

462
20j



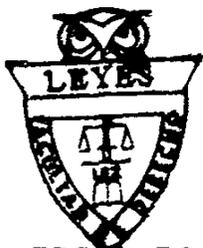
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

INTERRUPCION DE LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCION CON FINES EUGENESICOS.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: MARCELA MARTINEZ VILLALBA



TESTIS CON FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

1998

169136.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DR. LUIS RODRIGUEZ MANZANERA
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.
P r e s e n t e .

Estimado Maestro:

LA pasante de derecho señorita MARCELA MARTINEZ VILLALBA ha elaborado su trabajo de tesis denominado: "INTERRUPCION DE LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCION CON FINES EUGENESICOS", bajo mi dirección.

En mi concepto mencionado ensayo reúne los requisitos estatutarios para el examen correspondiente, por lo que, salvo su mejor opinión, ruego a usted expedir el oficio para que se imprima el mismo y se pueda continuar con los trámites de rigor, pues ya he manifestado que merece la aprobación.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, 3 de septiembre de 1998.

DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA.

PHS/gs.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

Cd. Universitaria, a 23 de septiembre de 1998.

DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM.
P R E S E N T E.

LA C. MARCELA MARTINEZ VILLALBA, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR.. PEDRO HERNANDEZ SILVA, su tesis profesional intitulada "INTERRUPCION DE LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCION CON FINES EUGENESICOS", con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del Reglamento de Seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO

DR. LUIS RODRIGUEZ MANZANERA.
FACULTAD DE DERECHO
DERECHO PENAL

A MI HERMANO MARCELO:

Con cariño, por su aliento
decisivo, desinteresado y
sus constantes muestras de
apoyo.

A MIS HERMANOS CON RESPETO Y ADMIRACION:

AL MAESTRO

Mi agradecimiento, admiración y respeto para quien con el ejemplo de superación y perseverancia apoya a los alumnos en la realización de sus metas con entrega y disposición al trabajo académico.

Gracias por la generosa ayuda y dirección que hicieron posible la culminación de este trabajo.

DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA

Mi agradecimiento y admiración a la
DRA. MA. DEL ROCIO BAEZ REYES
por sus constantes muestras de apoyo y valiosos consejos para la realización de este trabajo.

A MIS MAESTROS:

Como humilde tributo y mi más
sincero agradecimiento, por
darme la oportunidad de
formarme profesionalmente.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS

7

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

El presente trabajo de tesis, tiene como objetivo que se permita la interrupción de la vida del producto de la -- concepción por motivos eugenésicos, es decir, que se despenalice el aborto cuando haya indicación médica que al nacer el niño presentará defectos congénitos que le impliquen invalidez o la muerte.

Un individuo con defectos congénitos graves, automáticamente se convierte en una carga para el Estado, las instituciones y la familia, la cual en la mayoría de los casos - absorbe la totalidad de las consecuencias de esta situa---ción, consumiendo el total de sus bajos ingresos, en busca de soluciones inexistentes y en algunas de las ocasiones -- tal situación es motivo de desunión de los cónyuges al tratar de buscar un culpable.

Por lo que respecta a los niños con defectos congéni--tos, en la mayoría de los casos, se les destina a vivir recluidos en su casa, siendo privados de recibir los trata---mientos de rehabilitación adecuados.

En casos extremos estos son abandonados en algún cen--tro hospitalario, o se les puede encontrar mendigando en la calle, en busca de supervivencia o de la muerte, a la cual han sido orillados.

Y en casos muy excepcionales, se les proporciona atención idónea en alguna institución privada o en la Secreta--ría de Salud Pública, esto en atención a los recursos econólómicos con que cuenten los padres del enfermo.

Cabe señalar, que uno de los objetivos del Derecho Penal, es el de evitar que se cometan conductas de antisociedad intolerable. Sin embargo, las normas penales que sancionan el aborto no evitan, ni siquiera en una mínima medida, una gran cantidad de abortos, cuya práctica se realiza en condiciones antihigienicas, provocando consecuencias paradójicas para las mujeres pobres: graves daños de salud e incluso la muerte. Por lo que, tenemos en los hechos, una norma que da lugar a una situación clasista: una mujer con recursos puede abortar sin ser perseguida penalmente y sin ningún problema para su salud; mientras que una mujer pobre, al abortar clandestinamente, esta exponiendo no sólo a su salud sino además, su vida.

Asimismo, los avances de la ciencia médica, han alcanzado grandes logros a través de su desarrollo científico, - de tal manera que ya es posible diagnosticar cuando el producto de la concepción presenta algún daño, que aún con el avance de la ciencia médica son irremediables, y por lo tanto, el producto de la concepción nacerá con defectos congénitos que le implicaran invalidez.

Por lo que considero que despenalizar el aborto con fines eugenésicos es urgente, y es además un problema de conciencia personal. Además, la despenalización del aborto -- con fines eugenésicos no obliga a nadie a realizarlo y si es una opción para aquellas mujeres que deseen hacerlo.

Iniciamos el presente trabajo, con el capítulo primero en el que analizaremos la "Teoría causalista del delito", - que no toma en cuenta la intención del sujeto que lo llevo a cometer determinada conducta, pues, considera a la acción como un producto causal y mecánico.

El capítulo segundo, estudiaremos la "Teoría de la acción finalista", que considera a la "finalidad" o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de su actividad, proponer se objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos; así como a sus principales exponentes.

En el capítulo tercero, analizaremos el aborto conforme a la "Teoría tetratomica", es decir, a través de la definición jurídico sustancial del Maestro Edmundo Mezger, que considera al delito como: "el acto humano típicamente anti-jurídico y culpable".

En el capítulo cuarto, estudiaremos la "etiología del aborto", específicamente, las causas de los defectos congénitos, sus riesgos de recurrencia, el grado de invalidez, y los factores que intervienen para la producción de defectos congénitos.

En el capítulo quinto, abordaremos los factores en los cuales los médicos se basan para diagnosticar cuando en un producto en gestación existe la probabilidad o certeza de que presenta defectos físicos o mentales, mismos que nos darán las bases, para argumentar que clínica y medicamento están dadas las bases para legislar en materia de aborto eugenesico.

Y finalmente, en el capítulo sexto, vertiremos el por que se plantea la regulación del aborto con fines eugenésicos, cuales son los efectos sociales que produce el nacimiento de un niño con defectos congénitos, así como la postura del Estado ante esta situación.

CAPITULO PRIMERO

TEORIA CAUSALISTA DEL DELITO.

Para estudiar al delito y sus elementos, se han creado diversas corrientes doctrinarias y una de éstas, es la "Teoría de la acción causalista", que se inicia a fines del siglo pasado, bajo la influencia de las ciencias mecánicas, - penetrando en el Derecho Penal. Esta teoría considera a la acción como "un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera - actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado)," ¹ es decir, no toma en cuenta la intención del - sujeto que lo llevo a cometer determinada conducta, pues - considera a la acción como un producto causal y mecánico.

1.1. Definición del delito.

Etimológicamente la palabra "delito", deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del - buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Así, una primera noción vulgar del delito es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena. Sin embargo hay que recordar que la sanción con penas es sólo - un medio de represión extrínseco al hecho reprimido; que só

1.- LOPEZ BEZANCOUR, Eduardo, Teoría del Delito, 4a edición, Porrúa, México, 1997, p. 5.

lo es empleado para la mayor parte de los delitos y no para todos ellos; y, también se usa para reprimir otros actos -- que no son delitos.

Los autores, han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal sin mucho éxito, -- pues el delito esta intimamente ligado a la manera de ser -- de cada pueblo y a las necesidades de cada época, por lo -- que, a través de la historia ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra su fundamento en las relaciones surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social y a su especial estimación objetiva.

Para Francisco Carrara, principal exponente de la Escuela Clásica, el delito es: "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".² -- Mientras que para Rafael Garófalo, el sabio jurista del positivismo, define al delito como: "la violación a los sentimientos altruistas de providad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".³ Aunque Garófalo trató de encontrar algo común al hecho ilícito en todos los tiempos y lugares, de manera -- que no estuviera sujeto a la constante variedad de su estimativa según la evolución cultural e histórica de los pueblos, su empeño quedo frustrado, pues su concepto de delito resulto estrecho e inútil.

2.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 9a edición, Porrúa, México, 1990, p. 164.

3.- *Ibidem*, pp. 163 y 164.

