mención que existen los llamados "embarazos psicológicos" en los cuales, la madre presenta toda la sintomatología del embarazo (incluso la amenorrea y crecimiento del abdomen), sin embargo no existe el producto o feto; en estos casos dada la ausencia del objeto material del delito, no existirá aborto.

En relación al segundo de los presupuestos (que tenga vida el feto), si el producto no está vivo, tampoco existirá el delito de aborto, toda vez que estaríamos ante una figura atípica por ausencia del Bien Jurídico Tutelado; incluso, cabe hacer mención que ni siquiera existiría el aborto en grado de tentativa ya que no existiría la posibilidad de realizar actos encaminados a la obtención del resultado, estando por

tanto, igualmente ante la presencia de un aborto imposible por carecer del objeto material del Delito.

Ahora bien, cuando el aborto se realiza sin consentimiento de la madre, amén de requerirse los dos presupuestos antes explicados, se requerirá que la madre haya sido sometida a violencia física o moral, o bien que se le haya practicado sin su consentimiento y bajo un estado de inconciencia o bien de engaño. Esto es, la madre debió haber sido obligada con golpes o amenazas de causar un daño grave en su persona o en la persona, por decir así de un familiar o bien haber sido víctima de amagos, los cuales deberán ser suficientemente graves a grado tal de lograr vencer su resistencia; también la madre, pudo haberse encontrado bajo un estado de inconciencia o semiconciencia en forma tal que no haya podido oponer resistencia; o bien, haber sido engañado haciéndola, por ejemplo, ingerir algún medicamento nocivo para su estado de gravidez o para la vida del feto, diciéndole que se trata, por decir algo, de unas vitaminas.

La razón de que sean dos los sujetos pasivos en el delito de aborto sin consentimiento de la madre, se debe a que, independientemente de que se lesiona el Bien Jurídico Tutelado, (la vida del producto), se lesiona

también la libertad de la mujer a la maternidad.

2) Bien Jurídico Tutelado

Debemos entender que el Bien Jurídico Tutelado es en sí, la razón de ser de un delito; no sería posible concebir un delito sin un bien protegido, ya que éste respondería solo a los caprichos del legislador y por tanto dejaría de responder a la naturaleza propia del Derecho que es el conseguir la Paz Social.

El maestro Carrancá y Trujillo nos dice: "El objeto del delito es la persona o el bien o el interés jurídico, penalmente protegido. Los tratadistas distinguen entre objeto material y objeto jurídico."

"Objeto material es la persona o cosa sobre la que recae el delito. Lo son cuales quiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas."

"El objeto jurídico es el bien o el interés jurídico, objeto de la acción incriminable. Por ejemplo: la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada, etc."⁷

En otras palabras, el objeto material es el portador del bien jurídico tutelado u objeto jurídico.

Ejemplo: En un homicidio, el objeto material sería el hombre o persona muerta y el objeto jurídico o bien jurídico tutelado sería la vida.

En el delito de aborto, el objeto material sería el producto de la concepción y el bien jurídico tutelado u objeto jurídico sería la vida intrauterina de ese producto de la concepción.

"La vida humana es un bien jurídico de tanta trascendencia y jerarquía que es tutelado no sólo en su autónoma existencia sino también en su fisiológica gestación que patentiza el fenómeno de la preñez. Los códigos penales alinean junto a los delitos que lesionan dicho bien jurídico su existencia autónoma - homicidio, parricidio e infanticidio -, aquél otro que, como en el aborto, se lesiona la vida humana en su germinación biológica. Y en congruencia con éste pensamiento, el Artículo 329 del Código Penal estatuye: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

"Es pues, el aborto en el ordenamiento de México, un delito contra la vida humana. En la reconstrucción dogmática de un derecho vigente son inoperantes las concepciones jurídicas elaboradas en Alemania por Ihering, Merkel, Kohler; Ritter Von Liszt y Radbruch, y que en Italia dejaron su huella en el Código Penal de 1930, consistentes en estimar que en el delito de aborto se lesiona, no un interés jurídico individual de la persona, sino el interés jurídico que la nación o comunidad tienen en el desarrollo de su estirpe, raza o población. Quién, como nosotros, tiene afirmado que también los entes colectivos desprovistos de personalidad jurídica pueden ser portadores de bienes o intereses jurídicos, forzosamente ha de reconocer, por el mismo linaje de razones que también los entes biológicos desprovistos de personalidad jurídica pueden ser portadores de dichos intereses, negar dicha posibilidad tanto sería como incidir en una incongruencia lógica, permanecer devotos de un irreal formalismo y desconocer lo que ante los ojos ofrece la viva realidad."

"La vida en gestación es, pues, el bien jurídico protegido en el tipo de aborto. El Artículo 329 lo proclama con extraordinaria elocuencia, ya que al expresar que aborto es "la muerte del producto de la

concepción en cualquier momento de la preñez", forja con el verbo matar el núcleo o esencia del tipo. En la integración jurídica del tipo de aborto descrito en el Artículo 329 del Código Penal son intrascendentes las afirmaciones de que el embrión es una víscera de la madre, una esperanza de vida, un órgano de los que integran la naturaleza fisiológica de la hembra, una maza de sangre o un trozo de carne sin hacer. Encierra una realidad biológica que supera el ámbito de la visión poética, la afirmación de Goethe: "De la vida se hace brotar una vida nueva." Para la ley penal el concebido tiene existencia, pues el núcleo del tipo -muerte- presupone vida. Y en éste punto, el Código sigue el criterio mantenido por una recia tradición jurídica. "No es dudoso para nadie -afirma Carrara- que el feto es un ser viviente y desafío a negarlo, cuando cada día se le ve crecer y vegetar. ¿Qué importancia tiene definir fisiológicamente ésta vida? Ella será si se quiere una vida agregada o accesoria a otra de la cual un día se desprende para vivir su vida propia. Empero, no puede negarse que el verdadero feto es un ser vivo. Y en aquella vitalidad presente, aunada a la posibilidad de futura vida independiente y autónoma, hállase en forma suficiente, el objetivo del delito de quien voluntariamente la destruye." En nuestros días, en esta misma dirección Antolisei escribe: "En verdad el interés

que realmente es ofendido por éste hecho criminoso, es la vida humana; el producto de la concepción -el feto- no es una spes vitae y menos una pars ventris sino un ser viviente verdadero y propio, el cual crece, tiene su propio metabolismo orgánico y, al menos, en el período avanzado de la gravidez, se mueve y tiene un latido cardíaco." También para Soler: "El feto es protegido en la medida en que es un embrión de vida humana."⁸

Los proteccionistas del producto de la concepción opinan, como hemos visto, que toda vez que el feto tiene vida, ésta debe ser protegida por la ley; sin embargo, esta tendencia clásica ha sido modificada con el devenir del tiempo, especialmente en Oriente y Occidente en donde la población ha tenido que enfrentarse a una espantosa explosión demográfica y a una transformación social y jurídica de la mujer quien reclama ser la única legitimada para decidir sobre su maternidad. Estas transformaciones, desde luego, han provocado la modificación de las valoraciones culturales y desde luego la transformación en el derecho; es sabido por todos que el derecho debe modernizarse, responder a las necesidades imperantes de una sociedad en un tiempo y un lugar determinado; de tal forma que ese "prospecto de vida" ha bajado en la escala de los valores.

Por otra parte, es notoria la posición contradictoria del ser humano ante una disposición que limita su libertad privada y personal, de ahí, que la práctica clandestina del aborto ha sido sumamente socorrida y que debido a las situaciones totalmente insalubres en que éstas se practican, han traído como consecuencia daños más graves y ha proporcionado un "modus vivendi" de personas sin escrúpulos que lucran con la práctica clandestina de legrados.

Todo lo anterior ha originado que en algunos países se haya permitido el aborto; tal es el caso de los Estados Unidos de Norte América, que el 22 de enero de 1973, la Suprema Corte, basándose en el respeto a la vida privada de las mujeres permitió a la mujer ejercer el derecho a decidir sobre su maternidad, siempre y cuando se practicara el aborto dentro de los primeros tres meses de gestación, protegiendo de esta forma la vida de la madre.

En Inglaterra, el 27 de octubre de 1967 se autorizó el aborto siempre y cuando éste se practique dentro de las 28 primeras semanas de la gestación.

En Francia, con la ley "Simone Veil", del 29 de noviembre de 1974 otorgó una excusa absolutoria en el aborto ya que la mujer que se practicara un aborto no sería sancionada, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que la decisión la tome exclusivamente la mujer, salvo que fuere menor de 18 años en que requiere la autorización de los padres.
- b) Que se practique antes de la décima semana del embarazo.
- c) Que se realice por un médico en un hospital público o privado o reconocido.

En Suiza, el Código Penal de 1942 también señala una excusa absolutoria en el delito de aborto, y es consagrada en el Artículo 120 y al igual que en México, permite solo el aborto terapéutico, esto es, cuando se sacrifica el bien menor (producto de la concepción) para salvaguardar el bien mayor (la madre).

En Italia, en 1973, también se consagran tres excusas absolutorias y son:

- a) El producto del embarazo ocasionado por una

violación.

- b) Cuando se encuentre en peligro la madre; es decir, el terapéutico, y
- c) Cuando existan riesgos de malformación en el producto.

En Suecia el parlamento aprobó el aborto en mayo de 1974 siempre y cuando éste se practique dentro de los tres primeros meses de gestación, salvo el caso de que el aborto suponga un peligro para la vida de la mujer embarazada o amenace su salud. Y el aborto terapéutico entre la décima segunda y décima octava semanas del embarazo.

En las Repúblicas Alemanas, tanto Federal como Democrática el aborto fue permitido desde 1974, siempre y cuando éste se efectuara dentro de los tres primeros meses de la gestación.

Desde el año de 1957, en Checoslovaquia se permitió libremente el aborto, sin embargo en el año de 1973 fue reformada ya que éste estado presentó grandes problemas de descenso de la población y a partir de ésta fecha, solo se autorizaba el aborto cuando las mujeres ya tenían varios hijos, autorizándose solo salvo cuando se encontraba en peligro la madre. Para el caso de las

mujeres solteras, las leyes en Checoslovaquia, carecía totalmente de severidad ya que la única condición que ponía, era que entre aborto y aborto existiera un lapso de tiempo de seis meses.

En Polonia desde 1956 no se sanciona el aborto, siempre y cuando éste sea practicado dentro de los primeros tres meses de gravidez, requiriendo las mujeres menores de 18 años la autorización de sus padres.

En Rusia, desde 1960 se permite el aborto, siempre y cuando éste sea practicado por un médico y en condiciones tales que no representen un peligro para la madre.

En India, uno de los países que presentan un gran problema debido a la explosión demográfica, en el año de 1972 se vio orillada a transgredir sus principios religiosos, debido a las precarias condiciones económicas que presentaba, tuvo que aprobar el aborto siempre y cuando comprobara que la gravidez constituía un riesgo para la salud de la madre; cuando se comprobara una situación económica precaria y de clase social y además que la mujer comprobara que había utilizado un método anticonceptivo y que éste no había

evitado el embarazo.

La India fue el primer país en el mundo que trató de concientizar al pueblo respecto al uso de métodos anticonceptivos, con propagandas infantiles pero efectivas; utilizando la necesidad económica del pueblo, obsequiaba una cantidad de dinero y un radio de transistores a aquel hombre que permitiera que se le practicase la vasectomía o a la mujer que permitiera que se le ligaran las trompas de falopio.

En China el aborto se permite libremente, sin embargo, se ha logrado concientizar a la población, llevando una planificación familiar; el acatamiento a esta planificación familiar se ha establecido como una regla de carácter social, a grado tal que la pareja que transgrede esta planificación familiar, son repudiados por la sociedad, esto es, son mal vistos.

Por su parte, Japón no permite el aborto; sin embargo el Artículo 227 de su Código Penal que lo sanciona hasta con un año de prisión ha pasado a ser letra muerta, toda vez que no se aplica.

"Cualquiera que sea la conclusión que se adopte en la polémica, lo que parece indudable, es que el aborto

es un mal social de extrema gravedad por su incesante crecimiento y porque lesiona diversos intereses preciosos: la vida en formación, los derechos que a la maternidad tiene la mujer cuando el aborto se realiza sin su consentimiento, la esperanza de descendencia en el padre, el instinto de conservación demográfica en la colectividad. Además, el aborto revela generalmente en sus autores ausencia de sentimientos de piedad, en el sentido que otorga a ésta palabra Garofalo. Sin embargo, siendo cada día más frecuente, se ha ido debilitando el sentimiento de repulsión que provoca, especialmente si se causa por sentimientos altruistas o por egoístas menos antisociales, como la razón de miseria, la familia numerosa, la ocultación de un desliz y la del propósito eugenésico por temor a taras hereditarias graves. Por otra parte, es innegable el fracaso para prevenirlo por la represión, ésta fomenta la maniobra clandestina con sus peligros; la madre, ante el temor de la ley, acude a los abortadores empíricos, poco escrupulosos y llenos de codicia, que exponen la vida de la mujer. En la imposibilidad presente de encontrar una fórmula que solucione a priori satisfactoriamente los problemas de los abortos egoaltruistas, especialmente los que reconocen como móvil la profunda miseria económica o un deseo piadoso de impedir el advenimiento de un nuevo ser con graves taras mentales ó corporales, debería, a

lo menos, hacerse más elástica la represión con las instituciones, como la del perdón judicial, para casos humanos justificables. Sin embargo, insistimos en que ante el problema de las maternidades no deseadas es preferible al aborto el evitar la concepción, sea por la utilización de métodos mecánicos anticonceptivos, por el uso de los modernos fármacos también anticonceptivos y aún por la práctica de la esterilización masculina o femenina. En último caso, sin emitir juicios de valoración ética, es preciso ante la impunidad en que de hecho se encuentra en general el delito de aborto la licitud de su práctica en clínicas o por los médicos autorizados para su realización con todas las precauciones profilácticas adecuadas. Todas estas medidas son preferibles a la inmensa cantidad de abortos clandestinos que con grave riesgo de la mujer se realizan constantemente. En todo caso se trata de males menores que los del aborto clandestino. Pero, tal como ya lo expresamos el examinar el delito de infanticidio, sería plausible, para evitar este delito y el aborto, favorecer socialmente aquellas reformas tendientes a la obtención de una maternidad libre, consciente y preparada económicamente: Educación sexual correcta y oportuna, uso voluntario de los anticonceptivos, posibilidad de investigación de la paternidad, supresión de la sanción penal para la exposición de menores,

incremento de las instituciones benéficas para expósitos, estricto cumplimiento de las disposiciones del Artículo 123 de la Constitución sobre el trabajo de embarazadas y parturientas, y sobre todo, equitativa organización económica e intensa propaganda contra el prejuicio de la maternidad extramatrimonial."⁹

El propósito de éste trabajo no es convencer al lector sobre una postura: debe o no legalizarse el aborto; nosotros partimos de la idea de que en México no se autoriza el aborto salvo algunas excepciones que posteriormente analizaremos; al ver el título de la presente tesis, el lector probablemente pierda interés en el tema, desinterés totalmente justificado pues se ha analizado tanto y ha sido tema de infinidad de tesis; sin embargo, creemos necesario vertir una opinión. Con el avance de la ciencia, y por ende la creciente producción de métodos anticonceptivos, así como la gran facilidad de obtener dichos métodos y su efectividad en el uso, creemos que no se justifica la postura de permitir el aborto.