El Código Penal de 1871 en su artículo 4 establece: -- "Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal ha---ciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda" Mientras el Código Penal de 1929 en su artículo 11 lo define así: "Delito es: la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal". El Código Penal de 1931, en su artículo 7 párrafo primero preceptua que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Y a este respecto observa Ceniceros y Garrido que "en realidad no había necesidad de definir el delito, por no reportar ninguna utilidad al juez y ser siempre las definiciones síntesis in completas de lo que se trata de definir".⁴

De la definición jurídico-formal del artículo 7, se -- desprende que este acto u omisión es derivado según sea el caso de una ley penal que el legislador ha creado para tutelar la paz social, por lo que debemos de entender que el delito es una infracción a la norma que el legislador ha creado con el fin de cuidar a la sociedad y precisamente se caracteriza por su sanción.

Los elementos que se obtienen dogmáticamente de acuerdo con el contenido del artículo en comento son: una conducta o hecho, típico, antijurídico, imputable, culpable y punible.

Hay una conducta o hecho y se obtiene del artículo 7 y del núcleo correspondiente de cada tipo penal; si esa conducta o hecho se adecuan al tipo respectivo, habrá tipicidad; hay antijuridicidad en cuanto habiendo tipicidad no esta el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud de las que recoge el artículo 15 del Código Penal; será im-

4.- FORTE PEIT CANDAÍAP, Celestino, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal 13a edición, Porrúa, México, 1993, p. 200.

putable por ser atribuible a un sujeto en vista de su capacidad personal; habrá culpabilidad, cuando exista reprochabilidad, y por último; la punibilidad la desprendemos del propio artículo 7 y del precepto correspondiente de la parte Especial que señala a aquella.

Ahora bien, Cuello Calón define al delito de como: "la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible".⁵ - Por su parte, Jiménez de Asúa considera al delito como: "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción".⁶

1.1.1. Definición de Edmundo Mezger.

El maestro Edmundo Mezger nos proporciona la definición sustancial del delito, que es conocida en el ámbito jurídico mexicano con el nombre de "Teoría Tetratómica", por por la cantidad de elementos que la integran. Así, para el maestro Mezger el delito es: "el acto humano típicamente antijurídico y culpable".⁷

Es un acto humano, entendiéndose por este, la manifestación de voluntad que el hombre realiza para llevar a cabo - un fin determinado, mediante una acción o una omisión; es - típico, porque está previsto y descrito especialmente en la ley. Cabe aclarar, que para Mezger, el tipo no es simple - descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio --

5.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, 35a edición, Porrúa, México, 1995, p. 127.

6.- *Ibidem*, p. 128.

7.- LOPEZ BEJANCURT, Eduardo, Teoría del delito, Op. cit. p. 5.

essendi de la antijuricidad; es decir, la razón de ser de ella. Por lo que define al delito como la acción típicamente antijurídica y culpable; es antijurídico o sea contrario al derecho objetivo por ser violador a un mandato o a una prohibición contenidas en las normas jurídicas; y, culpable en cualquiera de las formas de elemento moral o subjetivo - (intencionalidad o imprudencia).

1.1.2. Aspecto positivo y negativo del delito.

La doctrina jurídico-penal considera que a cada elemento del delito corresponde su aspecto positivo, el cual impide su integración; mientras que los primeros configuran la existencia del delito. Los elementos del delito según su concepción positiva y negativa son:

| Positivos | Negativos |
|-----------------------------|--------------------------------|
| a) Conducta | a) Ausencia de conducta |
| b) Tipicidad | b) Ausencia de tipo |
| c) Antijuridicidad | c) Causas de justificación |
| d) Imputabilidad | d) Inimputabilidad |
| e) Culpabilidad | e) Inculpabilidad |
| f) Condicionalidad objetiva | f) falta de condición objetiva |
| g) Punibilidad | g) Excusas absolutorias |

Todos estos aspectos sirven para determinar cuando se puede imputar un hecho delictivo a un sujeto.

1.1.3. Presupuestos del delito.

Los tipos penales son únicamente descriptivos, en ellos se detallan con máxima objetividad posible la conducta

antijurídica. Así, para que exista el delito se requiere - de un presupuesto previo a la ejecución de la conducta. -- Los presupuestos son toda circunstancia, antecedente indispensable, para que el delito exista.

Los presupuestos del delito se clasifican en generales y especiales. Son generales cuando necesariamente deben -- concurrir para la clasificación de cualquier delito, pues - su ausencia implica la imposibilidad de integrarlo; mencionan como tales a la norma penal, al sujeto activo, al pasivo y al bien jurídico. Estiman como presupuestos esenciales a los condicionantes de la existencia de un delito concreto y cuya ausencia puede originar la no aparición del delito, como la falta de preñez para la comisión del aborto; o bien el cambio del tipo delictivo, por ejemplo, la ausencia de relación de parentesco en el parricidio que ubica el hecho en el tipo de homicidio.³

1.2. Conducta.

El delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento del delito se han usado diversas denominaciones: acto, acción, conducta o hecho.

Entre nosotros, el maestro Porte Petit prefiere hablar de conducta o hecho, para denominar el elemento objetivo -- del delito: "Pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo - del delito, según la descripción del tipo, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado "material".⁹ -

8.- CASIELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Op. cit. p. 134

9.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal mexicano, Op. cit. p. 183.

Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión; y otros hecho, cuando la ley requiere además de la acción o de la omisión la producción de un resultado material, unido al nexa causal. Por lo que considero acertada la opinión del maestro Porte Petit, cuando señala que los términos adecuados son conducta o hecho según la hipótesis que se presente.

El maestro Castellanos Tena define a la conducta como "el comportamiento voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".¹⁰ Invariablemente el ser humano dirige su voluntad hacia la realización de un acto que puede ser de manera positiva o negativa, es decir, puede consistir en una acción o en una omisión simple o en una comisión por omisión.

Será un delito positivo cuando haya sido cometido dentro de una acción, cuando exista una violación a una norma penal prohibitiva, y sea capaz de transformar el exterior, por un movimiento corporal del agente. Este hace lo que no debe hacer. Será un delito negativo cuando este sea cometido por un dejar de hacer, por haber omitido el deber hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, omitiendo voluntariamente un actuar esperado y exigido por el Derecho, produciendo un resultado típico. Los delitos de comisión por omisión son aquellos en los que se produce un resultado material culposo violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva.

10.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Op. cit. p. 149.

1.2.1. Clasificación del delito en orden a la conducta

Para elaborar la clasificación de los delitos en orden a la conducta, debemos atender a la actividad o inactividad independientemente del resultado material, en caso de haberse producido, el cual es una consecuencia de la conducta. - El maestro Porte Petit, clasifica el delito en orden a la conducta de la siguiente forma: "a) Acción; b) Omisión; c) Omisión mediante acción; d) Delitos de conducta plural; e) Delitos sin conducta, de sospecha, de posición o de comportamiento; f) Omisión de resultado; g) Doblemente omisivos; h) Unisubsistente y plurisubsistente; i) Habitual".¹¹

Estaremos en presencia de un delito de acción cuando la conducta se manifiesta a través de un movimiento corporal o conjunto de movimientos corporales.

Los delitos de omisión son aquellos en los cuales la conducta consiste en una inactividad, en un no hacer voluntario; en una omisión del deber de obrar, traducida en una inactividad corporal voluntaria.

Son delitos de omisión mediante acción, los que por existir caso en los cuales para omitir el deber prescrito en la norma, se requiere la realización de una acción. Es inadmisibles la designación de delitos de omisión mediante acción pues, si como afirma el maestro Porte Petit, "la omisión como forma de conducta consiste en un no hacer; es una inactividad, o sea lo contrario a la acción que consiste en un no hacer; es una inactividad, o sea lo contrario a la acción que consiste en un hacer, no es posible aceptar los delitos de omisión mediante acción, considerando la esencia -

11.- PORTE PETIT CANDILAP, Celestino, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Op. cit., p. 291.

de las formas de la conducta: acción, omisión, comisión por omisión. Si la conducta abarca un no hacer mediante un hacer, este constituye una "conditio in terminis".¹²

En los delitos mixtos la conducta del sujeto se integra tanto con una acción como con una omisión, tratándose en consecuencia de una conducta mixta.