¿Por qué razón en algunos países se ha autorizado el aborto? Por situaciones económicas, por explosión demográfica, por respetar la libertad a la maternidad de la mujer, porque en el último de los casos ella será la

que se haga cargo de su hijo y debe decidir si pone o no en peligro su vida; por evitar traer al mundo hijos no deseados. ¿Acaso estas razones convencen? Si fuera así, ¿por qué no permitir también el libre comercio, producción y consumo de drogas y estupefacientes? En el último de los casos, el drogadicto es una persona libre de decidir sobre su vida y su salud, son seres que en ocasiones no pueden ser rehabilitados y representan una lacra para la sociedad; o en el último de los casos, administrarle una dosis excesiva a fin de terminar con su lenta agonía y quitarnos el problema de encima.

Ni el Estado, ni la madre tienen derecho a decidir sobre la vida de una persona que esté aún en formación, como es en el caso del aborto, o represente una carga y un parásito para la sociedad como lo es el drogadicto; su obligación es proteger la vida y la salud, aún cuando exterminándola solucione otros problemas.

3) Diferencias entre Aborto e Infanticidio

El delito de Infanticidio, se encuentra previsto por el Artículo 325 del Código Penal y es la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos. Se encuentra sancionado por el Artículo

326 del mismo ordenamiento punitivo con una pena privativa de libertad de 6 a 10 años de prisión.

Mientras que en el Aborto el bien jurídico tutelado es la vida del producto de la concepción, en el Infanticidio ya existe en sí un ser humano, con vida propia puesto que es la muerte del infante dentro de las 72 horas posteriores a su nacimiento. Desde luego, debemos partir de la existencia de la vida en el infante, puesto que si éste nace muerto, careceríamos del elemento material del tipo que es la vida extrauterina del infante.

Para poder determinar la vida extrauterina del infante necesariamente debemos recurrir a la prueba pericial en materia de medicina. Las pruebas que realizan son: Docimasia pulmonar óptica, docimasia pulmonar hidrostática, docimasia histiológica, docimasia gastrointestinal y docimasia auricular.

La Docimasia Pulmonar Optica, como su nombre lo indica consiste en observar los pulmones del infante; abierta la cavidad torácica se observa coloración y expansión de los pulmones, toda vez que la coloración de los pulmones en un infante que no ha respirado es rosácea, mientras que la coloración de los pulmones de

un infante que ha respirado es vinácea. Por lo que hace a la expansión de los pulmones, en los infantes en los que no hubo respiración se encuentra la pared anterior adherida a la pared posterior.

La Docimasia Pulmonar Hidrostática consiste en cortar los pulmones del infante y sumergirlos en un recipiente con agua. Si los pulmones flotan significa que hubo respiración y por tanto vida extrauterina; posteriormente se cortan fragmentos de cada uno de los cinco lóbulos de los pulmones y se realiza la misma operación, es decir, se sumergen en un recipiente que contenga agua, si flota significa que respiró, si se hunden significará que no respiró; después, éstos fragmentos se sumergen nuevamente en agua y se presionan con los dedos a fin de apreciar si desprenden burbujas, la presencia de burbujas denotaría aire en los pulmones; a continuación éstos fragmentos de pulmón se machacan con los dedos y se colocan en pequeñísimas partículas en el agua a fin de apreciar si flotan o se hunden.

La Docimasia Pulmonar Gastrointestinal se realiza en igual forma que la docimasia pulmonar hidrostática, solo que ésta se efectúa con fragmentos del estómago e intestinos, amén de apreciar si existe contenido

gástrico o no; mismo que denotará si el infante fue alimentado o no.

La Docimasia Auricular consiste en observar el interior de los oídos, es menester señalar que los productos en gestación presentan unos tapones en los oídos a fin de protegerlos del líquido placentario y que estos tapones se desprenden precisamente con la respiración del infante.

Finalmente, la Docimasia Histiológica, es la que presenta más margen de error, pues consiste exclusivamente en observar el desarrollo de los huesos que deberá corresponder a un producto de tiempo, es decir, de un producto que ha concluido su gestación.

Como se puede apreciar, respiración y vida son sinónimos en la Medicina Forense, pues, como hemos podido apreciar, todas las pruebas se basan en la existencia o no de la respiración del infante.

"Determinadas causas biológicas producen el fenómeno de la vida extrauterina sin respiración, ya que puede acontecer que el recién nacido permanezca en estado de apnea durante minutos, en los cuales el infanticidio puede perpetrarse. También determinadas

causas patológicas producen el fenómeno de la vida extrauterina sin respiración. El niño que nace antes de las veintiocho semanas, si vive, no respira, e incluso, niños débiles nacidos después del término normal del embarazo, mueren sin dejar huellas de su respiración. Asimismo en el niño que nace en estado de asfixia debido a que se ha interrumpido prematuramente su circulación placentaria, hay vida sin respiración como también en la criatura que nace sin haber respirado debido a que la mucosidad impidió que el aire llegase a sus pulmones. Una hemorragia meníngea producida por compresión de la cabeza durante el parto o una neumonía sífilítica son causas también que pueden impedir que en los pulmones del nacido penetre el aire. Y como contraste, es dable afirmar que infantes cuyas vidas extrauterinas son tan evidentes que incluso se manifiestan al exterior mediante el grito y el llanto, presentan los pulmones, después de muertos, vacíos de aire, por natural retorno al estado fetal. Por otra parte, como la respiración no se establece en todos los nacidos de manera uniforme en un mismo momento, pues unos respiran cuando la cabeza ha salido del claustro materno, otros durante la salida del cuerpo y otros después de su expulsión completa, es factible privar de su vida al nuevo ser, aún cuando antes de que hubiere respirado."¹⁰

Por otra parte, debemos señalar que en ocasiones las pruebas denominadas docimasias, pueden presentarse positivas debido a los gases existentes en los órganos y tejidos a causa de la putrefacción del cuerpo.

Dadas las condiciones antes señaladas, podemos afirmar, que no siempre es posible determinar la diferencia entre un aborto y un infanticidio.

Debemos aclarar que para la consumación del delito de infanticidio, no requiere que éste sea viable o no, ya que el hecho que no sea viable no destruye la tutela penal, puesto que como ya se vio, no es la viabilidad el Bien Jurídico Tutelado, sino simplemente la vida.

Ahora bien, en el aborto tampoco es requerida la viabilidad del producto, bastará simplemente que esté vivo y se le prive de esa vida.

Por lo que toca a qué se considerará infanticidio, exclusivamente cuando la muerte del infante se produzca dentro del término de setenta y dos horas, éste marco temporal, no tiene una motivada razón de ser; en la exposición de motivos del Legislador del 31 se explicó que el término de setenta y dos horas era un tiempo más

que suficiente para que la madre no ocultara el nacimiento del infante; justificación totalmente ilógica y absurda ya que la misma indefensión se presenta en un niño de setenta y dos horas de nacido, que de dos, tres, cuatro o más meses de nacido; e igualmente es susceptible de ocultarse y en el último de los casos, ¿Acaso vale menos la vida de un ser cuyo nacimiento se ocultó, a aquél cuyo nacimiento se dio a conocer a la comunidad?; ¿Que no es la vida la que se tutela?

En fin, así como el marco temporal del infanticidio es dentro del término de setenta y dos horas posteriores a su nacimiento, el marco temporal del aborto es la preñez, la gestación o término que dura el embarazo.

Ambos tipos son de formulación libre, es decir, los medios para cometerlos son muy variados.

Otra diferencia existente entre el aborto y el infanticidio, es en relación al sujeto activo del delito ya que en el aborto, el sujeto activo es indiferente, es decir, no requiere calidad alguna; mientras que en el infanticidio necesariamente debe tener la calidad de ascendiente consanguíneo del infante, esto es, padres, abuelos, bisabuelos, etc., en caso contrario estaríamos

ante la comisión del delito de Homicidio.

4) Atenuantes en el Delito de Aborto

El Código Penal Vigente para el Distrito Federal, en su Artículo 332 contempla una atenuante en el delito de aborto, precepto que a la letra dice:

"Se impondrá de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama
- II.- Que haya logrado ocultado su embarazo; y
- III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima*

"Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicará de uno a cinco años de prisión."

El legislador no menciona expresamente la razón de su atenuación, sin embargo, de los requisitos señalados en las tres fracciones del Artículo 332, fácilmente podemos deducir que el móvil de la madre es el ocultar su deshonor exterminando el producto de sus amores

ilícitos, de ahí que reciba el nombre de "Aborto Honoris Causa."

Toda vez que la finalidad de la atenuante es ocultar la deshonra de la mujer, lógico resulta que a ésta se le exija que no tenga mala fama; es decir, se exige que la mujer haya observado un buen comportamiento sexual ante la sociedad pues en caso contrario, que objeto tendría ya el ocultar su deshonra.

Por lo que toca al ocultamiento del embarazo, esto resulta igualmente lógico, ya que si su afán es ocultar la deshonra, el no hacer público su embarazo es parte de esa protección a su honor.

El tercero de los requisitos, señala que el producto debe ser fruto de una unión ilegítima. Debemos entender por unión ilegítima el hecho de que este producto no sea fruto de una relación marital toda vez que la concepción dentro de matrimonio no produce deshonra.

Creemos que esta atenuante se justificaba perfectamente años atrás, pero en la actualidad la maternidad en las mujeres solteras ya no causa un deshonra y aún causándolo, creemos que no resulta justo

premiar a una mujer que no tuvo recato alguno, ni pensó en su honor, antes de satisfacer sus instintos sexuales, con una pena atenuada.

Cabe preguntarnos, ¿Es más importante la vida de un ser que el honor? Como ya dijimos, en la actualidad ya contamos con infinidad de métodos anticonceptivos, métodos o medicamentos que se encuentran al alcance de toda la gente, que incluso son obsequiados sin mayor trámite por Instituciones de Salud; de tal forma que no debe justificarse por ningún motivo la negligencia de una mujer que sostiene relaciones sexuales sin tomar precauciones.

Creemos que sería mucho más justo y legítimo el autorizar el aborto por haber fallado algún método anticonceptivo (ya que no son infalibles) a solapar la imprudencia de la mujer al sostener relaciones sexuales sin haber hecho algo para prevenir el embarazo.

Por todo lo anterior, se propone la derogación del Artículo 332 del Código Penal, por no responder a la realidad.

C A P I T U L O I I

PIES DE PAGINA

⁷ Ob. Cit. Pág. 192 y 193.

⁸ Jiménez Huerta, Mariano.- "Derecho Penal Mexicano". Tomo II "La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana". Tercera Edición, Editorial Porrúa. México, 1975 Pág. 177, 178 y 179.

⁹ Gonzáles de la Vega, Francisco.- Ob. Cit. Pág. 126 y 127.

¹⁰ Jiménez Huerta, Mariano. Ob. Cit. Pág. 173 y 174.

C A P I T U L O I I I

LA CULPABILIDAD

- 1) **Conceptos**

- 2) **Formas de Culpabilidad**
 - a) **Dolo o Intención**

 - b) **Culpa o Imprudencia**

 - c) **Preterintencionalidad**

- 3) **Excusas Absolutorias**

CAPITULO III

LA CULPABILIDAD

- 1) Conceptos
- 2) Formas de Culpabilidad
 - a) Dolo o Intención
 - b) Culpa o Imprudencia
 - c) Preterintencionalidad
- 3) Excusas Absolutorias

1) Conceptos

Para podemos encontrar en condiciones de realizar el estudio de cualquier tipo penal, resulta imperante hacer un amplio análisis de la culpabilidad; desde luego, para que la culpabilidad pueda existir, es necesario que antes exista una conducta típica antijurídica imputable a un hombre. Ahora bien, el análisis de la culpabilidad no es otra cosa que el estudio del animus o voluntad de cometer un delito.

La gran mayoría de los tratadistas se han preocupado por realizar un concepto adecuado, de fácil comprensión y lo más -

completo posible; de ahí que a manera de ejemplo, a continuación expondremos algunos de ellos:

El maestro mexicano Raúl Carrancá y Trujillo concluye que la culpabilidad "es la concreta capacidad de imputación legal declarada jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate." (11)

El penalista argentino Alfredo Orgaz, comulgando con el - concepto emitido por Von Thur A. señala: "la culpabilidad es una conducta espiritual del agente, desaprobadada por la ley." (12)

El maestro Sergio Vela Treviño, conceptúa a la culpabilidad como: "El resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable, haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma." (13)

El penalista colombiano Alfonso Reyes E. llega a la conclusión de que la culpabilidad "es la actitud conciente de la voluntad que dá lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente." (14)

El eminente jurista español Eugenio Cuello Calón, señala - que la culpabilidad : " es un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley." (15)

El maestro Fernando Castellanos Tena conceptúa a la culpabilidad " como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su actuar. " (16)

Para el Penalista Enrique Bacigalupo, la culpabilidad es " el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una - acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma. " (17)

Dado que éste elemento positivo del delito, por referirse a elementos subjetivos, internos y psíquicos del sujeto activo del delito, es el que representa mayor complicación para su análisis y consecuentemente para su entendimiento; son múltiples los conceptos que de la culpabilidad se han realizado y éstos varían según la teoría a que se incline tal o cual autor, teorías numerosas y diversas; no obstante, cabe señalar que son dos las teorías - principales: La Psicológica o Psicologismo y la Normativa o - Normativismo.