Se esta en presencia de delitos sin conducta, de sospecha o posición, para Manzini, cuando "no es requisito del tipo la existencia de una conducta positiva o negativa, o sea de una acción o una omisión".¹³ Estos delitos consisten, en una simple situación bajo la cual se coloca el sujeto, configurativo del hecho incrementado por la ley, como sucede por ejemplo, en la vagancia y malvivencia. Sin embargo no es posible aceptar la existencia de esta clase de delitos, porque un elemento esencial de este es la conducta

Grispigni, afirmó la existencia de delitos de omisión de resultado cuando en el tipo se contiene ordenes de resultado, cuando la ley espera del agente una determinada modificación del mundo fenomenológico.¹⁴ Precisamente la no verificación de tal resultado configura el delito y en esa virtud, la conducta al expresarse trae como consecuencia la omisión del evento. Además las normas penales contienen mandatos de hacer o prohibiciones de no hacer, siendo indiferente si mediante el acatamiento de tales mandatos o prohibiciones, puede producirse una determinada mutación en la omisión que contraria el precepto legal.

12.- *Ibidem*, p. 292.

13.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal mexicano, Op. cit. p. 231.

14.- *Ibidem*, p. 233.

Observa Ranieri, que en los delitos doblemente omisivos el sujeto viola un mandato de acción y juntamente un -- mandato de comisión, o sea, si no haciendo lo que debe hacer, no realiza un evento que debe ser producido. Agrega - que en estos delitos, en efecto el mandato contenido en la norma, no es un mandato de acción, puesto que, si así fuera no se distinguirían delitos de pura omisión, sino también, mandato de producir, mediante la acción esperada, cierto resultado. En consecuencia, existe un doble deber de obrar, que se concreta, en que el sujeto no hace lo que debe hacer y no produce el resultado a que esta obligado a realizar.¹⁵

El delito es unisubsistente cuando la acción se agota en un solo acto; es plurisubsistente cuando la acción re--- quiere, para su agotamiento, de varios actos. Si la acción se agota mediante un solo movimiento corporal, el delito es unisubsistente; si la acción permite su fraccionamiento en varios actos el delito será plurisubsistente.

Siguiendo la definición dada por el maestro Porte Pe-- tit existe un delito habitual: "cuando el elemento objetivo esta formado de varios actos habituales de la misma especie y que no constituyen delitos por si mismos".¹⁶ Por lo que podemos desprender como elementos del delito habitual:

- a) Una acción formada por una repetición habitual de - varios actos;
- b) Los actos repetidos deben de ser de la misma especie;
- c) Cada uno de los actos realizados no constituyen delito; y

15.- *Ibidem*, p. 233

16.- *Ibidem*, p. 234.

d) La suma de todos los actos es lo que constituye el delito.

1.1.2. Clasificación del delito en orden al resultado.

El maestro Porte Petit, clasifica el delito en orden al resultado, de la forma siguiente: a) Instantáneo; b) Instantáneo con efectos permanentes; c) Permanentes; d) Necesariamente permanentes; e) Eventualmente permanentes; f) Alternativamente permanentes; g) Formales; h) Materiales; i) De lesión; y, j) De peligro.¹⁷

El delito es instantáneo para Ranieri, cuando "la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos consecutivos".¹⁸ Así, el artículo 10 del Código penal en su fracción I, establece que el delito es instantáneo, "cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos". Son elementos del delito instantáneo:

- a) Una conducta, y
- b) Una consumación y agotamiento instantáneo del resultado.

El delito instantáneo con efectos permanentes es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. Los elementos de este son:

- a) Una conducta;
- b) Una consumación y un agotamiento instantáneo; y
- c) Perdurabilidad del efecto producido.

17.- *Ibidem*, p. 235.

18.- *Ibidem*, p. 236.

Para el maestro Sebastian Soler puede hablarse de delito permanente "sólo cuando la acción delictiva misma permite por sus características, que se la pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos".¹⁹ El artículo 7 fracción III de la Ley de la Materia, después de identificar el delito permanente con el continuo, menciona que existe cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

El maestro Porte Petit considera como elementos de este delito: "a) una conducta o hecho; y b) una consumación más o menos duradera. A su vez el segundo elemento comprende tres momentos, a saber: a) un momento inicial identificado con la comprensión del bien jurídico protegido por la ley; b) un momento intermedio, que va desde la comprensión del bien jurídico hasta antes de la cesación del estado antijurídico; y c) un momento final, coincidente con la cesación del estado comprensivo del bien jurídico".²⁰

El delito necesariamente permanente: es aquel que requiere para su existencia un resultado antijurídico permanente. En consecuencia son elementos de este delito:

- a) Necesaria consumación duradera, exigida por el tiempo, y
- b) Durabilidad de la consumación.

El delito eventualmente permanente es aquel, que siendo instantáneo puede en ocasiones prolongarse la consumación. Así, para Ranieri, son delitos eventualmente permanente "aquellos en los cuales tal persistencia no es requere-

19.- CASILLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Ob. cit. p. 139.

20.- Ibidem, p. 140.

rida para la existencia del delito, pero si se realiza, existe un único delito y no delitos en concurso o continuidad".²¹

El delito alternativamente permanente, respecto a este delito "Pannain recuerda que Sabatini añade la categoría de delitos alternativamente permanentes, en los cuales se descubre una conducta culpable completamente diversa de la otra, como cuando se trata de raptó, que puede ser instantáneo en caso de que el agente ponga en libertad a la persona y permanente en caso de que la retenga".²² Sin embargo, el maestro Pavon Vasconcelos niega la existencia de este delito, pues si bien, el delito es por su naturaleza instantáneo y en forma eventual puede convertirse en permanente, o es necesariamente permanente.

El delito formal también denominado delito de simple actividad, o de resultado inmaterial, es el que jurídicamente se consuma por el hecho de la acción o de la omisión del culpable sin que sea preciso la producción de un resultado externo.

Por delito material también llamado de resultado se entiende el que no puede consumarse si no se produce el resultado antijurídico que el delincuente se propuso obtener. Así, por ejemplo, la muerte en el homicidio.

Son delitos de lesión los que consumados causan un daño directo y efectivo de un interés jurídicamente protegido por la norma violada.

21.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal mexicano, Op. cit. p. 241.
22.- Idem.

Los delitos de peligro son aquellos cuyo hecho constitutivo causan un daño efectivo y directo en los intereses - jurídicamente protegidos, pero crean para éstos una situación de peligro. Por peligro debe entenderse la probabilidad de la producción más o menos próxima, de un resultado - dañoso.

1.2.3. Ausencia de conducta.

No siempre hay un comportamiento humano voluntario en la realización de los actos delictivos, sino que también existen los casos en los que no interviene la conducta, y se le denomina "causas de ausencia de conducta". Habrá ausencia de conducta "cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos" por -- faltar en ellos la voluntad".²³ Asimismo, el artículo 15 del Código Penal Vigente en su fracción I, capta todas las especies de ausencia de conducta, mediante una amplia fórmula - genérica: "El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente".

Son factores eliminatorios de la conducta la vis mayor, la vis absoluta y los movimientos reflejos, pues su -- presencia demuestra la falta de un elemento volitivo indispensable para la aparición de la conducta. Así pues, la -- vis absoluta y la vis mayor difieren en razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir es una energía no humana. Los movimientos reflejos son los movimientos corporales involuntarios.

Para algunos penalistas son verdaderos aspectos negativos de la conducta los estados de inconciencia transitorios

23.- *Ibidem*, p. 254.

como: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en ta les fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o -- inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el - cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

1.3. Tipicidad.

Otro ejemplo de la definición de Mezger es la tipici-- dad, pues su ausencia impide la configuración del delito.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado ha ce de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción he cha en la ley. Basta que el legislador suprima de la Ley - Sustantiva un tipo, para que el delito quede excluido.

Para el maestro Celestino Porte Petit, la tipicidad -- "es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la formula nullum crimen sine tipo".²⁴ En tanto el tipo es la descripción legal de una conducta considerada como anti- jurídica.

Fuera de lo que es típico no hay nada que pueda ser -- constitutivo del delito, lo cual es característico en los - regímenes liberales que han elevado a rango de garantía -- constitucional a la tipicidad, como ocurre en nuestra Cons titución Política Federal en su artículo 14 al establecer - en forma expresa: "En los juicios de orden criminal queda - prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de

24.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Ob. cit. p. 168.

razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate", lo que significa que no existe delito sin tipicidad.

1.3.1. Clasificación en orden al tipo.

El maestro Castellanos Tena clasifica al delito en orden al tipo de la siguiente manera:

Por su composición: en normales y anormales, los primeros son los que se limitan a hacer una descripción objetiva y los segundos además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos. Estos requieren una valoración por parte del Juez instructor.

En cuanto a su ordenación metodológica, los clasifica en fundamentales o básicos, o sea, cuando constituyen la esencia o fundamento de otros tipos; en especiales los que se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen; en complementados que se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta.

Por su autonomía o independencia los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo. Subordinados que dependen de otro tipo. De fundamentación casuística en los que el legislador no describe una conducta única; que pueden ser alternativamente formados y acumulativamente formados ya que en los primeros se prevén dos o más hipótesis comitivas y el tipo se colman con cualquiera de ellos, y en los segundos se requiere el concurso de todas las hipótesis.

Por su resultado son de daño y de peligro, los prime--

ros son contra la disminución o destrucción del bien jurídico tutelado y los segundos, protegen los bienes en contra de la posibilidad de ser dañados.²⁵

1.3.2. Elementos del tipo.

El tipo se integra de diferentes elementos que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o bien subjetiva.

La ley al definir los delitos, se limita a menudo a -- dar una mera descripción objetiva, que tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: matar, apropiarse, etcétera. Pero el tipo sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que puede ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objeto, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio.

A veces, en ciertos delitos se exige una determinada -- calidad en el sujeto activo, a la cual queda subordinada -- así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto -- tipo delictivo. Ello excluye la posibilidad de ejecución -- de la conducta por cualquier sujeto, por ejemplo, el delito de traición a la patria, en el que se exige la calidad de -- ser mexicano por nacimiento o naturalización.

En otras ocasiones la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito

25.- *Ibidem*, pp. 173 y 174.

del tipo concreto, ejemplo, ser hijo o cónyuge en el abandono de deberes de asistencia.

Otras veces, la punibilidad de la conducta o del hecho queda condicionada a determinadas referencias de tiempo y lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo, trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión. Así sucede, por ejemplo, en el delito de aborto, cuando establece "en cualquier momento de la preñez".

Por lo general el medio comisivo resulta indiferente, sin embargo, en ciertos casos la exigencia de la ley respecto al empleo de determinado medio, lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena, por ejemplo, el delito de aborto "causado sin consentimiento y si mediare violencia física o moral".

En ocasiones se hace referencia al objeto material, sobre el cual recae la conducta. Las referencias al objeto en los tipos penales son frecuentes: sellos, marcas, etc.

Los elementos normativos son la descripción contenida en los tipos penales, y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio jurídico.

Los elementos subjetivos también llamados elementos subjetivos del injusto, se presentan cuando el legislador quiere delimitar y describir conductas antijurídicas, y por razones técnicas, hace una especial referencia a una deter-

minada finalidad o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o aun modo psicológico de ser de dicha conducta.²⁶

1.3.3. Atipicidad.

Cuando no se integran todos los elementos descriptivos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá -- ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta, cuando el legislador deliberadamente o inadvertidamente, no describe una conducta que, -- según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de delitos. Hay ausencia de tipicidad cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

El artículo 15 de la Ley de la Materia en su fracción II, se refiere a la ausencia de tipicidad cuando: "Falta alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se -- trate".

Son causas de atipicidad:

a) La falta de calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos que intervienen en la relación y que son: activo y pasivo.

b) La falta de objeto material jurídicamente protegido, o lo que es lo mismo la falta de objeto jurídicamente --

26.- *Ibidem*, p. 278.

protegido.

c) La falta de referencias temporales o especiales exigidas en el tipo.

d) La falta de medios comisivos especialmente señalados por la ley.

e) La falta de elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

f) Por no darse en su caso la antijuricidad especial.

1.4. Antijuricidad.

La antijuricidad "es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas de derecho".²⁷ De lo anterior se desprende que la conducta o hecho para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíbe u ordena su ejecución; obra antijurídicamente, el que contraviene las normas penales y que además, no esten protegidas por una causa de justificación, o sea, para la existencia de la antijuricidad se requiere - una doble condición: una positiva y otra negativa, en la -- primera se necesita una adecuación de la conducta o hecho y una norma penal; y la negativa, que no este amparada esa -- conducta o hecho con una causa de justificación.

Para el maestro Cuello Calón, hay en la antijuricidad un doble aspecto: formal y material; denomina antijuricidad formal a la rebeldía contra la norma jurídica; y habrá antijuricidad material cuando haya daño o perjuicio causado por esa rebeldía.²⁸

27.- PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal mexicano, Op. cit. p. 295.

28.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Ob. cit. p. 180.

1.4.1. Causas de justificación.

Las causas de justificación denominadas también causas de exclusión del delito, constituyen el elemento negativo - de la antijuridicidad de una conducta típica", ²⁹ es decir, cuando en una conducta o hecho de apariencia delictuosa falla el elemento de antijuridicidad no hay delito.

En las causas de exclusión de la antijuridicidad el agente obra en condiciones normales de imputabilidad, obra con voluntad consciente, pero su acto no es delictivo por ser injusto, ajustado a derecho, la situación especial en que cometió el hecho constituye una causa de justificación de su conducta.

Son causas de justificación;

- a) Legítima defensa
- b) Estado de necesidad
- c) Cumplimiento de un deber
- d) Ejercicio de un derecho
- e) Consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

Para el maestro Cuello Calón, la legítima defensa: "es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor". ³⁰ Para la existencia de la legítima de fensa deben de concurrir los siguientes requisitos:

- a) Una agresión injusta y actual;
- b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, - sobre bienes jurídicamente tutelados; y
- c) Repulsa de dicha agresión.

29.- *Ibidem*, p. 184.

30.- CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, 18a edición, Bosch, España, 1980, p. 406.

El artículo 15, fracción IV, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, expresa que hay legítima defensa cuando: "Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata -- por parte del agredido o la persona a quien se defiende".

Se entiende por repeler a rechazar, evitar, impedir, - no querer algo; Mezger considera a la agresión como: "la -- conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos";³¹ además, esa agresión debe ser real, - es decirno imaginaria; ser actual o inminente, o sea, presente o muy próxima; esa agresión además de ser real, actual o inminente precisa que sea injusta, sin derecho, esto es, antijurídico, contrario a las normas objetivas dictadas por el Estado; y dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicos propios o ajenos. Se exige que exista necesidad de - la defensa, la racionalidad de los medios empleados y la no provocación dolosa suficiente e inmediata.

Asimismo, el último párrafo de la fracción IV del artículo 15 de la Ley de la Materia señala que: "Se presumirá - como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de pene-- trar sin derecho al hogar del agente, al de su familia, a - sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obliga

31.- CASILLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Ob. cit., p. 194.

ción o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión". Dicho párrafo comprende dos hipótesis: la primera, cuando se cause un daño a quien en las condiciones descritas trate de penetrar a los lugares señalados; la segunda si el intruso ya se encuentra dentro de los sitios indicados, en circunstancias reveladoras de la probabilidad de una agresión.

Otra causa de exclusión del delito es el estado de necesidad, para el maestro Cuello Calón "es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona".³² El estado de necesidad es una condición tal, que la salvación de los bienes jurídicamente protegidos necesitan la ejecución de un acto que en sí mismo es delictuoso, y se caracteriza por la existencia de dos bienes jurídicos, que se ponen en conflicto y uno de ellos, por cualquier circunstancia, es sacrificado para que otro se salve.

Los elementos del estado de necesidad son:

- a) Una situación de peligro, real, actual o inminente;
- b) Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente
- c) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado;
- d) Un agente por parte de quien se encuentra en el estado de necesidad; y
- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

32.- CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Op. cit., p. 406.

El artículo 15, fracción V, de la Ley Sustantiva, establece como causa de exclusión de delito, cuando: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el valor jurídico de afrontarlo".

También privan a la conducta del elemento de antijuricidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. Nuestro Código Penal, establece en la fracción VI - del artículo 15, como excluyente del delito, cuando "la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista - necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar al otro".

El ejercicio de un derecho consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra la norma, para la satisfacción de un interés mas valioso, o consiguientemente que prepondera sobre el interés - que es antagónico.

El ejercicio de un derecho, puede ser:

- a) Legítimo, el que se lleva ajustandose a las prescripciones legales;
- b) Ilegítimo cuando el ejercicio del derecho se realiza sin ajustarse a los mandatos legales.

Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza - una conducta ordenada por la norma. El cumplimiento de un deber gira alrededor de dos hipótesis.

- 1.- Derivado de funciones públicas o sea de deberes de servicio, y
- 2.- Derivado de un deber impuesto al particular.³³

El artículo 16 del Código Penal para el Distrito Federal, establece que a quien exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, se le impondrá la pena de delito culposo.

La nueva fracción III del artículo 15 del Código Penal señala como causa de excluyente del delito, el consentimiento del interesado y para que exista dicho consentimiento, se necesita la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga capacidad jurídica para -- disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir -- que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

El consentimiento del titular del bien jurídico afectado tiene una doble función, pues puede originar una atipicidad o una causa de justificación. Si el tipo exige que la conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad; sólo cuando el tipo no alude en forma expresa a tal circunstancia, se integra una justificante.

33.- FORIÉ PEITE CANDAUP, Celestino, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Ob. cit. p. 471.

1.5. Presupuestos de la culpabilidad.

1.5.1. Imputabilidad.

La imputabilidad, se afirma acertadamente está considerada como presupuesto de la culpabilidad, pero algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, considerando dolos como elementos autónomos del delito, otros se refieren en forma más amplia en la culpabilidad considerando dentro de esta a la imputabilidad. Para poder considerar culpable a un sujeto, se necesita que antes sea imputable; si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas posibilidades, o sea para que el individuo se percate de la antijuridicidad de su acto y quiera realizarlo debe tener la capacidad de entender y querer determinarse en función de aquello que se conoce.

La imputabilidad "se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabilidad".³⁴ Así, el maestro Carrancá y Trujillo, establece que será imputable: "todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstratas e indeterminadamente por la Ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para poder observar una conducta que responde a las exigencias de la vida en sociedad humana".³⁵ La imputabilidad es pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor en el momento de realizar la conducta ilícita -

34.- VILLANOVOS, Ignacio, Derecho Penal mexicano, 5a edición, Porrúa, México, 1990, p. - 286.

35.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Co. cit., p. 218.

que lo capacitan para responder de él mismo.

De la imputabilidad se deriva la responsabilidad entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obro culpablemente y se hizo acreedor a las condiciones señaladas por la Ley a su conducta.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución de la conducta o del hecho, sin embargo, en ocasiones el sujeto se coloca voluntaria o culposamente en un estado imputable, y en esas circunstancias se ejecuta el delito, a este tipo de acciones se le llama "Liberae in causa", estas acciones no eliminan la imputabilidad, pues existe una cadena de causalidad, y el sujeto es imputable cuando decide ponerse en la situación antes señalada para la comisión de un delito y, si desde el principio no existe una determinada voluntad para cometer un delito, puede haber culpa con representación o sin ella, o sea que el sujeto previó y pudo haber previsto la conducta que iba a realizar bajo ese estado.

En este mismo sentido el Código Penal en la última parte de la fracción VII del artículo 15 establece que no considera la exclusión del delito si "el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa y culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible".

1.5.2. Inimputabilidad.

Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión. La inimputabilidad supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y --

por ello, incapacidad para conocer el carácter ilícito del hecho o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Son causas de inimputabilidad "aquellas en que, si -- bien el hecho es intrínsecamente malo, contrario al dere-- cho, no se encuentra sujeto de delito en condiciones de ser le atribuible el acto realizado por no concurrir en él el - desarrollo o la salud mentales, la conciencia o la espontaneidad". 36

La fracción VII del artículo 15 del Código Penal establece: "El delito se excluye cuando: Al momento de realizar el hecho típico el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél, o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culpablemente, en cuyo caso responderá por el resultado típico -- siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible". - De la fracción transcrita, se deduce que hay dos factores - para que concurra la imputabilidad: el trastorno mental y el desarrollo intelectual retardado.

El trastorno consiste en: "la perturbación de las facultades psíquicas".³⁷ Cabe señalar, que la Ley Sustantiva no distingue los trastornos transitorios de los permanentes por lo que se infiere que puede operar la inimputabilidad tanto en un trastorno mental efímero como en uno duradero, siempre y cuando sea un trastorno mental de tal magnitud, que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo a esa compren-

36.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal anotado, Porrúa, México, 1997, p. 50.

37.- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Op.cit., p.

sión.

También son inimputables los sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo a -- esa comprensión, aún cuando no presentan un verdadero transtorno mental.

Ahora bien, el segundo párrafo de la fracción VII, del artículo 15 del Código Penal, consigna la llamada imputabilidad disminuida: "Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código". Este último dispone: "Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o a la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor".

1.5.3. Culpabilidad.

La culpabilidad es otro elemento más de la definición del delito de Mezger.

El maestro Castellanos Tena define a la culpabilidad -- como: "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto -- con su acto".³⁸ Este elemento del delito puede revestir --

38.- *Ibidem.*, p. 234.

dos formas, que a saber son: el dolo y la culpa.

El dolo, para el maestro Castellanos Tena es: "el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".³⁹ Los elementos del dolo son: un elemento ético y otro volitivo o emocional. - El primero está constituido por la conciencia de que se quebrante el deber. El segundo consiste en la voluntad de realizar el acto en la volición de hecho típico.

Mientras que la culpa escribe Castellanos Tena "esta - existe cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas".⁴⁰ Son elementos de la culpa:

- 1.- Un actuar voluntario (positivo o negativo);
- 2.- Que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado;
- 3.- Los resultados del acto han de ser previsibles y - evitables y tipificarse penalmente; y
- 4.- Una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

Nuestro Código Penal en su artículo 8 expresa: "Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse - dolosa o culposamente".

El artículo 9 del citado ordenamiento establece: "Obra

39.- *Ibidem*, p. 239.

40.- *Ibidem*, p. 246.

dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como resultado típico, quiere o acepte la realización del hecho descrito por la ley; y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber, de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

1.5.4. Inculpabilidad.

La inculpabilidad es la ausencia de la culpabilidad; - significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. - Así, para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, -- precisa en su conducta la intervención del conocimiento y - de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo.

Toda circunstancia eliminadora de alguno o de ambos - debe ser considerada como causa de inculpabilidad. La doctrina considera como tales a:

- a) Error esencial de hecho invencible;
- b) Eximentes putativo;
- c) No exigibilidad de otra conducta; y
- d) Temor fundado, el caso fortuito.⁴¹

Siendo el más importante el llamado "error", el cual a su vez se divide en: error de Hecho y de Derecho. El prime-

41.- AMCHATEGUI REQUENA, Irma G., Derecho Penal, Harla, México, 1993, p. 86

ro se clasifica en: esencial y accidental.

El error esencial de hecho se verifica cuando el sujeto activo tiene una falsa creencia de la realidad, por determinadas circunstancias que no puede prever o evitar. - Esta clase de error excluye la culpabilidad. Mientras el error accidental elimina o excluye el dolo, pero deja subsistente la culpabilidad bajo la forma de culpa, pues recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho, el error accidental a su vez, reviste tres formas: error en el golpe, en la persona y error en el delito, siendo que estas clases de error varían únicamente en la forma y en la clase de delito, eliminando el dolo pero dejando subsistente la culpa. Siendo relevante, porque, los delitos dolosos son calificados y sancionados de manera evidentemente distinta a los culposos.

El error de Derecho no produce efectos de eximentes, - porque el equivocado concepto no justifica ni autoriza su violación.

Nuestro Código Penal vigente, en la fracción IX del artículo 15, establece que el delito se excluye cuando: "Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho". Comprendiendo así, de manera generica, las circunstancias eliminatorias de culpabilidad.

1.6. Punibilidad y excusas absolutorias.

Ahora entraremos a revisar, otros conceptos jurídicos que le son particulares al Derecho Penal, pero que no en---

tran en la definición jurídico-substancial de Edmundo Mezger.

Así encontramos en primer lugar a la punibilidad, que consiste en el merecimiento de una pena en función de la -- realización de cierta conducta. Por lo que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa -- sanción, es decir, una conducta es punible cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para infractores de ciertas normas jurídicas

Ahora bien, las excusas absolutorias constituyen el elemento negativo de la punibilidad y son: "aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena".⁴² El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o - equidad, por lo que se esta en presencia de un delito, sin embargo, se excluye la posibilidad de punición.

Las excusas absolutorias de mayor importancia son:

- a) En razón de mínima temibilidad;
- b) En razón de la maternidad consciente;
- c) Por inexigibilidad de otra conducta;
- d) Por graves consecuencias sufridas.