TEORIA PSICOLOGICA

Ha sido sostenida por el maestro argentino Sebastian Soler. Según éste autor argentino, " la culpabilidad está integrada por dos elementos: "

"1.- La vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad."

"2.- La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico de la culpabilidad."

" No obstante la expresa mención que hace Soler de la existencia de un elemento normativo, se apresura a decir que en estricta realidad, los dos elementos son de naturaleza psicológica, ya que mientras el primero atiende a una relación del sujeto con una instancia de responsabilidad y presupone una valoración normativa, el segundo atiende a una situación puramente psíquica, es decir, carente de contenido valorativo. "

"Siendo la culpabilidad un elemento del delito, es necesario que se precise cuál es, conceptualmente entendido su contenido. A -

éste respecto y atendiendo al propio Soler, puede decirse que lo constituye la conciencia de la criminalidad del acto, o dicho en otras palabras, comprobación de una discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado. Con ésto quiere afirmarse que hay culpabilidad cuando un sujeto capaz (imputable) con conciencia del contenido de antijuridicidad de su conducta, realiza dolosa o culposamente un resultado típico. " (18)

Es decir , debe existir una vinculación psicológica entre el autor y su hecho; un juicio de reproche, esto es, la desaprobación del hecho así como la conciencia en el autor de que actuó contrario a su deber.

La teoría psicológica ha sido criticada pues los normativistas señalan: " que por un lado se verifica que hay una relación causal entre voluntad y hecho, cuando el autor ha querido su realización, pero ha obrado amparado por una causa de inculpabilidad (por ejemplo estado de necesidad disculpante); aquí faltará la culpabilidad y se dará, sin embargo, que la teoría psicológica estima que la fundamenta. Por otro lado puede verificarse que en los casos de culpa falta dicha relación ya que el autor no ha querido la realización del hecho típico y antijurídico; aquí sin embargo, se

admite la existencia de la culpabilidad. " (19)

En efecto, sin duda alguna, en los delitos dolosos existe la vinculación entre la voluntad y el hecho, pero dicha vinculación no es posible concebirla en los delitos culposos, ya que en éstos, el agente no desea el resultado producido, no obstante su conducta es reprochable toda vez que incumplió con un deber de cuidado que las condiciones personales le requerían.

Ahora bien, refiriéndonos a que la culpabilidad es un estado psicológico en el cual el sujeto vincula su voluntad con el hecho, tal situación exhonaría a aquellas personas en las cuales no existe tal vinculación debido a duda o ignorancia de que dicha conducta sea antijurídica, sin embargo, en base al conocido apotegma "la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento", tal situación no lo liberará de ser culpable.

El eminente maestro Porte Petit expone : "lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional y otro intelectual. El primero indica la suma de dos -
quereres: de la conducta y el resultado; y el segundo, el intelectual

el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta." (20)

Por lo tanto, la culpabilidad debe de requerir la antijuridicidad, toda vez, que el sujeto al obtener un resultado típico - (sea doloso o culposo su actuar) está contraviniendo la norma. El violar alguno de los mandamientos religiosos, no significa que no exista la vinculación psicológica entre el sujeto y el resultado; ni que dicha conducta sea reprochable; de hecho, existe la culpabilidad, pero ésta no está sancionada ni regulada por el derecho; de ahí que para que exista la culpabilidad (penalmente hablando), debe existir una conducta típica, antijurídica y por consiguiente culpable.

TEORIA NORMATIVA

Su creador es el jurista alemán Reinhard Frandk. "El normativismo, como en seguida veremos no constituye una tesis - opuesta al psicologismo, sino más bien complementa la forma tradicional; pero en razón de lo que se agrega al concepto de culpabilidad se producen fenómenos de gran trascendencia en la ubicación de ciertos aspectos que provocan la inexistencia del delito y, - además, se rompen valladares que los ordenamientos positivos imponían a la culpabilidad y a su forma dolosa o culposa de manifestación."(21)

El reconocido penalista Luis Jiménez de Asúa, refiere: "Para la concepción normativista de la culpabilidad, ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente, es decir, que partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Solo podemos llegar a la reprobación de un hacer u omitir, si apreciados esos motivos y carácter del sujeto, se demuestra que se podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es Derecho. En suma, la concepción normativista se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. La culpabilidad es, pues, un juicio y, al referirse al hecho psicológico, es un juicio de referencia..."²²

Por lo tanto:

"1.- La culpabilidad es un juicio de referencia, por dirigirse al hecho psicológico."

"2.- La culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente."

"3.- La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto."

"4.- La culpabilidad tiene como fundamentos, en consecuencia la reprochabilidad y exigibilidad."⁽²³⁾

Decimos que es un juicio de referencia, debido a que es cuando la conducta de ser genérica se transforma en subjetiva; por ello, el juzgador habrá de determinar primero si la conducta contraviene o no a la norma, y en caso positivo analizará si la conducta se adecúa al tipo previsto; determinará si esa conducta es atribuible a un sujeto imputable y por lo tanto reprochable a él.

"Se trata, en consecuencia, de un verdadero juicio de referencia, por medio del cual se resolverá si un hecho psicológico particular y aislado, resulta contradictorio con la pretensión normativa que impone la exigencia, en determinados casos, de guiar la conducta en un solo sentido."⁽²⁴⁾

Por lo que toca a que es un proceso atribuible a una motivación reprochable; se debe a que, "la esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad solo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un juicio básico del juicio de reprochabilidad."⁽²⁵⁾

Así mismo, "El reproche que el Juez formula al autor de una conducta típica y antijurídica, para fundamentar junto con la exigibilidad, la culpabilidad del autor de esa conducta, tiene como límite lógico o jurídico la motivación de la conducta."⁽²⁶⁾

Por decirlo así, antes de cometer una conducta antijurídica, el sujeto ha hecho un juicio valorativo interno, psíquico, y que lo lleva a la resolución de encaminar su voluntad a la realización de la conducta. Por lo tanto, para que un sujeto sea culpable, necesariamente debió existir en él ese proceso interno, que desde luego un imputable no hubiera podido realizar; es preciso señalar que la conducta necesariamente debe

ser reprochable, antijurídica y por tanto culpable.

Por lo que hace a la relación entre la exigibilidad y la reprochabilidad, resulta imperativo destacar que la reprochabilidad es en sí la conclusión de ese juicio relativo a la culpabilidad y que por tanto, la exigibilidad necesariamente es previa a la conclusión del juicio.

Resultando, por tanto, que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad; es decir, para que un sujeto pueda considerarse culpable, necesariamente debe ser imputable; pues en caso contrario los inimputables saldrán de la esfera del Derecho Penal.

La imputabilidad, presupuesto de la culpabilidad, es la capacidad de querer y entender; es decir, querer realizar un acto penalmente típico y comprender los alcances de nuestro actuar; serán inimputables los menores de edad, los enfermos mentales, los que cometen el delito estando bajo un transtorno o una inconciencia transitoria involuntaria y los sordomudos sin instrucción.

El artículo 17 del Código Penal del Estado de México, establece:

"Artículo 17.- Son causas de inimputabilidad:

- I.- La alienación u otro trastorno permanente de la persona;
- II.- El trastorno transitorio de la personalidad producido accidental o involuntariamente; y
- III.- La sordomudez cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción."

En los casos de las fracciones I y II de este Artículo, solamente habrá inimputabilidad cuando la alienación o el trastorno haya privado al sujeto del dominio necesario sobre su conducta para mantenerlo dentro de las normas legales que castiguen la acción u omisión realizada.

Por lo que toca a los menores de edad, debemos entender como menor, aquél que no ha cumplido los dieciocho años, no porque lo manifieste expresamente el Código Penal; sino que constitucionalmente los sujetos mayores de dieciocho años, ya son sujetos de derechos y obligaciones, no existiendo determinación exacta de la edad en el cuerpo punitivo como lo hace la Ley Laboral, por tanto, hemos de tomar en cuenta que los menores de 18 años no son imputables y por tanto, en caso de cometer un delito, se les aplicará una medida de

seguridad, consistente en su internamiento o tratamiento en el Consejo Tutelar para Menores Infractores, por todo el tiempo necesario para su corrección y hasta que cumpla los 18 años.

Por otra parte, estamos totalmente de acuerdo en que los enfermos mentales o aquéllos sujetos que se encuentran bajo un trastorno mental transitorio involuntario, no tienen esa capacidad de querer y entender, es decir, ocupan un lugar dentro del aspecto negativo de la imputabilidad, o sea la inimputabilidad; pero nos resulta totalmente absurda la postura de considerar a los sordomudos sin instrucción como inimputables, pues debemos recordar que "la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento" y en este caso, un sordomudo con o sin instrucción, tiene capacidad de querer y entender puesto que no está trastornado mentalmente, porque si la carencia de la función auditiva o fonética alteran el psique de un sujeto, caeríamos en una injusticia por no comprender dentro de ellos, a los ciegos.

Es nuestra opinión, este artículo debe ser reformado, considerando únicamente como inimputables a los enfermos mentales, ya sea en forma permanente o transitoria y por lo que respecta a los menores de edad,

consideramos que debe reducirse la edad a los 16 años.

Al iniciar el planteamiento de las teorías de la culpabilidad manifestamos que eran dos de las principales teorías; sin embargo, de éstas se han derivado otras:

a) Caractereológica.- El maestro Franz Von Liszt manifiesta: "La alteración subjetiva entre el hecho y su autor solo puede ser psicológica; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa. Según ella, el acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar de su autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad, éste radica en el carácter asocial del autor cognosible por el acto cometido."⁽²⁷⁾

Claramente podemos apreciar que esta teoría viene a ser una modalidad de la teoría psicológica, se avoca al estudio de la personalidad del delincuente para poder determinar la culpabilidad, es decir, un carácter antisocial del sujeto activo. Esta teoría ha recibido muchas críticas al igual que la psicológica, nosotros podemos aumentar como crítica la siguiente. No es posible basar todo un derecho punitivo en un análisis puramente criminológico, la voluntad de querer y

entender al realizar un acto típicamente penal es variante y la personalidad o carácter permanece estático; tampoco podemos basar la culpabilidad en una nueva forma de temeridad o peligrosidad.

b) Finalista.- Esta teoría se debe a Welzel, Honigswald y Hartmann, quienes señalaron que la solución a la culpabilidad era la conducta final humana, basando todo su análisis en el dolo. Esta conducta final humana se presenta por la voluntad.

"De acuerdo con este nuevo criterio querer y contenido de querer pertenece a la acción, con lo que tal concepto se ensancha para comprender aspectos objetivos y subjetivos y entre estos últimos, esencialmente el dolo. Los finalistas consideran, en efecto, que si la culpabilidad es juicio de reproche de una acción típica y antijurídica, y si dentro del fenómeno de la acción está el dolo, este no pudiendo ser al propio tiempo valoración y objeto de la valoración, no pertenece a la culpabilidad sino a la conducta y más exactamente al injusto entendido como conducta típica y antijurídica."²⁸⁾

Esta Teoría ha sido criticada, ya que existen muchas acciones sin tener una finalidad determinada, y sin embargo, el hombre realiza ese actuar sin

planteamientos anticipados; de ahí que tampoco se pueda unificar el dolo con la culpabilidad, pues como ya hemos dicho, tienen algunas diferencias sustanciales. Sin embargo, toda esta confusión es debido a las diferentes posturas de que el dolo es un elemento del tipo o bien de la culpabilidad.

En mi opinión, el dolo no es un elemento del tipo, si no como veremos más adelante, es una forma de culpabilidad y en consecuencia, tampoco es un elemento de la culpabilidad, simplemente es la intención como forma opuesta a la imprudencia.

c) Eclécticas.- Desde luego, no podían faltar las posturas eclécticas o mixtas. Tenemos como teorías eclécticas:

- La sostenida por Francisco Antoliser, el cual manifiesta que en la culpabilidad existe un aspecto psicológico en lo referente a que es un fenómeno de naturaleza psíquica y un aspecto normativista ya que el agente no cumple con lo obligado por las leyes de ahí que su conducta sea reprochable.

- La sostenida por Biaggio Petrocelli, la define como: "el conjunto de coeficientes requeridos por la ley

respecto de una persona para que el hecho le pueda ser atribuido como manifestación madura y normal de su voluntad que implica - desobediencia a la obligación impuesta por una norma penal." (29)

- El maestro Carlos Fontan Balestra, opina que un sujeto es culpable cuando realiza un acto típicamente penal con una actitud subjetiva reprochable.

- El penalista Sebastián Soler, manifiesta que la culpabilidad no es puramente psíquica ya que esa conducta sólo puede ser - culpable en cuanto atenta contra un conjunto de normas.

Una vez hecho un breve análisis de estas teorías, consideramos que :

Definitivamente es imposible explicar la culpabilidad desde el punto de vista unitario, ya que no podemos fundamentar en forma total y definitiva el derecho, en un ámbito puramente psicológico, pues esto equivaldría a cimentar el ámbito jurídico en algo tan - abstracto y complejo como lo es el psique humano. Por tal motivo, debemos recurrir al carácter normativo; esto es, al proceso volitivo interno de un sujeto que no puede ser apreciado en forma sencilla por el juzgador, y de hecho éste no podrá juzgar si no es en base

a una norma previamente establecida, de ahí que, podamos decir que, para estudiar la culpabilidad debemos de tomar en cuenta el - carácter psíquico y el normativo, estamos pues, comulgando con una teoría ecléctica, ya que, desde luego, la culpabilidad es un hecho psíquico, sin embargo, sólo podemos referirnos a ella en base al - ámbito normativo.

2) Formas de Culpabilidad

- a) Dolo
- b) Culpa
- c) Preterintencionalidad

Las formas de culpabilidad, encuentran su fundamento en los artículos 8º y 9º del Código Penal:

"Artículo 8º.- Los delitos pueden ser:

- I.- Intencionales;
- II.- No intencionales o de imprudencia;
- III.- Preterintencionales"

"Artículo 9º.- Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico quiera o acepte el resultado prohibido por la ley."

"Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen."

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

a) Dolo.- El maestro Castellanos Tena, manifiesta que "el dolo consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico."³⁰

El colombiano Alfonso Reyes, conceptúa al dolo como: "la actitud de la voluntad dirigida conciente a la realización de conducta típica y antijurídica."³¹⁾

En relación al dolo, existen diversas teorías, que a continuación se analizarán:

Teoría de la Representación.- "Su exponente más caracterizado es Von Liszt; el dolo puede definirse, afirma, como la representación del resultado que acompaña a la manifestación de voluntad, de donde se desprende que dicho concepto comprende los siguientes aspectos: a) la representación del acto voluntario, así como de las circunstancias en que va a ejecutar; b) la previsión del resultado, y c) en los casos de acción, la representación de la causalidad del acto y en los de omisión, la representación del no impedimento del resultado."³²⁾

Analizando lo anterior, podemos decir, que el sujeto activo quiere cometer un delito y de hecho en su

mente se realiza un procedimiento de representación , por medio del cual, él tiene la intención de causar un acto delictivo - imaginándose el modo de realizarlo y el resultado que aparecerá ; desde luego, puede evitar el resultado, con el simple hecho de no actuar, en caso de delito de acción o el actuar en los acosos de omisión. Sin embargo: " La teoría de la representación no ha sido aceptada por múltiples estudiosos ya que, se dice que en ella se - infiltran elementos de carácter volitivo que desnaturalizan su - esencia intelectual (lo representado) y se vuelve al lugar de partida, o sea la voluntad.

Empleando aquí la crítica que formula Nuñez, quien sostiene que la concepción del dolo con base en el representación, solo en forma aparente excluye de su contenido conceptual a la voluntad, ya que existe una constante vinculación entre el saber o conocimiento que haya sido suficiente para disuadir al propio sujeto actuante. Es así como, sostiene Nuñez, resulta evidente que se coloca el acto psíquico , que caracteriza la dolo, en un momento en que la pura representación es excedida y se penetra en el campo de lo volitivo." (33)

Teoría de la voluntad .- La presente teoría considera la voluntad delictiva del sujeto activo como fundamento del dolo.

Esta teoría ha sido criticada en gran medida , ya que el sujeto activo no es que desee violar la ley , sino que lo hace con el propósito de lograr lo que se ha fijado que es por ejemplo matar, lesionar , etc.

El único defensor y por tanto representante de ésta teoría es el maestro Francisco Carrara, quien afirma que la voluntad va encaminada a la realización de un acto contrario a la ley.

Teoría Finalista .- Maurach , es el principal representante y en relación a esta teoría manifiesta:

" actúa dolosamente a quien incluye en su voluntad la representación total del hecho , tal como se presenta en la parte objetiva del tipo " ; trátase, pues , de un querer el hecho típico con representación mental del resultado : dice a éste respecto el mismo autor: " Este querer no es ni un proceso sino presupuesto, ni un proceso uniforme. Un querer carente de presupuestos , no dolo , sino instinto. Querer presupone en cierta medida , conocer . Si el autor quiere realizar un perjuicio debe conocer el hecho verdadero, derivándose el querer del conocer. Quien roba sabe que toma una cosa ajena. El dolo presupone pues , cierto grado de conocimiento real." (34)

Si hemos de comprender el dolo como un actuar instintivo, podemos decir que, para los finalistas el dolo es un actuar natural por lo tanto , no tomamos como tal , un actuar conciente , dañino, malo puesto que hace a un lado todos los grandes estudios referentes al tipo de la imputabilidad ; concreta el dolo, en un actuar instintivo; y así debieramos de tomarlo , por que se aplica pena a una persona que actúa e infringe la ley , si esto lo hizo empujado por los instintos , que no pueden gobernarse a voluntad del mismo ; y por qué - existe la diferencia entre el sujeto imputable y un inimputable - como son los enfermos mentales y los menores de edad , que no son - capaces de querer y entender.

En conclusión , ésta teoría queda desechada por tener una - postura totalmente absurda y contraria al propio derecho.

Concepción Unitaria .- " Parte del supuesto de que la tesis voluntarista y de la representación son insuficientes para explicar el dolo , pero que aunados convenientemente permiten la solución correcta en efecto , no se puede querer aquello que no se nos ha representado pero no se nos puede atribuir sino aquello que realmente queremos."

"Jimenez de Asua, es el más connotado representante de esta tesis, de conformidad con la cual dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico con conocimiento de las circunstancias descritas en el tipo y de su relación causal, con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto y con representación del resultado que se quiere o consiente."

"En esta misma línea de pensamiento podemos ubicar a Moro, puesto que entiende por dolo la voluntad de la acción acompañada de la representación del suceso; es característico de este fenómeno, añade, que el proceso de motivación se desarrolle, teniendo presente el sujeto la exigencia jurídica, que califica en el sentido del valor o del desvalor un determinado contenido de acción, imponiéndola como necesaria o bien excluyendo su realización."³⁵

En síntesis, creen los autores que defienden esta teoría que el dolo supone representación de un hecho típico y antijurídico y voluntad de realizarlo.

En mi opinión, el dolo debe de considerarse: en primer lugar, como un actuar voluntario, para poder diferenciarlo de la imprudencia; desde luego que ese

actuar debe ser antijurídico , culpable y previsible ; inclinándose por tanto por la teoría normativa.

Los elementos del dolo son:

a) Elemento Voluntario .- Es decir la voluntad del sujeto - dirigida a la consecución de sus propósitos , siendo efectuada dicha conducta , necesariamente será antijurídica.

b) Elemento de la Intención Delictuosa .- Que es la voluntad de obtener un resultado antijurídico.

De tal forma que lo expuesto hasta aquí nos permite afirmar que el dolo estatuido por el artículo 9º del Código Penal , se apega en forma total y determinada a la Teoría de la Voluntad.

Al respecto , la Suprema Corte de Justicia de la Nación opina :

III

Dolo

"Siempre que a un acusado se le pruebe que violó la ley penal, se presumirá que obró con dolo, a no ser que se averigüe lo contrario, o que haya delito y al acusado toca probar que procedió sin intención."

Quinta época:

Tomo V, Pág. 480.- González Escamilla, Luis

Tomo VII, Pág. 1043.- Vivanco de H., Carlos

Tomo VII, Pág. 1567.- Ortigosa, Antonio

Tomo IX, Pág. 674.- Guerrero, Javier

TESIS RELACIONADA

Dolo.- "Siendo el dolo un elemento subjetivo, - lo único que puede probarse es si existen o no razones que demuestren el conocimiento que se tiene de lo ilegal de un hecho u omisión, que es lo que en el dolo consiste. La prueba presuntiva no está excluida por la ley para probar este elemento del cuerpo del delito, pues de lo contrario sólo podría probarse con la confesión."

Quinta Epoca:

Tomo XXVII, Pág. 710. Hinojosa, Mateo." (36)

Existen diversas clases de Dolo: Directo, Indirecto,

Determinado, Indeterminado y Eventual.

Directo.- Es cuando se presenta un resultado que coincide perfectamente con el propósito del sujeto activo. Ejemplo: Quiere matar y mata.

Indirecto.- El sujeto activo se propone un fin determinado y sabe que aunado a este resultado pueden resultar otros resultados delictivos. Ejemplo: El sujeto se propone robar un banco y para ello se provee de una pistola, misma que le servirá para amagar al cajero y en caso necesario para evitar que lo detengan al momento de darse a la fuga y es así como mata al vigilante.

Actuó con dolo directo respecto del robo al banco y con dolo indirecto respecto al homicidio.

Determinado.- Es cuando el sujeto no admite variación en el resultado que se propuso obtener.

Ejemplo: Quiere matar y despues de darle al sujeto pasivo dos cuchilladas este no muere, pero como el resultado no era el que se propuso, dá varias cuchilladas más hasta que obtiene dicho resultado.

Indeterminado.- Se puede decir que el sujeto activo del delito no tiene previsto un resultado, simple y sencillamente tiene intención genérica de delinquir.
Ejemplo: Un acto terrorista.

Eventual.- Aquí el sujeto activo se propone un resultado, sabe que se pueden presentar otros resultados que no desea directamente, sin embargo actúa. Ejemplo: Un sujeto desea quemar la cosecha de otro sujeto, sabe que el fuego puede llegar a propagarse y consumir los inmuebles y lesionar o incluso privar de la vida a personas, pero sin importarle, actúa.

b) Culpa

Es la segunda forma de culpabilidad prevista por la fracción II del artículo 8º del Código Penal y Párrafo segundo del Artículo 9º del mismo ordenamiento punitivo, precepto este último que la describe como:

"Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las

circunstancias y condiciones personales le imponen."

Este concepto es relativamente de reciente creación, pues los Artículos 8º y 9º fueron reformados por el Artículo PRIMERO del decreto del 30 de diciembre de 1983, publicado en el "Diario Oficial" de fecha 13 de enero de 1984, entrando en vigor a los 90 días de su publicación.

Antes de la reforma antes aludida, la culpa era conceptuada como "toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño que un delito intencional."

Como se puede apreciar éste era un concepto totalmente casuístico ya que la imprevisión, la negligencia, la impericia y la falta de reflexión tienen desde luego la idea de una falta de cuidado imputable al agente.

"Para Carrara, culpa es la voluntaria omisión de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; es la falta de conciencia de la criminalidad de nuestros actos derivada de nuestra negligencia. Según Carrara, el tripode sobre el que descansa la noción de culpa lo constituían la

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

voluntariedad, la falta de previsión del efecto nocivo y la posibilidad de preverlo. A estos tres elementos añadió Brusa uno más, de evidente justificación teórico-práctica: la prevenibilidad que ya también Carrara había anticipado; culpa era pues, la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible. Así concebida la culpa, gira, como se ve, en torno al elemento subjetivo "previsibilidad" más el objetivo "prevenibilidad" y permite mantener la imputabilidad por vicio de la voluntad (culpa), a diferencia del vicio del sentimiento (dolo)."

"Esta última noción hace que la culpa gire sobre el elemento objetivo denominado "voluntaria causalidad", en efecto, el hombre debe responder de todo aquello de que es voluntaria causa y que ofende al derecho; la voluntariedad inicia y los medios antijurídicos son, por eficaces, la base del nuevo concepto; el evento dañoso y contrario al derecho es punible cuando es el producto inmediato de un acto voluntario del hombre que, si bien no se halla dirigido a un fin antijurídico, se ha manifestado con medios que se revelan como no normales a la idea del derecho (Stoppato)."

"Para Ferri la doctrina anterior no es sino un conjunto de elocubraciones silogísticas tomadas de la Parragosa literatura germánica: no es posible sostener que el delito culposo sea el resultado de una conducta voluntaria, ya que la conducta es involuntaria; solo puede sancionarse esa conducta porque el hombre en sociedad es siempre responsable de sus actos y porque el Estado considera necesaria la defensa social contra determinadas acciones que, intencionalmente o no conscientemente o de modo inconsciente, aparezcan por debajo del nivel de disciplina social establecido por las leyes; acciones que son, por tanto, expresión sintomática de una personalidad más o menos inadaptada a la vida social y, por ende, más o menos peligrosa, para la que no bastan las sanciones del Derecho Civil, del Administrativo, del disciplinario, etc. De aquí la pena, no como castigo sino como defensa, adaptada a la falta de intención delictuosa y que sólo atiende el fenómeno intelectual de la atención y de la previsión, más importante hoy que que nunca por efecto de la moderna civilización industrial. Consecuentemente con lo anterior la Escuela Positiva ha elaborado una teoría fisio-psicológica de la culpa que reduce ésta a un defecto del juicio o de la atención (Angiolini). Sentado esto y sin restar importancia a las aplicaciones fecundas de la teoría de la peligrosidad en relación con

la culpa, cabe reconocer que como lo observa Alimena, el Positivismo vuelve también los ojos al viejo cartabón de la previsibilidad, con su perfeccionamiento en la prevenibilidad."

"Por último, con relación a la voluntariedad en la culpa desarrolla Binding una penetrante interpretación: la culpa debe ser estimada como un hecho voluntario constitutivo de "delito intencional evitable" pues en ella la voluntad se dirige a un acto claramente previsto en su efecto causal, pues todo el resultado es producido por el acto causal querido."³⁷⁾

En efecto, son múltiples las teorías que se han realizado respecto de la culpa; al igual que en el dolo los criterios varían según la tendencia causalista, finalista o positivista que se tenga.

Las teorías objetivas, como su nombre lo indica, fundamentan a la culpa en aspectos materiales o tangibles, haciendo a un lado todo aspecto psíquico y entre ellos tenemos la Teoría de los medios antijurídicos elaborada por Stoppato, a quien ya se hizo alusión con anterioridad. Para Stoppato, el resultado dañoso es punible cuando ha sido producto-mediató o inmediato- de un acto del hombre que, a pesar de no dirigirse a un fin antijurídico, se realiza con medios

que se revelan como contrarios al derecho.

La presente teoría, acarrea el defecto de no poder distinguir la culpa del caso fortuito ya que la generaliza en tal forma que solo existirá culpa cuando exista una violación a la Ley Penal.

La teoría sostenida por Manzini se ha llamado Teoría de la Acción Contraria a la Policía y a la Disciplina; aquí se conjuga la violación de los reglamentos de Policía y la disciplina; con la violación a los preceptos penales, es decir la comisión de delitos.

A esto podemos criticar que, únicamente el Derecho Penal regula conductas delictuosas, y el reglamento de policía y disciplina regula faltas de las llamadas "administrativas"; se encuentran pues, perfectamente delimitadas las competencias y facultades de cada una de ellas y por lo tanto no da lugar a conjugarlas; sin embargo, esto no obsta para que cuando sea necesario, se auxilién una a la otra, siempre y cuando se respete la jerarquía existente entre las leyes.

Las teorías subjetivas, a diferencia de las objetivas, encuentran su fundamento en el psique del

hombre; y así encontramos:

La teoría de la Previsibilidad a la que ya hicimos mención con anterioridad y cuyo representante mas autorizado es Carrara, quien indica que la esencia de la culpa radica en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; es decir, que debe existir la evitabilidad del resultado en forma precedente al hecho; no podemos negar que existe una gran razón en esta teoría; sin embargo, no es posible generalizarla, ya que en algunas ocasiones nos encontramos que hay culpa y no previsión y en otros hay culpa a consecuencia de la previsión. Tenemos, por ejemplo, un homicidio que se presenta a consecuencia de un caso fortuito; puede preverse, pero no evitarse; por lo tanto, no existe culpa.

La teoría de la prevenibilidad, cuyo representante es Brusa ya antes mencionado, señala que en la presente teoría se aumenta otro elemento a la culpa, ahora, además de ser prevenible y evitable requiere ser previsible, es decir que el sujeto activo solo incurrirá en culpa cuando haya podido imaginar las consecuencias y haya podido evitarlas; sin embargo, esto solo es posible en la Culpa Conciente con Representación.

La Teoría de la Violación del deber de Atención, formulada por Feverbach quién afirma que hay culpa cuando el sujeto no pone su atención en la actividad realizada y, por tanto, pone en peligro los derechos de otros sujetos o sus derechos.

Fue Merkel quien expuso por primera vez la "Tesis del Error" en los siguientes términos: "En la culpa el agente no quiere la realización de los caracteres constitutivos del delito o de alguno de ellos, y no la quiere por causa de ignorancia o error pero para que sea posible hablar de delitos culposos, es necesario que el error o la ignorancia sea evitable, habida cuenta de las circunstancias en que se hallaba el actor al tiempo de ejecutar el hecho, "dada la medida del esfuerzo de sus energías espirituales, y dada aquella dirección de su atención que en determinadas circunstancias producen la conducta de un individuo que cumpla con sus deberes"

"Critícasele a esta teoría la indebida asimilación del error vencible a la culpa; la diferencia entre estos dos conceptos es aclarada por Carrara así: "En la culpa no se preven, por negligencia todas las consecuencias materiales del propio hecho y falta toda dirección de la intención hacia el resultado que se produce; en cambio, en el error vencible las consecuencias materiales del

hecho se preven y se quieren, pero no se preve por negligencia o por una equivocación de hecho, la consecuencia jurídica de la violación de la ley, que lleva consigo el resultado.⁽³⁸⁾

La Doctrina Finalista podemos sintetizarla de la siguiente manera: En primer lugar debemos aclarar que la culpa pertenece a lo injusto y no a la culpabilidad; en segundo lugar, existe efectivamente una acción descuidada que produce un resultado que socialmente no es deseado; en tercer lugar, el resultado pasa a ocupar un lugar secundario frente a esa acción descuidada resultando por tanto importante la ejecución final y no el resultado como finalidad.

La Tesis Positiva considera a la culpa como una conducta involuntaria, es decir la no intención delictuosa; sin embargo, hemos de manifestar que la culpa no es el aspecto negativo del dolo y por tanto, no podemos concretarnos a decir que la culpa es la "no intención", o bien que la imprudencia es la conducta no dolosa, como erróneamente lo define el Artículo 8º del Código Penal. No se trata de explicar a la culpa, como la conducta no dolosa, debemos estudiarla como dos formas independientes y autónomas que existen dentro de la culpabilidad. Desde mi punto de vista, la forma de distinguir las resulta sumamente sencilla: En el dolo

hay voluntad del agente tanto en la actividad o inactividad, como en la obtención del resultado; en la culpa o imprudencia solo encontramos voluntad en la actividad o inactividad, puesto que aquí el resultado no se desea.

Así las cosas, podemos concluir que la culpa consiste en realizar un hecho típico y antijurídico a consecuencia de la falta de cuidado que el agente debía haber tomado, en virtud de la acción que en esos momentos realizaba. En consecuencia, los elementos que integran a la culpa son:

- Una conducta causalmente típica.- Ya que si el daño inferido al bien no se encuentra jurídicamente tutelado por la Ley Penal, es decir, no se encuentra tipificado, no existiría delito.

- La violación del autor al deber exigible toda vez que cuando alguien realiza una acción que puede producir un efecto dañino a otro, deben extremarse las precauciones, y si no es así, su conducta descuidada debe ser reprochable.

- Un resultado previsible y evitable.- Ya que si no fuera previsible ni evitable el resultado se estaría

ante un accidente, toda vez que nadie está obligado a lo imposible.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación opina:

"CULPA, ELEMENTOS DE LA.- La culpa requiere por parte del sujeto activo, en primer término, un comportamiento irreflexivo, negligente, descuido en una palabra, omisivo de las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para hacer posible la vida gregaria; en segundo término..."

Amparo directo 279/1963. Alfredo Cortés García Blanco, 1ª Sala.- Sexta Epoca, Vol LXXIX, 2ª parte. Pág. 16439)

CULPA, ELEMENTOS DE DELITO POR: Para la existencia del delito culposo (imprudencia, para emplear la terminología de ley) se necesita la verificación de un daño, igual al causado por el delito intencional; en segundo término, una omisiva de las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para hacer posible la vida en común..."

Amparo directo 7453/1963, Leobardo Pulido Burgos

y otro. Marzo 30 de 1964. 5 votos. Ponente: Mtro. Agustín Mercado Alarcón, 1ª Sala, Sexta Epoca. - Vol. LXXXI, 2ª parte, Pág. 10⁽⁴⁰⁾

En realidad, el motivo de la existencia de las sanciones a los delitos que se cometen en forma culposa o imprudente es el segundo de los elementos antes descritos, toda vez que no se puede ir por la vida causando daño a nuestros semejantes por descuidos imputables a nosotros, pues esto también impide la convivencia social y resulta por tanto justo que al sujeto que actúa en forma descuidada se le reproche y sancione a efecto de que ponga más cuidado en lo que hace.

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

"La culpa consciente con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado."

"Como ejemplo de esta especie de culpa, 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 cruzara 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."

"La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación cuando no se cuida de un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Es, pues, una conducta en donde no se preve lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. Puede imaginarse el caso de quién limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; pero 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 peligroso 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."⁽⁴¹⁾

Desde luego que, con fundamento en los artículos 51 y 52 del Código Penal, el Juez hará uso de su arbitrio judicial para sancionar a la persona que cometió el delito culposo; de tal forma que en mi opinión, debe aplicarse mayor pena al sujeto que actúa con culpa consciente con representación, que al sujeto que actúa sin representación, ya que en el primer caso es totalmente prevenible y evitable el resultado.

c) Preterintencionalidad

Esta tercera forma de culpabilidad, desde el punto de vista legislativo es la más reciente pues fue creada apenas en el año de 1984; no obstante, desde el punto de vista teórico, se ha venido estudiando desde mucho tiempo atrás.

La preterintencionalidad ha sido confundida con el Dolo Eventual ya que en éste último, el sujeto desea un resultado, sabe que pueden presentarse otros resultados y sin importarle actúa y en la preterintencionalidad el sujeto desea un resultado, pero por imprudencia o culpa

obtiene un resultado mayor en cuanto al daño, al querido o deseado. Sin embargo, en el Dolo Eventual sabe que esos resultados secundarios se pueden producir y en la preterintencionalidad no lo sabe, además en el Dolo eventual se producen varios resultados.

Esta tercera forma de culpabilidad es conceptuada por el párrafo tercero del artículo 9º del Código Penal como:

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

"La mezcla del dolo y de la culpa en la figura llamada preterintención es la forma más acertada para abordar el tratamiento de este problema, en efecto, lo que da la nota distintiva a la preterintención, es que se ubica en la ilicitud de la conducta desde su inicio, es decir un contenido psicológico que guía al comportamiento del hombre hacia una finalidad específica, que es antijurídica; se tiene, en el inicio de la manifestación externa de la conducta, una voluntad preordenada hacia la producción de un resultado típico; sin embargo, el resultado que sobreviene excede a la voluntad inicial, o sea aparece una figura típica de

mayor gravedad y ajena al concepto psicológico inicial. Ahora bien, ese resultado sobrevenido y que no era querido por el sujeto al iniciar su comportamiento, era previsible y evitable, o sea satisfacía materialmente las condiciones necesarias para la reprochabilidad por culpa, pero dado que el inicio del propio comportamiento es ilícito, no es encuadrable dentro de la forma benigna de la culpabilidad por culpa, sino que merece un tratamiento diferente, que será o bien a través de la preterintencionalidad cuando así lo establezca expresamente la ley o como figura especial del dolo, cuando la misma ley no reconozca la preterintencionalidad."(2)

Como se dijo con anterioridad, la preterintencionalidad fue incluida recientemente en nuestro Código Penal, de ahí, que a continuación me permitiré transcribir las opiniones jurisprudenciales que dieron origen a esta tercera forma de culpabilidad.

PRETERINTENCIONALIDAD E IMPRUDENCIA.-

El delito cometido no puede considerarse como imprudencial únicamente porque el daño final de la conducta delictiva no sea el que se había propuesto

causar el agente activo.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol II, Pág. 49 A.D. 1501/56.- Feliciano Estrada,
Francisco.- 5 Votos.

Vol II, Pág. 124 A.D. 2390/56.- Gutierrez Cas-
tillo, Agripino.- Unanimidad de 4 Votos.

Vol XXII, Pág. 126 A.D. 6559/60.- Herrera Suveldía,
Fernando.- Unanimidad de 4 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD

Aunque el agente activo aparentemente solo quiso la lesión que infirió a su contrario al golpearlo con una pistola y no el efecto final por el disparo del arma (preterintencionalidad), siendo previsible para el común de los agentes la causación de daños mayores por la facilidad con que se disparan las armas de fuego cuando se manipulan inadecuadamente, conforme al precepto 9º de la ley sustantiva en relación con el numeral 8º, no se liberó el agente de la represión por este efecto lesivo último toda vez que verificada la materialidad, el legislador mexicano presume dolosa la actitud del sujeto activo al ser previsible el

resultado de su conducta, sin ameritar atenuación, como en otras legislaciones en que se toma en cuenta la mezcla del dolo y de la culpa.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol XIII, Pág. 123 A.D. 1840/58.- Hernández Reyes, Manuel.- 4 votos.

PRETERINTENCIONALIDAD, EXISTENCIA DE LA.

Salvo cuando la ley expresamente determine otra situación, si el daño causado va más allá del que se propuso el agente activo es caso de preterintencionalidad en que a título doloso se sanciona el resultado si este es consecuencia necesaria y notoria de la acción criminal del acusado.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol XV, Pág. 127 A.D. 3330/57.- Hernández Campos, Dionisio.- 5 Votos.

Vol XVI, Pág. 203 A.D. 6775/57.- González Piñon, Fernando.- 5 Votos.

Vol XXV, Pág. 93 A.D. 813/58.- Yañez Luna, José.- 5 Votos.

Vol XXXIII, Pág. 78 A.D. 8215/59.- Ortega López,

Eduardo.- 5 Votos.

Vol L, Pág. 33 A.D. 1244/61.- Nava Sánchez,

Jesús.- 5 Votos. Tesis Relacionada

PRETERINTENCIONALIDAD EN LOS DELITOS

El artículo 8º del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales clasifica los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia y define lo que debe entenderse por imprudencia y que consiste en toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional; en seguida, en el artículo 9º previene que la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario, y que no destruirá la presunción de que un delito es intencional, aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si éste es consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; es decir, el legislador de 1931 no reconoció que hubiese otra especie de la culpabilidad, como ha sucedido en algunos códigos de la República como Sonora y Veracruz, en que se habla del delito preterintencional o ultraintencional. Y como puede verse en el Tomo IV de la exposición de motivos de los trabajos de revisión del Código Penal de 1871 redactado por el señor Lic. Don Miguel

S. Macedo, esta fracción II se tuvo en cuenta al discutirse las observaciones al proyecto y se consideró que la primera parte del artículo 9º rige todo precepto. La doctrina de la Escuela Clásica al igual que la de la Escuela Positiva y modernamente algunos tratadistas europeos y sudamericanos, aún no despejan la anómala figura del delito preterintencional, pero desde el punto de vista de la legislación penal mexicana sería contrario a la hermenéutica jurídica que se pretendiera imponer una penalidad que no corresponde al delito doloso.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Vol LIX, Pág. 29 A.D. 6668/61.- Padilla Plasencia, Ernesto.- Mayoría de 3 Votos.⁽⁴³⁾

Antes de finalizar, es conveniente hacer mención al aspecto negativo de la culpabilidad; podemos definirla en forma muy sencilla de la siguiente manera: Es la ausencia o falta de culpabilidad, llamada también inculpabilidad.

"Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros

elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia. Así la tipicidad debe referirse a una conducta típica; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivos del hecho) presupone ya una valoración de antijuridicidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de ese elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable. Jamás se insistirá demasiado en que tampoco aparecerá la culpabilidad en ausencia de un factor anterior, por ser ella elemento fundado respecto a los otros que, por lo mismo, resultan fundantes en una escala de prelación lógica (no de prioridad temporal)."⁴⁴

Efectivamente, el delito no solo se integra de culpabilidad; y si bien es cierto que éste es el elemento más importante del delito porque es el que funda la responsabilidad de la conducta, no puede ser autosuficiente, pues requiere necesariamente que exista una conducta, que esta sea típica, antijurídica y por supuesto culpable. Esta es la razón por la que el legislador incluyó dentro del artículo 15 del Código

Penal, bajo el rubro de las Circunstancias excluyentes de responsabilidad, algunos supuestos que no son precisamente aspecto negativo de la culpabilidad, tal es el caso de las fracciones I y II del numeral citado, que es aspecto negativo de la Conducta y las fracciones V, VIII y XI que son aspectos negativos de la Antijuricidad.

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

"I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias.

"II.- Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo a esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente."

"III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación

suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende."

"Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión."

"IV.- Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menor perjudicial a su alcance."

"V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho."

"VI.- Obrar en virtud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente."

"VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía."

"VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo."

"X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas."

"XI.- Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. No se excluye la responsabilidad si el error es vencible."

3) Excusas Absolutorias

Las excusas absolutorias, son el aspecto negativo de la punibilidad, de ahí que resulte necesario para su estudio, realizar un breve análisis de la punibilidad.