1.7. Participación

En ocasiones la naturaleza misma del delito requiere -

42.- CASILLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Ob. cit., - pp. 278 y 279

pluralidad de sujetos, como en el adulterio, en donde interviene dos personas, es condición indispensable para la configuración del tipo. Así, cuando dos o más sujetos realizan un delito se habla de participación que consiste: "en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad".⁴³ El delito en la mayoría de los casos, es el resultado de la actividad de un individuo. Sin embargo, si en la práctica dos o más sujetos conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de participación típica no se precisa como necesario la concurrencia de dos o más personas, el delito sigue siendo monosubjetivo aun cuando en forma contingente intervengan varios sujetos. En cambio en los tipos plurisubjetivos es necesario que concurren dos o mas agentes.

1.8. Concurso de delito.

Cuando un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales; a tal situación se le denomina "concurso", pues, - en la misma persona concurren varias autorías delictivas. - El concurso del delito puede ser ideal y material.

El artículo 18 del Código Penal señala: "existe concurso ideal cuando en una sola conducta se cometen varios delitos".

La segunda hipótesis de este artículo establece la figura de concurso real o material: "cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos".

43.- *Ibidem*, p. 293.

CAPITULO SEGUNDO

TEORIA DE LA ACCION FINAL.

La Teoría de la acción final es una teoría de gran importancia, pues representa para el causalismo una posición un tanto antagónica para la integración de la culpabilidad, su propulsor es Hans Welzel.

La "Teoría de la acción final", se inicia en nuestra ciencia con el artículo del maestro alemán Hans Welzel titulado "causalidad y acción". El mismo Welzel reconoce claramente que los antecedentes de esta concepción pueden remontarse claramente hacia el docto Aristóteles, quién no concebía ninguna conducta voluntaria que no fuese final, consiguientemente para Aristóteles eran voluntarios los actos -- que para nosotros son culpables, con lo que distingue adecuadamente la voluntad de la culpabilidad, en la realización de actos injustos.

Hans Welzel nos dice que la "finalidad" o el carácter final de la acción, "se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad -- según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos".⁴⁴

Este es el inicio de cómo explica Welzel la teoría que

44.- WELZEL, Hans, La teoría de la acción finalista, Trad. Fontán Balestra y Friker, Depalma, Argentina, 1951, p. 24.

desarrolla.*

2.1. Concepto de acción.

La voz acción tiene distintos y diferentes significados no sólo en el sentido común o general, sino también dentro de un ámbito científico jurídico. El maestro Guillermo Caballenas nos proporciona una diversidad de acepciones de esta palabra, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

Así, "acción equivale al ejercicio de una potencia o facultad.// efecto o resultado de hacer (v.)// La impresión de un agente en un sujeto o cuerpo.// Ademán o postura, que puede constituir desde un acto obligatorio, como la entrega de la cosa por el vendedor, hasta lo punible, en ciertas groserías o indecencias.// Posibilidad o facultad de realizar una cosa; especialmente la de atacar o defenderse.// Manifestación positiva o externa del obrar; como acto, y opuesto a omisión (v.)// Proceder en general.// Comportamiento encomiable.// Vigor, energía, ánimo.// Fuerza o influencia a otros.// Derecho a pedir alguna cosa.// Forma legal de ejercitar una potestad, a través de la justicia.// Batalla; más estrictamente combate, lucha o pelea entre fuerzas escasas o de reducidos resultados y pérdidas. - (v. Coacción, Exacción, Hechura, Inacción, Inter-acción, Libertad de acción, Mala acción, Reacción, Retroacción, Unidad de acción)".⁴⁵

* En este párrafo se encuentra la mayor parte de la Teoría Finalista.
45.- CABALLENAS, Guillermo, Diccionario enciclopédico de Derecho usual. Tomo I. A-B, 20a edición, Heliasta, Argentina, 1996, p. 530.

Pero "acción" en su significado jurídico es también motivo de varias acepciones entre los profesionales del Derecho en la práctica forense, sin embargo, la más importante y que le otorga un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción procesal puede concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos".⁴⁶

La acción procesal tiene orígenes remotos. En el Derecho Romano, el término "acción" poseyó significados distintos a través de las tres fases fundamentales de su procedimiento:

a) Durante las acciones de ley, constituía la fórmula solemne con que los litigantes expresaban sus pretensiones.

b) Durante el procedimiento formulario, se trataba de un medio procedimental puesto a disposición de las partes, con objeto de sancionar una situación jurídica; y cada acción se caracterizaba por la fórmula que proporcionaba el magistrado para enmendar la decisión de la cuestión litigiosa al juez.

c) En el procedimiento extraordinario, ya en tiempos del Bajo Imperio, el derecho reconocido a una persona para reclamar en juicio lo que le pertenece o le es debido, dentro de los límites en que su pretensión se encuentre amparada por el Derecho vigente.

Sin embargo, la definición que ha tenido mayor impacto y permanencia es la de Celso, pues, comprende la esencia de

46.- Diccionario Jurídico Mexicano, A-CH, 2a edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa-UNAM, México, 1987, p. 31.

la acción procesal en estas palabras: "Nihil aliud est --- actio quam jus quod sibi debeat judicio persequendi". (La acción no es sino el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe)." ⁴⁷

Al evolucionar el concepto, no se le consideró como un derecho, en sí, diverso del derecho material, sino como el derecho material mismo en su orden subjetivo, y después, como el ejercicio de ese derecho para provocar la jurisdicción.

Para Savigni toda acción implica necesariamente dos condiciones: un derecho y la violación de este derecho. Si el derecho no existe, la violación no es posible; y si no hay violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción.

La elaboración del nuevo concepto de acción arranca -- del estudio de Wincheid sobre actio romana y su polémica -- con Teodoro Muther, que contribuyeron a la diferenciación -- entre el derecho a la prestación en su dirección personal y el derecho de acción, como derecho autónomo encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso.

Wincheid sostenía la identidad de la actio romana con el derecho subjetivo. Muther, por su parte llega a construir el derecho de acción, como independiente del derecho subjetivo mismo, quien tiene el derecho insatisfecho tiene también el derecho de obtener una sentencia favorable; o -- sea, la acción es un derecho subjetivo público, que corres-

47.- CABALLERAS, Guillermo, Diccionario enciclopédico de Derecho usual, Op. cit., p. 71

ponde a quien asiste la razón para que el Estado le conceda la tutela jurídica, mediante una sentencia favorable, ejecución, etc. Este derecho público subjetivo tiene por presupuesto un derecho público subjetivo tiene por presupuesto un derecho privado su violación. El derecho de obrar es diferente del derecho privado lesionado.⁴⁸

Adolfo Wach, desarrolló el concepto de Muther, considerando a la acción como un derecho que se dirige, al mismo tiempo, contra el Estado y contra el adversario, como un derecho público, al juicio y a la sentencia. Desarrolló -- Wach la tesis de un derecho a la tutela jurídica, dirigida contra el Estado para que la conceda y contra el adversario para que la soporte. Este derecho a la tutela jurídica, según Wach, pertenece al derecho público; al procesal compete la regulación del interés jurídico de obrar, presupuesto -- de aquél.

Para Chiovenda la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. La acción es un poder que corresponde frente al adversario respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a nada frente a este poder, está, simplemente, sujeto a él.

Se trata, pues, de un derecho potestativo, es decir, -- de aquellos que contienen una facultad, garantizada por la ley, de producir efectos jurídicos con relación a un tercero, que ha sufrido necesariamente, sin que exista, para -- ello, obligación contractual ni de ningún otro género.

La acción consta de tres elementos que son:

48.- *Ibidem.*, p. 34

1.- Los sujetos, o sea el sujeto activo, al que corresponde el poder de obrar;

2.- La causa eficiente de la acción, es decir, un interés que es el fundamento de que la acción corresponda, y -- que ordinariamente se desarrolla, a su vez en dos elementos: un derecho y un estado de hecho contrario al derecho mismo (causa petendi);

3.- El objeto, o sea el efecto a que tiende el poder de obrar o que se pide (petitum).