Una vez, que un sujeto con su conducta sea positiva o negativa dañe algún bien jurídico tutelado por la ley, a través de un comportamiento típico, antijurídico y culpable, resulta obvio y justo que se haga acreedor a una pena, por haber sido responsable; a cada delito, corresponde una sanción o pena concreta, que viene a ser una reacción de la sociedad a ese hecho ilícito.

Esta facultad de castigar, ha recorrido un gran camino, partiendo de la venganza Privada, cuya primera limitación fue la Ley del Talión "ojo por ojo, diente por diente" pasando por la justicia divina hasta llegar a depositar tal facultad en los órganos del Estado, mismos que son los representantes de la sociedad; de ahí que podamos definir a la punibilidad como:

La facultad del Estado de crear tipos, imponerle penas a las conductas; atribuir esa pena abstracta y

genérica a un caso concreto y vigilar su cumplimiento.

En esta facultad del Estado, intervienen los Tres Poderes de la Unión:

El Poder Legislativo: Crea la ley o tipos e impone penas abstractas o genéricas.

El Poder Judicial: Valiéndose de la Ley Adjetiva de la materia; es decir, siguiendo actos, formas y formalidades, lleva un procedimiento a efecto de aplicar esa sanción abstracta a un caso concreto.

El Poder Ejecutivo: Vigila el cumplimiento de la sanción impuesta por el Poder Judicial, por medio de la Dirección General de Centros Penitenciarios y de Readaptación, que depende de la Secretaría de Gobernación.

No debemos confundir la pena con la punibilidad, toda vez que la primera es la sanción y la segunda es la facultad del Estado para sancionar.

Dentro del campo de los estudiosos del Derecho Penal existe gran discusión en relación de que si la punibilidad es el elemento esencial del delito o bien

es consecuencia del mismo.

Los primeros se basan en manifestar que la punibilidad es un elemento esencial del delito, ya que un delito sin pena caería a ser solo una regla de conducta que cualquiera podría violar, toda vez que carece de poder coercitivo y que las excusas absolutorias (aspecto negativo de la punibilidad) son excepciones a la regla que conservan vivo el delito; dentro de esos autores citamos a Liszt o Beling.

Los segundos, opinan que es la punibilidad, una consecuencia del delito, ya que una vez que se ha hecho responsable a alguien de la comisión del delito, es cuando surge la punibilidad y si no resulta responsable, no existirá esa consecuencia del actuar delictivo; y al considerarla como una consecuencia del delito, el que la punibilidad exista o no en nada altera el delito. Aquí podemos citar a Zaffaroni.

En mi opinión, la punibilidad es un elemento esencial del delito, toda vez que en caso de existir un delito sin pena caeríamos en una ley muerta por ineficacia y carente de toda obligatoriedad.

Existen circunstancias en las que el legislador no elimina la punibilidad, sino que simplemente la atenúa, tal es el caso del Aborto denominado Honoris Causa, mismo que se encuentra previsto en el Artículo 332 del Código Penal que nos dice:

"Se impondrá de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama;
- II.- Que haya ocultado el embarazo;
- III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicará de uno a cinco años de prisión."

La primera fracción del artículo a comento, se refiere exclusivamente al comportamiento sexual de la mujer, es decir al comportamiento que tenga con personas del sexo masculino, es un elemento normativo de valoración, que deberá apreciar el juzgador desde el punto de vista de un comportamiento normal dentro de un marco medio de la moral social; desde luego que tal valoración sufrirá gran variación según el lugar y el tiempo en que se lleve a cabo ya que estos valores son

cambiantes.

La fracción II, nos hace referencia al ocultamiento del embarazo; sin embargo, su móvil es el ocultar su deshonra, de ahí que reciba el nombre de "Aborto Honoris Causa".

Para que pueda ser considerado el móvil de ocultamiento de la deshonra, se requiere primeramente cumplir en forma previa con lo previsto en la fracción I del numeral a comento, es decir, que la mujer no tenga mala fama.

El hecho de ocultar el embarazo, no requiere que efectivamente la gente no se haya percatado de su estado de gravidez, pues basta que así ella lo crea.

La fracción III nos dice que el producto debe ser fruto de una relación, desde luego sexual, ilícita; esto significa que no debe ser fruto de una relación matrimonial, lo que resulta lógico ya que en nada deshonraría a un mujer casada el embarazarse.

Pues bien, aquí el legislador del 31, derramó benevolencia, toda vez que sobre la vida del producto de la concepción, pone la honra de la madre; es decir,

considera justo el sacrificar el producto, cuando se haya con el propósito de seguir quedando bien ante la sociedad.

Sin embargo, tal vez la atenuante se justificaba ampliamente en aquél entonces, puesto que la madre soltera era repudiada por la sociedad cual si fuera un meretriz cualquiera; pero en mi opinión y en la actualidad creo que no existe ya justificación alguna para seguir conservando en nuestro cuerpo punitivo esta atenuante; toda vez que en nuestros días el ser madre soltera resulta ya una condición común en nuestra sociedad, y las mujeres ya no son repudiadas por esta condición, sino por el contrario, son dignas y admiradas por su valor y fortaleza para salir adelante en la vida con su hijo. Por otra parte, considero igualmente anticuada tal postura ya que en la actualidad existen infinidad de productos médico e instrumentos anticonceptivos, que incluso son obsequiados por el Sector Salud, sin trámite, ni cuestionario alguno, estando al alcance de la mano de todos.

Ahora bien, las excusas absolutorias no destruyen el delito, pues como se dijo con anterioridad, son solo excepciones, consagradas en la propia ley por el legislador, de la aplicación de pena; para ello el legislador se fundamentó en una serie de circunstancias

personales, en las que considero totalmente injusto e inútil aplicar pena, por considerar, por ejemplo poca o nula peligrosidad en el sujeto o porque el aplicarla resultaría totalmente contaminante.

El maestro Eugenio Raul Zaffaroni nos dice: "Si bien en distintas épocas se ha acudido a esta categoría (excusas absolutorias) para introducir en ella la consideración de eximentes que deben ser ubicadas en otros planos, hay algunas cuya naturaleza es incuestionable. Se trata de causas personales que excluyen solo la penalidad de la conducta y que se establecen por puras consideraciones político-penales."

"...las causas personales que excluyen la penalidad, las circunstancias relevadas legalmente deben hallarse en el momento del hecho, en las causas personales que cancelan la penalidad, las mismas son sobrevinientes al hecho, es decir, posteriores al mismo."⁴⁵

Ahora bien, existen otras excusas absolutorias llamadas "Condiciones objetivas de punibilidad" y son aquellas en las que no existen presupuestos de la culpabilidad, toda vez que no habrá delito, si la conducta no tiene alguna de las formas de culpabilidad,

es decir, no hay dolo ni imprudencia, ni preterintencionalidad.

Pues bien, en el Delito de Aborto, el Legislador otorgó tres excusas absolutorias que son:

- Aborto causado por imprudencia de la madre.-
Cuando por culpa de la madre se causa un aborto, no se aplicará pena, toda vez que se carece de conciencia y voluntad de obtener el resultado.

Cuando un tercero ocasiona el aborto por imprudencia, ese tercero si será responsable del delito, a menos que tal imprudencia se lleve a cabo conjuntamente con la madre.

Esta excusa absoluta se funda principalmente en la maternidad frustrada, pues se considera cuando la mujer por su falta de cuidado causa el aborto y dado que ella es la principal víctima, resultaría totalmente absurdo el sancionarla. (Artículo 333 del Código Penal)

- Aborto del producto de una violación.- La excusa absoluta aquí consagrada, se funda principalmente en la cuestión de que, en primer lugar, la cópula ó relación sexual no fue deseada por la mujer, puesto que se le impuso mediante violencia física o moral y en

consecuencia, la maternidad tampoco fue consentida.

Esta excusa absolutoria, se hace extensiva a los participantes, es decir, tampoco se les impondrá pena a las terceras personas que procuren o realicen el aborto.

Desde el punto de vista teórico-práctico no es necesario que exista sentencia condenatoria para el sujeto activo del delito de violación; consideración que resulta totalmente justificada, toda vez que la mayoría de las veces resulta imposible lograr la detención del sujeto activo del delito de violación y por otra parte, es sabido que el aborto practicado despues de los tres meses de gestación resulta ampliamente peligroso para la vida y salud de la mujer, de tal forma que en caso de ser detenido el sujeto activo del delito de violación y ser procesado, cuando concluyera el procedimiento, la gestación habrá sobrepasado el término de tres meses.

Considero que este aborto no debería ser previsto solo como una excusa absolutoria, sino que debería constituirse como un derecho de la mujer, debidamente reglamentado; sin embargo, no ahondaremos más en el tema ya que será ámpliamente tratado en el capítulo siguiente; bástenos decir, que para que pueda ser considerado como una excusa absolutoria, será suficiente

con que a nivel de averiguación previa sea comprobado el Cuerpo del Delito de Violación. (Artículo 333 del Código Penal)

- Aborto Terapéutico.- Otra de las excusas absolutorias resulta ser el llamado Aborto Terapéutico. En realidad, aquí no se está realizando ninguna consideración por el legislador, para determinar que no sea punible, puesto que, esto no es otra cosa que una excluyente de responsabilidad, aspecto negativo de la culpabilidad, prevista en el artículo 15 fracción IV que es el estado de necesidad; en virtud de que aquí se hace una jerarquización de valores o bienes jurídicos tutelados, sacrificándose el bien menor, para salvaguardar el bien mayor.

Pues bien, el artículo 334 de nuestro Ordenamiento Punitivo, nos dice: No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictámen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no fuera peligrosa la demora."

En mi opinión, el médico tratante deberá pedir autorización a la madre y familiares de ésta, sin embargo tal situación resulta innecesaria toda vez que aún cuando los familiares se opongan, el médico podrá

practicarlo, sin que tal situación sea punible, ya que en el último de los casos el facultativo estará actuando amparado por una excluyente de responsabilidad, que es el cumplimiento de un deber, prevista en la fracción V del numeral y ordenamiento antes invocado; y por el contrario, los familiares estarían actuando con omisión y culpa consciente con representación.

C A P I T U L O I I I

PIES DE PAGINA

- 11 Ob. Cit. Pág. 227.
- 12 "La Culpa".- Primera Edición.- Ediciones Lener. Buenos Aires, Argentina, 1970.- Pág. 61.
- 13 "Culpabilidad e Inculpabilidad".- Primera Edición, Edit. Trillas.- México, 1977.- Pág. 200.
- 14 "La culpabilidad".- Primera Reimpresión.- Editorial Universidad Externado de Colombia.- Colombia, 1979.- Pág. 40.
- 15 "Derecho Penal".- Tomo I. Parte General.- Novena Edición. Edit. Nacional Edinal S. de R.L.- México, 1961.- Pág. 358.
- 16 "Lineamientos Elementales de Derecho Penal". Parte General. Novena Edición.- Editorial Porrúa, S.A. México, 1975.- Pág. 232.
- 17 "Manual de Derecho Penal" Parte General Reimpresión.- Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989.- Pág. 147.
- 18 Citado por Vela Treviño, Sergio.- Op. Cit. Pág. 181.
- 19 Bacigalupo, Enrique.- Ob. Cit. Pág. 149.
- 20 "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal". Cuarta Edición, Edit. Porrúa, S.A. México, 1978.- Pág. 232 y 233.
- 21 Vela Treviño, Sergio.- Ob. Cit. Pág. 183.
- 22 "Tratado de Derecho Penal". Tomo V, Primera Edición, Edit. Losada, Buenos Aires, 1956.- Pág. 164.
- 23 Vela Treviño, Sergio.- Ob. Cit. Pág. 184.
- 24 Vela Treviño, Sergio.- Ob. Cit. Pág. 186.
- 25 Castellanos Tena, Fernando.- Ob. Cit. Pág. 234
- 26 Vela Treviño, Sergio.- Ob. Cit. Pág. 189.

- 27 Von Liszt, Franz.- "Tratado de Derecho Penal" Primera Edición.- Editorial Reus, Madrid, 1929. Tomo II Pág. 36 Ps. 387/9.
- 28 Reyes E., Alfonso.- Ob. Cit. Pág. 26 y 27.
- 29 Citado por: Reyes E., Alfonso.- Ob. Cit. Pág. 26 y 27.
- 30 Ob. Cit. Pág. 239.
- 31 Ob. Cit. Pág. 56.
- 32 Ob. Cit. Pág. 47 y 48.
- 33 Vela Treviño, Sergio.- Ob. Cit. Pág. 215.
- 34 Citado por Reyes E., Alfonso Ob. Cit. Pág. 51.
- 35 Reyes E., Alfonso.- Ob. Cit. Pág. 52 y 53.
- 36 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Tesis N^o. 111, Pág. 234. Epoca 1917-65, Tomo XXVII Primera Sala.
- 37 Carrancá y Trujillo, Raúl.- Ob. Cit. Pág. 252 y 253.
- 38 Vela Treviño, Sergio.- Ob. Cit. Pág. 97 y 98.
- 39 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Amparo Directo 779/163 Pág. 16 1917-65; Primera Sala, Sexta Epoca, Vol. LXXIX, 2^a Parte.
- 40 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Amparo Directo 7453/1963. Pág. 10, 1917-65 Primera Sala, Sexta Epoca, Vol. LXXXI, 2^a Parte.
- 41 Castellanos Tena, Fernando.- Ob. Cit. Pág. 247 y 248.
- 42 Vela Treviño, Sergio. Ob. Cit. Pág. 261 y 262.
- 43 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Pág. 517, Apéndice: 1917-1975 Sexta Epoca, 2^a Parte Vol. LIX, Primera Sala.
- 44 Castellanos Tena, Fernando.- Ob. Cit. Pág. 254.
- 45 "Manual de Derecho Penal (Parte General) 2^a Edición, Edit. Cárdenas. México, 1988.- Pág. 679 y 680.

C A P I T U L O I V

LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ABORTO

- 1) **Doloso**
- 2) **Culposo**
- 3) **Preterintencionalidad**
- 4) **Consideraciones**

C A P I T U L O I V

LA CULPABILIDAD EN EL DELITO DE ABORTO

- 1) Doloso
- 2) Culposo
- 3) Preterintencionalidad
- 4) Consideraciones

1) Doloso

Cometer un delito en forma dolosa o intencional es obrar voluntariamente queriendo y aceptando el resultado.

El Delito de Aborto, es un delito cuya comisión puede ser dolosa, siéndolo cuando se tiene la intención o voluntad de producir la muerte del producto de la concepción, en cualquier momento de la preñez.

Para realizar el estudio de este delito en orden a la culpabilidad y en especial en orden al dolo, resulta necesario hacer referencia a los sujetos que intervienen y así tenemos:

El aborto genérico.- Que es el realizado por la madre, será doloso, siempre y cuando la madre lo haya realizado con la intención o voluntad de producir la muerte del producto de la concepción.

- El aborto provocado por terceros puede ser doloso:
 - a) Cuando es con consentimiento de la madre; habrá dolo, tanto por parte del tercero, como por parte de la madre.
 - b) Cuando es sin consentimiento de la madre, existirá dolo solo por parte del tercero y por lo que hace a la madre, ésta no estará incurriendo en la comisión de delito alguno, puesto que también es víctima.
 - c) Cuando es sin consentimiento de la madre utilizando - violencia física o moral, existirá dolo por parte del - tercero y la madre no incurrirá en delito alguno, pues como se dijo anteriormente también es víctima.

Ahora bien, por lo que hace al Aborto Terapéutico, si el - médico retarda voluntariamente la realización del legrado, estará actuando con dolo y si los familiares de - -

la mujer embarazada, cuya vida se encuentra en peligro se oponen voluntariamente y con la intención de que ésta muera a que se le practique el aborto también estarán actuando con dolo.

Independientemente de la pena privativa de libertad que puede ser de uno a tres años, cuando es con consentimiento de la madre; y de tres a seis años cuando es sin consentimiento de la madre; y de seis a ocho años de prisión cuando se utilice violencia física o moral; con fundamento en el artículo 331 del Código Penal, si el aborto lo causa un médico, cirujano, comadrón o partera, se le suspenderá el ejercicio de su profesión de dos a cinco años.

2) Culposos

Obra imprudencialmente el que incumpliendo con un deber de cuidado, obtiene un resultado típico.

Aquí la imprudencia, solo se encuentra referida a los terceros, pues como ya vimos, no es punible el aborto por imprudencia de la madre.

Pues bien, cuando por falta de un deber de cuidado imputable a un tercero y siempre que la culpa de la

mujer no sea concurrente con la del tercero, y se produzca un aborto, será responsable del delito en forma imprudencial; la pena imponible será la prevista en el artículo 6º del Código Penal, que consagra una sanción de tres días a cinco años de prisión y una sanción accesoria consistente en suspensión del ejercicio de la profesión hasta por 2 años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión u oficio.

3) Preterintencional.-

Esta forma de culpabilidad, no se presenta en el delito de aborto. Pudiera pensarse que cuando a consecuencia de un aborto se causa la muerte de la madre o bien lesiones graves en ella, pudiera existir la preterintencionalidad; sin embargo, esto no es posible, toda vez que la preterintencionalidad solo opera con un solo resultado, y en los presentes casos o supuestos tenemos dos resultados, de ahí que afirmemos que en el aborto no opera la preterintencionalidad.

Pues bien, cuando a consecuencia de un aborto se cause la muerte de la madre o se causen a ella lesiones, nos encontraremos ante un concurso ideal de delitos; es decir, existe concurso ideal de delitos cuando con una sola conducta, se cometen varios delitos (artículo 18 del Código Penal); y la sanción se impondrá de acuerdo a

lo previsto por el artículo 64 del mismo ordenamiento punitivo - invocado, es decir la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de su duración.

4) Consideraciones.- El aborto ha provocado grandes polémicas desde el punto de vista religioso, social, cultural y político. Con las reformas del mes de octubre del año pasado realizadas al Código Penal del Estado de Chiapas, en su artículo 136 dejó de ser punible el aborto, cuando éste se efectue por razones de planificación familiar, de común acuerdo con la pareja o en el caso de decisión de madres solteras, siempre que tales decisiones se tomen en los primeros noventa días de gestación.

Felipe Aguirre Franco, obispo de Tuxtla Gutierrez, manifestó:

"Esto lesiona los derechos humanos en lo más delicado, que es el derecho a la vida, no nada más a los seres indefensos que van a caer en la guadaña de ésta ley, sino a la dignidad de un pueblo que tiene derecho a que se le respete la vida, por que la ofensa a un ser humano en el seno materno es una ofensa a la especie humana y, ahora nosotros los chiapanecos seremos los que caeremos en la guillotina de esa ley."

En respuesta al obispo, el gobernador del Estado Don Patrocinio González Garrido dijo: "Si una gente es inminentemente cristiana y cree en todas esas cosas que plantean del concepto de vida y el momento de la gestación y todo eso, y su convicción religiosa le aconseja no hacerlo, esto no la obliga. Pero una pobre mujer embarazada en una violación o que va a traer un hijo al desamparo, a la miseria y a la injusticia, que en su conciencia quiere tomar la determinación de hacerlo, sepa que hay absoluta libertad para que lo haga, yo no le veo riesgo de debate. Se puede debatir, habrán de debatir con las que se acojan a la ley, la ley no obliga a hacerlo."

Por su parte, Genaro Almilla, vocero del Episcopado mexicano opina:

"Es un absurdo, una estupidez, por no decir una palabra más gruesa. El Gobernador de Chiapas y el Congreso local se pusieron al mismo nivel de los que desconectaron las incubadoras en Kuwait, donde murieron 300 bebés. Esto es, son unos asesinos."

"No existe ninguna razón válida para suprimir una vida humana. Inclusive, hasta en los criminales el derecho dicta un sentido de respeto a la vida, hecho que

también se dá en los animales: las bestias respetan la vida de sus semejantes." "El gobernador y los miembros del Consejo se ponen por abajo de las bestias."

"La pobreza extrema de la madre no es excusa para permitir el aborto; porque la pobreza no se remedia suprimiendo la vida humana, sino con la producción. Los señores de Chiapas dicen: Suprimamos al hombre y tendremos qué comer. Eso es una falacia, una mentira y su aplicación un asesinato."⁴⁶

Como hemos podido apreciar, lograr conciliar criterios en una sociedad en relación a la despenalización del aborto, resulta punto menos que imposible; ya con anterioridad dijimos que el objetivo del presente trabajo no consiste en argumentar la despenalización o penalización del aborto; nuestro objetivo radica principalemtno en despojarnos de sentimentalismos y pulir la legislación existente sobre el tema conforme a derecho; sin negar, desde luego, que nuestra postura consiste en no despenalizar el aborto y proponer soluciones más apegadas a la realidad y al derecho, pues, con gran pesar digo que nuestro país aún no está capacitado para hacer uso de su libertad y por ende no es posible depositar en las manos de la población la libertad de decidir sobre la vida o la muerte de un ser indefenso. Y digo, que nuestro pueblo no está educado, ya que no es posible que se sigan realizando abortos clandestinos, existiendo en la actualidad

tantos métodos, medicamentos e instrumentos anticonceptivos ,
al alcance de cualquier persona.

El aborto, de ninguna manera puede ser considerado como un método anticonceptivo y mucho menos justificarse por pobreza extrema; cuando se llega con tales finalidades a cometer éste delito , es consecuencia de irresponsabilidad extrema y no de pobreza y - consecuentemente tal irresponsabilidad no debe ser solapada por el Gobierno.

Existen opiniones más prácticas, que giran en torno a la - idea de que no tiene caso penalizar el aborto, si en la actualidad la mujer mexicana sigue interrumpiendo su embarazo y que el despenalizarlo ayudaría a que la mujer no se practicara el aborto en - lugares insalubres, pero sí poniéndose en manos de inexpertos con grandes riesgos de perder la vida.

Estas opiniones también resultan absurdas, pues dejan ver una actitud derrotada y apática, impotente de obtener el triunfo del derecho.

Otros muchos opinan que el aborto es un buen método para disminuir la explosión demográfica, ese gran problema que aqueja a nuestro país. En mi opinión, creo que sería mas justo y equitativo matar a todos aquellos grandes criminales y parásitos de la sociedad, que en nada son útiles a nuestro país.

Ahora bien, existen circunstancias en los que se justifica ampliamente el aborto, con gran placer, podemos decir que el Código Penal para el Distrito Federal, otorga excusas absolutorias para tales casos; sin embargo y desde mi punto de vista, requieren ser perfeccionadas y reglamentadas y así tenemos:

- Aborto del producto de una violación.- Con gran acierto, el legislador tomó en consideración la dramática situación psicológica en que se encuentra una mujer que por desgracia fue fecundada con motivo de tan reprochable acto, pues resulta imposible imponer a la mujer una maternidad tan aborrecida, como lo fueron las circunstancias en que lo procreó.

Con anterioridad dijimos que el conceder la excepción de pena no resulta suficiente, ya que el hecho de no imponer pena, resulta a posteriori, es decir, no

constituye un derecho de la mujer, sino un perdón de la Ley, para el caso de que ya lo haya realizado.

En otras palabras la ley no faculta a la mujer que fue violada a practicarse el aborto, simplemente no sanciona la conducta, una vez que lo ha practicado.

De tal forma, que la excusa absolutoria no resuelve realmente el problema; ya que, la mujer de cualquier manera deberá practicarse el aborto en forma clandestina, poniendo en riesgo su vida en lugares insalubres e improvisados ; toda vez, que se carece de una reglamentación al respecto.

En tal virtud, me permito emitir a continuación un manual operativo , o reglamentación.

Con anterioridad , ya dijimos que para que la excusa absolutoria otorgada con motivo del aborto del producto de una violación opere, no es necesario que exista sentencia condenatoria por la comisión del delito de violación, en tal virtud la autoridad competente para llevar a cabo la reglamentación a comento, lo será la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal , misma que deberá hacerse bajo los siguientes términos:

- 1.- Necesariamente deberá comprobarse el cuerpo del delito de violación.
- 2.- La mujer que haya sido víctima del delito de violación, deberá presentar necesariamente su denuncia dentro de un plazo que no deberá exceder de ocho días a partir de que ocurrieron los hechos.

(Con la anterior disposición se pretende que este mecanismo, no sea utilizado para lograr los propósitos de personas que no fueron violadas y que una vez que se dieron cuenta de que se encuentran embarazadas, procedan a utilizar éste medio para abortar un producto que fue fecundado por irresponsabilidad).

- 3.- El Agente del Ministerio Público, conjuntamente con Trabajo Social, canalizará a la víctima a cualquier Centro de Salud, dependiente de la Secretaría de Salud, a efecto de que se practiquen de inmediato análisis tendientes a detectar cualquier enfermedad venerea y el embarazo.

- 4.- La víctima deberá presentar en un término de 60 días naturales los resultados de los exámenes que

le fueron practicados, ante el Agente del Ministerio -
Público Investigador, que le dió las órdenes de laboratorio.

- 5.- Durante el término de 60 días, a que se refiere el numeral que antecede, la víctima deberá acudir a la terapia psicológica en el Centro de Apoyo a Personas Violadas, dependiente de la Supervisión General de Servicios a la Comunidad.

(Con esto se pretende que la mujer no tome una decisión precipitada y sea auxiliada psicológicamente para proceder lo más adecuadamente posible).

- 6.- En caso de resultar los análisis de detección de embarazo positivos, la víctima será canalizada a algún Centro de -
Salud, dependiente de la Secretaria de Salubridad a efecto de que se determine con exactitud el tiempo de gestación; así como la valoración médica general de la víctima.

- 7.- Si concuerda el término de gestación con la fecha en que ocurrieron los hechos de la violación, y así lo haya decidido la víctima de que se le practique el legrado ; si -

es menor quienes ejerzan la patria potestad; si son incapaces, sus legítimos representantes; y la valoración - médica general de la víctima manifiesta que no existe riesgo alguno para practicar el aborto, el Subprocurador de Averiguaciones Previas, expedirá la orden de legrado correspondiente, previo dictámen rendido por peritos médicos adscritos a la Representación Social.

8.- Si se negare el facultativo o Centro de Salud, a quien fué dirigida la orden de legrado o retardara su ejecución, - cometerá el delito de resistencia a la autoridad, con independencia de las sanciones que le correspondan por la violación a las disposiciones de la Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos.

9.- El Médico o Centro de Salud practicante del aborto, remitirá diariamente historia clínica de la víctima, a la Dirección General de Servicios Periciales de la Representación Social, a efecto de ser valorada la intervención, evolución y - tratamiento de la víctima, por los peritos en la materia.

10.- En caso de que la víctima decida acudir a algún centro médico privado, lo podrá hacer, pero solo y exclusivamente para la práctica del aborto, toda vez que los análisis y la valoración médica corresponderá exclusivamente a la Secretaría de Salud. El centro médico privado tendrá la misma obligación a que se refiere el punto anterior.

11.- El presente trámite será realizado por las Agencias Especializadas en Delitos Sexuales y personal adscrito a ellas.

12.- Aún cuando se reúnan todos los requisitos para llevar a cabo el legrado, éste no se practicará cuando:

- a) El término de gestación exceda de tres meses.
- b) Corra algún riesgo la vida o salud de la mujer.
- c) Exista incongruencia en el término de gestación y la fecha ocurrida de la violación.
- d) Cuando la víctima de la violación sea me-

nor de edad y no desee que se le practique aún cuando sus legítimos representantes otorguen su consentimiento.

Estoy seguro que implementando estas doce sencillas reglas, lograremos ayudar realmente a la mujer que se encuentre en estas circunstancias, no dejándola a su suerte y desamparo victimizándola con ello doblemente.

Solo nos queda aclarar, que la excusa absolutoria a comento, operará en tanto se haya realizado la violación en forma genérica o por equiparación.

- Aborto Terapéutico.- Desde mi punto de vista, el aborto terapéutico o por estado de necesidad, se encuentra debidamente previsto por nuestro Código Penal como una excusa absolutoria, que se otorga cuando se encuentra en peligro la vida de la madre; pero qué pasa cuando se tiene la certeza de que el producto se encuentra en malas condiciones, cuando se sabe que va a ser condenado a una vida parasitaria por deficiencia mental, defectos físicos graves, etc.