Para Carnelutti, la acción es el poder de provocar la actuación de un órgano jurisdiccional.⁴⁹

Ahora bien, la acción es un concepto que puede darse en varias esferas del derecho para precisar a cual de éstas corresponde, deberá tomarse en cuenta la norma violada, de tal manera que al infringir una disposición civil, esto dará lugar a la acción civil, y cuando se trate de una norma de Derecho Penal Sustantivo se estará en el caso de la acción penal. La primera está a cargo de la parte lesionada, ya sea un particular o una persona moral. Mientras que la acción penal es pública, surge al nacer el delito; está encomendada generalmente a un órgano del Estado.

Por lo que, Florián establece: "La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal".⁵⁰ El poder jurídico a que se refiere es le emanado de la ley, el cual se justifica cuando se viola una norma de derecho penal y, será precisamente en razón de la preten

49.- PINA, Rafael de Y PINA VARA, Rafael de, Diccionario de Derecho, 19a edición, Porrúa México, 1993, pp. 29 a 34.

50.- COLIN SANCHEZ, Guillermo, Derecho de procedimientos penales, 13a edición, Porrúa, - México, 1992, p. 251.

sión punitiva estatal cuando, previa satisfacción de determinados requisitos, se provoque la jurisdicción, cuyas consecuencias serán la declaración de la culpabilidad o la absolución del sujeto de la relación procesal.

2.1.1. Acción lato sensu.

La acción en sentido amplio consiste en la conducta o actuación exterior y voluntaria, encaminada a producir un resultado. En este sentido, la acción abarca dos posibilidades: a) un hacer positivo, y b) un no hacer. La primera constituye la acción en "sentido estricto", es denominada por el acto en que se hace lo que no se debe hacer. Mientras que en su aspecto negativo es una conducta humana que se manifiesta por haber omitido el deber hacer.

A mayor abundamiento, el acto (stricto sensu) debe realizarse dentro de una actividad positiva, es decir: un hacer, un externar la conducta del ser humano, a un hecho que no debe hacer, porque el hecho de está determinada actuación va en contra de las normas que el legislador ha dictado y que son para regular la conducta del hombre en sociedad.

Mientras que, en la omisión se realiza una conducta negativa, cuando esta sea cometida por un dejar de hacer, por haber omitido el deber hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva omitiendo voluntariamente un actuar esperado y exigido por el Derecho, produciendo un resultado atípico.

La acción lato sensu, es una expresión externa del sujeto, ya sea de acción o de omisión, ambos comprenden tanto las modificaciones de orden físico, como las de orden jurí-

dico y ético, es decir, tanto las cosas materiales como los estados de ánimo de las personas, así como de la sociedad - misma que tiene la desgracia de ser víctima de los actos delictivos. Por lo que, acción lato sensu o sentido amplio - es una conducta que se manifiesta por una acción en sentido estricto y por una omisión. El código penal mexicano, señala los dos aspectos positivo y negativo como los únicos modos de conducta penalista.

En definitiva, la acción en sentido amplio puede definirse, con Jimenéz de Asúa, como "la manifestación de voluntad que mediante una actuación produce un cambio en el mundo exterior, o que, por no hacer lo que se espera, deja sin modificar ese mundo externo, cuya mutación se aguarda",⁵¹ o sea, es una conducta humana productora de un resultado y que reviste la forma de acto o la de omisión.

2.1.2. Acción stricto sensu.

El acto o la omisión stricto sensu es: "la conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario",⁵² es decir, consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales, dirigidos a obtener un fin determinado. Por ejemplo: si A -- dispara contra B y lo mata realiza una acción; también hay acción cuando A dispara sobre B y falla el tiro.

La acción (como actuar positivo) en sentido penal, exi

51.- MARQUEZ PIÑERO, Rafael, Derecho Penal, 4a edición, Trillas, México, 1997, p. 157.

52.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Derecho penal mexicano, 18a edición, Porrúa, México, 1995, p. 276.

ge: un acto de voluntad; y b) una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origine una modificación en el mundo exterior o el peligro de que ésta se produzca; por ejemplo, si A dispara sobre B y lo mata hay modificación del mundo exterior (muerte de B), si falla el tiro y no le causa la muerte sólo existe peligro de dicha modificación. Pero aunque son dos elementos: voluntad y actividad corporal que entran en el concepto de acción este es un concepto unitario en tanto hay simultaneidad de ambos.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que: no incluye, por tanto, para los fines penales: a) los movimientos reflejos que no son voluntarios; ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible que hoy se llama "actividad o inactividad involuntaria"; por no ser movimiento corporal, tampoco incluye los pensamientos, las ideas e intenciones, pues todos estos casos son de ausencia de conducta, y finalmente el resultado, efecto del acto, ha de estar sancionado en las leyes penales, es decir, tipificado y conminado con una pena.

2.2. La acción final.

La acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género: conducta.

Se ha emitido numerosas opiniones sobre el concepto de acción. La doctrina hasta ahora dominante considera a la acción como un acontecimiento causal. Según Liszt entiende por acción "la modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria ya consistente en un hacer positivo o -

en una modificación en el mundo exterior".⁵³ Para Maggiore - "la acción es una conducta positiva o negativa que produce un cambio en el mundo exterior".⁵⁴ Contra este concepto puramente causal, "naturalista" protesta Welzel al formular - su doctrina de la acción finalista. La acción humana es - el ejercicio de una actividad finalista y no solamente causal. La acción humana consiste en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de aquélla, proponerse objetivos, escoger los medios necesarios y emplearlos conforme a un plan encaminado a la realización del fin propuesto. Muy distinta es la pura causalidad, que es ciega, resultando - de los efectivos factores causales. "La causalidad" dice - es "ciega", la finalidad (la actividad finalista), "vidente", es decir, un obrar guiado por el fin.⁵⁵

2.2.1. Elementos.

Los elementos de la acción finalista son los que a continuación se narran.

Se ha expresado en la doctrina, la opinión de que la acción esta formada por tres elementos, que a saber son:

1. La manifestación de la voluntad.
2. El resultado.
3. La relación de causalidad.

Dentro de los estudiosos que apoyan esta corriente te-

53.- FORTE PÉTTI CANDALAP, Celestino, Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Op. cit., p 235

54.- Ibid

55.- Ibid.

nemos por ejemplo a Ferrer Sama, Jiménez de Asúa, Antón Oneca y Puig Peña. Así también Liszt, cuando dice que la idea de acto supone, en primer término, una manifestación de la voluntad; que la voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior; que debe llamarse resultado y perceptible por los sentidos, y que a los dos elementos del concepto acto, se debe agregar otra característica, que reúna las diferentes partes en un todo: la relación del resultado con la manifestación de la voluntad.⁵⁶

Tenemos también con criterio divergente al tratadista Graf Zu Dohna y Alberto A. Campos, que consideran que se puede distinguir elementos diversos a los anteriores, como elementos integrantes de la acción:

1. Decisión de la voluntad.
2. Manifestación de la misma.
3. Un resultado.

El criterio de Graf Zu Dohna incluye, como elementos de la acción a la "decisión de voluntad", en cambio no hace mención de la "relación de causalidad", marcada por la corriente de los autores mencionados con anterioridad.

Explica Graf Zu Dohna que a través de la falta de manifestación de la voluntad, se caracterizan todos los delitos culposos, es decir, los que se cometen por no poner en juego todas las precauciones exigidas por la norma jurídica, para la realización de una determinada conducta; a través de la falta de manifestación de la voluntad, se caracterizan los delitos de OMISION, y que el resultado falta, tanto en los delitos de pura actividad, como en los de pura omisión.

56.- *Ibidem.*, pp. 236 y 237

Para el maestro Celestino Porte Petit, los elementos - de la acción son:

1. La voluntad o el querer.
2. La actividad, y
3. El deber jurídico de abstenerse.

Estos elementos se desprenden del concepto de acción - que es la actividad o movimiento voluntario, es decir, la - acción consiste en una actividad o un hacer voluntario.

1. La voluntad o el querer constituye el elemento sub- jetivo de la acción. Por ello, nos dice Petrocelli, que el denominador común de todas las formas de conducta es el fac- tor psíquico, es decir, la voluntad, entendiendo por esta - la libre determinación del espíritu (autodeterminación), es ta volutad debe referirse a la voluntariedad inicial: que- rer la actividad, puesto que la voluntad o el querer van di rigidos al movimiento corporal.

2. La actividad o movimiento corporal, es la actividad del agente que realiza al exterior la interna decisión, o - sea, se necesita la existencia del elemento psíquico y del elemento material para la configuración de la acción, pues- to que "el pensamiento no delinque" y por lo tanto no inte- resa al derecho penal, pues, este solo regula los hechos -- que se verifican en el mundo exterior, prohibiendo aquellos hechos que constituyen delitos.