En México, no se encuentra establecida la excusa absolutoria en el delito de aborto por motivos eugenésicos. Creo sinceramente que en éste sentido debe dejarse expresar también -

a los padres la libertad de decidir sobre la vida de su hijo en estas condiciones , pues en el último de los casos son ellos y su hijo quienes padecerán los sufrimientos de la crianza y atención; son ellos, los padres, los que sabrán si podrán soportar el ver a su ser querido postrado por el resto de su vida en una cama, en una silla de ruedas o en un hospital psiquiátrico; son ellos los que saben qué capacidad económica tienen para sufragar todos los gastos de su atención y además la capacidad que tenga el Estado para mantener una situación así.

La ciencia avanza día a día y actualmente existen métodos para detectar deficiencias psico-fisiológicas en el feto, tales como el estudio del líquido encefálico y cefalorraquídeo; el estudio del líquido placentario; estudios genéticos, de sangre, etc. y no niego que día a día la medicina aporta grandes soluciones a grandes problemas de salud, sin embargo, compete solo y exclusivamente a los padres el decidir sobre el nacimiento de su hijo, decidir si corren el riesgo de que a futuro se obtenga o no la cura para la enfermedad de su hijo.

Esto, en relación al estudio comparativo de las legislaciones extranjeras mencionadas en el capítulo II

de este trabajo, ya que desde el año de 1959 en que se han -
estudiado embriones recuperados de mujeres de fecundidad reconocida
se han encontrado entre el 25% de ellos con anomalías cromosómicas.

"La exposición de los embriones a teratógenos (agente o -
factor conocido por producir anomalías del desarrollo) durante las
dos primeras semanas no suele producir malformaciones congénitas,
pero algunos teratógenos matan a los embriones y producen abortos
tempranos." (47)

A continuación presentamos un cuadro en el cual se pueden
ver algunas de las malformaciones producidas por medicamentos, pero
cabe señalar que éstas no son todas las causas de las mismas.

TERATOGENOS CONOCIDOS POR PRODUCIR MALFORMACIONES HUMANAS

TERATOGENOS	MALFORMACIONES	BIBLIOGRAFIA
AGENTES ANDROGENOS ESTERONA, NEBETISTERONA	GRANDES VARIABLES DE VIRILIZACION DE LOS FETOS FEME- NINOS; LA MAYOR PARTE TIENE FUSION LABIAL E HIPERTROFIA DEL CLITORIS	FEDERMAN (1967); JONES Y SCOTT (1958); NELSON Y COL. (1969); STEMPFEL (1969); VENNING (1969); WARKANY (1971).
AGENTES ANTITUMORALES AMINEPTERINA, METRONIDAZOL	VARIEDAD DE DEFECTOS ESQUELETICOS Y MALFORMACIONES DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL SOBRE TODO ANENCEFALIA	SHAW Y STEINBACK (1968); SOKAL Y LESSMAN (1960); THIERSCH (1952); WARKANY Y COL (1960)
BUSULFAN (MYLERAN) ALTERNA- DO CON 6 MERCAPTOPYRINA	CRECIMIENTO FRENADO, ANOMALIAS ESQUELETICAS, OPACIDA- DES CORNEALES, PALADAR HENDIDO E HIPOPLASIA DE DIVER- SOS ORGANOS	FRASES (1967), KARHOFSY (1965); SOKAL Y LESSMAN (1960)
METOTREXATO	MALFORMACIONES MULTIPLES SOBRE TODO ESQUELETICAS	NELSON Y COL. (1969); MILINSKY Y COL (1968)
TALIDOMIDA	MEROMELIA, MALFORMACIONES DE EXTREMIDADES ONDO EXTER- NO, CARDIACAS Y GASTROINTESTINALES	LENZ (1966); LENZ Y KNAPP (1962); MOORE (1963); WARKANY (1971)
AGENTES INFECCIOSOS CITOMEGALOVIRUS	MICROCEFALIA, HIDROCEFALIA, MICROOFTALMIA, MICRODORIA, Y RETRASO MENTAL	SEVER (1970); WHITE Y SEVER (1967)
VIRUS DE LA RUBEOLA	CATARATAS, CONRORETINITIS, SORDERA, MICROEFTALMIA Y DEFECTOS CARDIACOS CONGENITOS	OREGG (1941); SEVER Y COL (1964)
TOXOPLASMA GONDII	MICROCEFALIA, MICROOFTALMIA, HIDROCEFALIA Y CONRORET- INITIS	NELSON Y COL (1969); WHITE Y SEVER (1967)
RADIACION TERAPEUTICA	MICROCEFALIA Y MALFORMACIONES ESQUELETICAS	HICKS Y D'AMATO (1966) TUCHMANN-DUPLESSIS (1970)

Por lo antes expuesto, propongo que se establezca en el Código Penal, como excusa absolutoria el aborto eugenésico en los siguientes términos:

"No se aplicará pena alguna a la mujer ni al facultativo que procure el aborto del producto, cuando médicamente se encuentre comprobado que el producto padecerá de algún defecto psico-físico grave y permanente."

Desde luego, que para tal situación también resultaría indispensable el crear un reglamento o manual operativo, para que realmente se cumpla con el propósito.

CAPITULO IV

PIES DE PAGINA

46.- Refer: Balboa Juan, Homero Campa y Manuel Robles. "Revista Proceso". Dir. Julio Scherer G. No.738,24 de diciembre de 1990.México,Distrito Federal.

47.- Moore L., Keith.-
" EMBRIOLOGIA CLINICA"
1a.EDICION,EDITORIAL INTERAMERICANA,
MADRID,1975.- Pág.38

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- No es posible fundamentar a la culpabilidad en un análisis puramente criminológico, puesto que, la voluntad de querer y entender al realizar un acto típicamente penal es variante, permaneciendo la personalidad y el carácter estáticos y por ende, tampoco la podemos basar en una nueva forma de temibilidad o peligrosidad, su fundamento es ecléctico.

La Culpabilidad como proceso volutivo interno de un sujeto, debe de juzgarse tomando en cuenta el carácter psíquico y el normativo.

SEGUNDA.- El dolo es un actuar voluntario, antijurídico culpable y previsible. La culpa, es realizar un hecho típico y antijurídico a consecuencia de la falta de cuidado que el agente debía haber tomado en virtud de la acción que en esos momentos realizaba.

TERCERA.- No existe sanción prevista en nuestro Código Penal aplicable a los hospitales, nosocomios o, clínicas, en las cuales su principal actividad es la práctica de abortos clandestinos.

CUARTA .- El delito de aborto, en orden a la culpabilidad, podrá ser doloso o intencional y culposo o imprudencial, pero sólo podrá ser sancionado por imprudencia del tercero, puesto que el aborto por imprudencia de la madre se encuentra amparado por una excusa absolutoria.

QUINTA .- Se propone la derogación del artículo 332 del Código Penal, toda vez que otorga una atenuante a la mujer que se practica un aborto con el afán de salvaguardar su honor, en virtud de que en la actualidad no se justifica por la infinidad de métodos anticonceptivos y el ser madre soltera ya no constituye una deshonra, pues ha pasado a ser una situación común, digna de elogio.

SEXTA .- Para que opere la excusa absolutoria en el delito de aborto del producto de la concepción resultado de una violación, no es necesario que exista sentencia condenatoria en el delito de violación, bastará que se encuentre comprobado el cuerpo del delito a nivel Averiguación Previa.

SEPTIMA .- No debe ser considerado como una excusa absolutoria el aborto de un producto como resultado de una violación, debe ser considerado como un derecho de la mujer, debidamente reglamentado y con el apoyo del Estado.

OCTAVA .- Resulta erróneo consagrar en el artículo 334 una excusa absolutoria para el caso del aborto terapéutico, en virtud de que dicha circunstancia encuadra perfectamente como excluyente de responsabilidad prevista en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, denominada "Estado de Necesidad".

NOVENA .- El médico tratante podrá practicar el aborto terapéutico sin autorización previa de la madre o de sus familiares, puesto que se le encontrará amparado por una excluyente de responsabilidad prevista en la fracción V del artículo 15 del Código Penal, denominada "Cumplimiento de un Deber". Si los familiares se oponen a la práctica del aborto tendrían responsabilidad de tipo imprudencial, por haber actuado con culpa conciente con representación.

DECIMA . _ Cuando con culpa del agente al practicar un aborto se cause la muerte de la madre o se le produzcan lesiones, nos encontraremos ante un concurso ideal de delitos y no ante la preterintencionalidad puesto que existen dos resultados.

DECIMOPRIMERA. _ Propongo que se establezca en el Código Penal una excusa absolutoria en el caso del Aborto Eugénico en los siguientes términos:

"No se aplicará pena alguna a la mujer, ni al médico que procure el aborto del producto de la concepción, cuando médicamente se encuentre comprobado que el producto padece de algún defecto psico-físico grave y permanente."

DECIMOSEGUNDA. _ El aborto, de ninguna manera puede ser considerado como un método anticonceptivo y mucho menos justificarse por pobreza extrema; cuando se realiza con tales finalidades, es causa de irresponsabilidad extrema; consecuentemente, tal irresponsabilidad no debe ser solapada por el Estado.

Ni el Estado, ni la madre, tienen derecho a decidir sobre la vida de una persona, aún cuando se encuentre en formación; su obligación es proteger la vida y la salud, no obstante que exterminándola solucione otros problemas.

B I B L I O G R A F I A

- BACIGALUPO, ENRIQUE.-
 "MANUAL DE DERECHO PENAL"
 PARTE GENERAL
 REIMPRESION.- EDITORIAL TEMIS
 BOGOTA, COLOMBIA, 1989.- Pág. 147
- BOTTIOL, GUISEPPE.-
 "DERECHO PENAL"
 "PARTE GENERAL"
 4A EDICION.- EDITORIAL TEMIS
 BOGOTA, 1965.- Pág. 25
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.-
 "DERECHO PENAL MEXICANO"
 "PARTE GENERAL"
 DECIMA EDICION, EDITORIAL ANTIGUA LIBRERIA
 DE ROBLEDO, S.A., MEXICO, 1972.- Pág. 90
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO.-
 "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL"
 PARTE GENERAL
 NOVENA EDICION, EDITORIAL PORRUA, S.A.
 MEXICO, 1975.- Pág. 232
- CUELLO CALON, EUGENIO.-
 "DERECHO PENAL TOMO I"
 "PARTE GENERAL"
 NOVENA EDICION, EDITORIAL NACIONAL EDINAL
 S. DE R.L.
 MEXICO, 1961.- Pág. 358
- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.-
 "DERECHO PENAL MEXICANO"
 "LOS DELITOS".-
 DECIMO SEPTIMA EDICION EDITORIAL PORRUA S.A.
 MEXICO 1981.- Pág 128
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.-
 "TRATADO DE DERECHO PENAL TOMO V"
 PRIMERA EDICION, EDITORIAL LOSADA
 BUENOS AIRES, 1956.- Pág. 164
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO
 "DERECHO PENAL MEXICANO TOMO II"
 "LA TUTELA PENAL DE LA VIDA E INTEGRIDAD
 HUMANA"
 TERCERA EDICION, EDITORIAL PORRUA,
 MEXICO, 1975.- Pág. 177, 178 y 179

- MOORE L., KEITH.-
"EMBRIOLOGIA CLINICA"
1A EDICION EDITORIAL INTERAMERICANA,
MADRID, 1975.- Pág. 38
- ORGAZ ALFREDO.-
"LA CULPA"
PRIMERA EDICION, EDICIONES LENER
BUENOS AIRES, ARGENTINA, 1970.- Pág. 61
- PORTE PETIT CANDAUPAP, CELESTINO.-
"APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL
DE DERECHO PENAL"
CUARTA EDICION, EDITORIAL PORRUA S.A.,
MEXICO, 1978.- Pág. 232 y 233
- REYES E. ALFONSO.-
"LA CULPABILIDAD"
PRIMERA REIMPRESION
EDITORIAL UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
COLOMBIA, 1979.- Pág. 40
- TEJA ZABRE, ALFONSO.-
"CODIGO PENAL DE 1931"
REVISADO SEGUN LOS TEXTOS OFICIALES Y CON
UNA EXPOSICION DE MOTIVOS DEL LIC. ALFONSO
TEJA ZABRE.
CUARTA EDICION, EDITORIAL BOTAS
MEXICO, 1938.- Pág 9
- VELA TREVIÑO, SERGIO.-
"CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD"
PRIMERA EDICION, EDITORIAL TRILLAS.
MEXICO 1977.- Pág 200
- VON LISZT, FRANZ
"TRATADO DE DERECHO PENAL TOMO II"
PRIMERA EDICION, EDITORIAL REUS
MADRID, 1929.- Pág. 36 PS 387/9
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL.-
"MANUAL DE DERECHO PENAL"
PARTE GENERAL
SEGUNDA EDICION, EDITORIAL CARDENAS
MEXICO, 1988.- Pág. 679 y 680

"EXPOSICION DE MOTIVOS AL CODIGO PENAL DE 1871"
EDITORIAL BOURRET
MEXICO, 1907 .- Pág . 53

LEGISLACION CONSULTADA

"CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL"
EDITORIAL PORRUA

"CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO
DE MEXICO"
EDITORIAL PORRUA.

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION
TESIS No. 111 , PAGINA 234
EPOCA 1917- 65
TOMO XXVII
PRIMERA SALA

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION
AMPARO DIRECTO 779/163, PAGINA 16
EPOCA 1917- 65
PRIMERA SALA
VOL. LXXIX
SEGUNDA PARTE

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION
AMPARO DIRECTO 7453/1963, 1917-65
PRIMERA SALA, SEXTA EPOCA
VOL. LXXXI
SEGUNDA PARTE

APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION
PAGINA 517, APENDICE : 1917- 1975,
SEXTA EPOCA
SEGUNDA PARTE
VOL. LIX
PRIMERA SALA

R E V I S T A S

REVISTA " PROCESO " . DIR. JULIO SCHEFFER C.
No. 738 , 24 DE DICIEMBRE DE 1990.
MEXICO , DISTRITO FEDERAL.

P E R I O D I C O S

Jiménez de Asúa, Luis .-
Citado en el Diario "El Universal"
18 de febrero de 1930.