3. El deber jurídico de abstenerse, de no obrar. Así como con relación a los delitos de omisión existe un deber jurídico de obrar. En la acción, existe un deber jurídico de abstenerse, de no obrar.

2.3. Principales exponentes de esta teoría.

Los autores más representativos de la "Teoría de la acción finalista" son: Hans Welzel y Reinhar Maurach. Sin embargo, huelga aclarar que son los únicos, además de estos - existen otros autores que también han aportado a esta teoría, así tenemos, entre otros a: Beling, Buch, Rodríguez Muñoz y la llamada escuela de Kiel.

2.3.1. Hans Welzel.

Hans Welzel inicia la "Teoría de la acción finalista", con una crítica a la teoría de la causación. Para Welzel, el punto de partida no es el tipo, sino la acción, y al concebir ésta de un modo finalista, todo el Derecho penal se infiltra de la misma teoría.

Para Hans Welzel, la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objeto, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es el resultado de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, graficamente hablando, la finalidad es -

"vidente", la causalidad es "ciega".

Para aclarar lo anterior, remite Welzel "a la diferencia entre un asesinato por un lado, y un rayo mortal, por el otro: en el asesinato todos los actos individuales están dirigidos desde el objetivo anticipado: la compra del arma, el acecho, el apuntar, el apretar el gatillo; mientras que en el rayo el resultado muerte es la resultante ciega de -- los componentes causales circunstancialmente concurrentes"⁵⁸

Como la finalidad se basa en la capacidad de voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad conciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista.

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor reconoce que están necesariamente vinculados con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello.

"La finalidad" descansa en la capacidad de la voluntad, en la previsión de circunstancias del resultado de la comprensión causal. Y de aquí que abarque: 1º La meta que desea alcanzar; 2º Los medios de que se vale; 3º Los resultados concomitantes que aparecen ligados necesariamente como complementos del principal".⁵⁹

58.- FONJAN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 2a edición, Albeledo-Peñrot, Argentina, 1980, p. 437.

59.- ROSAL, Juan Del, Derecho Penal, Vol., 13, 2a edición, Publicaciones de los seminarios de la Facultad de España, España, 1954, p. 375.

De lo anterior se desprende que la actividad finalista no solo comprende la finalidad de la acción, sino que abarca los medios necesarios y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una cons--trucción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la -cual el objetivo es únicamente una parte junto a los medios puestos en movimiento y a las consucuencias secundarias conectados con ellos.

De conformidad con lo anterior, no hay acciones fina--listas "en si", si no siempre en relación con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción. Por eso una acción finalista puede tener varios sentidos de acción, según la cual sea su relación con las distintas consecuencias propuestas con voluntad.

Una acción finalista de homicidio no existe solamente cuando la muerte fue el objetivo principal de la actividad de la voluntad sino también cuando sólo fue la consecuencia secundaria que necesariamente ha tenido que tomar (por ejemplo, la muerte por quemaduras de una habitante paralítica, al incendiar una casa asegurada contra incendio). Por eso una acción puede tener varios sentidos, según cual sea su -relación con las distintas consecuencias propuestas con voluntad. Así, en la acción mencionada: una defraudación de seguro, con relación al objetivo perseguido; un incendio, -con miras al medio empleado; un asesinato con miras a la --consecuencia secundaria.

"Naturalmente, la dirección finalista se extiende tam--bién a la ejecución exterior de la acción misma, de modo --que el "resultado" de la dirección finalista puede agotarse en la actividad simple: cabalgar, hacer gimnasia, bailar, -patinar sobre hielo, etc. Además, por el hecho de que mu--

chos de los movimientos de nuestro cuerpo están automatizados, debido al ejercicio continuo, la dirección finalista - de una acción no es restringida, sino, por el contrario, ayudada: el pasear es también una actividad dirigida finalmente a pesar que no tenemos que dirigir cada paso en particular como en nuestra primera infancia".⁶⁰

La dirección final se lleva a cabo en dos etapas que son: la primera que transcurre en la esfera del pensamiento y la segunda, en el mundo real.

De esta manera al examinar si hay acción o no, debemos determinar si hubo dirección final. Y si la hubo, hacia -- donde iba dirigida, si la concreción del resultado típico, o si no, a la acumulación de un resultado que extrabasando los límites propuestos, ocasionan también un resultado típico, no previsto, pero que debió preverse.

Así pues, la consecuencia más notable de esta teoría - es la tendencia a substraer el estudio del dolo del capítulo de la culpabilidad, para tratarlo en el de la acción. - Para los finalistas, el dolo: es aquella voluntad finalista de la acción que está dirigido hacia la concreción de las - características objetivas de un designio injusto; y la culpa: aquellas acciones que no llevan consigo la cantidad de diligencia necesaria en el intercambio de dirección finalista, es decir, que no ha aportado el mínimo jurídicamente -- necesario de dirección finalista para evitar el resultado.⁶¹

60.- WELZEL, Hans, La teoría de la acción finalista, Op.cit., p. 24.

61.- COLGSIEM, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y criminología, 2a edición, Astrea, - Argentina, 1983, p. 624.

De la prueba de si tal acción fue dolosa o culposa dependerá luego el juicio de reproche (juicio de culpabilidad), que el juez practique para considerar, en definitiva la sanción a aplicar.

En concreto, la teoría de la acción final descansa en dos principios: uno, basado en la estructura lógico-real de la misma, mediante la cual, para los efectos penales, no se puede hablar de una acción cuando existe un resultado típico causado por el hombre cuya voluntad no había estado dirigida a esa causación; otro, al tipo pertenece como elemento, junto al disvalor del resultado, el disvalor de la acción, o sea, ésta desde su inicio es dolosa.

La crítica generalizada a esta teoría se encuentra --- principalmente dentro de la culpabilidad, donde materialmente no se puede decir bajo ningún concepto que el responsable haya querido el resultado típico que produjo, ya que el jurista se pregunta ¿dónde se encuentra el finalismo, el fin de este tipo de acciones culposas? Welzel trata de salir adelante ante esta pregunta, y menciona que en los medios empleados, y para aclarar esto, manifiesta que existen dos etapas que son:

a) La etapa de pensamiento que lleva inmersa las siguientes premisas:

1. Como una propuesta del fin a realizar.
2. Como una selección de medios para ello.
3. Con la consideración de efectos concomitantes, y

b) En la esfera de la exteriorización o manifestación de la voluntad.

Dentro de la primera, en el pensamiento, en la elección de medios, es donde el individuo que domina con su co-

nocimiento la causalidad del mundo natural, retrocede desde el fin propuesto, y busca los factores causales, también -- puede producir efectos secundarios no queridos, en cuyo caso si son los que provocan efectos que el sujeto no previó, que se producirían, debiendo haberlo hecho, incurrirían en responsabilidad culposa, sin dejar por ello de ser la acción productora de un resultado típico de carácter final, -- porque la voluntad de realización en los medios empleados -- fue tal y no ciega, sino perfectamente vidente.

Lo que se analiza en la acción finalista es si existió una manifestación exterior de voluntad, y el contenido de esa manifestación, si respondió al fin propuesto o a la representación de su acumulación como probable o a la falta de previsión del resultado como posible.

2.3.2. Reinhart Maurach

Reinhart Maurach, es actualmente una de las más altas autoridades en el estudio de problemas concernientes al Derecho Penal.

La acción típicamente antijurídica es relevante sólo -- cuando el juicio correspondiente puede hacerse extensivo a cierta y determinada persona a quien puede atribuirse el acontecimiento típico y no justificado como obra de su voluntad. El autor de la conducta, en orden a la imputabilidad, debe estar en condiciones de darse cuenta, en razón de

su desarrollo espiritual y moral, del alcance que su conducta puede tener en la vida jurídicamente organizada y, además, estar en posibilidad de orientar su conducta y sus resoluciones conforme a ese conocimiento, es decir, para que alguien pueda ser considerado culpable de algo, tiene que ser un imputable, ya que la imputabilidad es el presupuesto necesario para la formulación del juicio relativo a la culpabilidad. Sobre quien no es imputable es imposible el reproche acerca de la conducta típicamente antijurídica, porque falta en él el presupuesto lógico del conocimiento del contenido del injusto de su conducta o de la actuación conforme a una valoración normalmente hecha.

De lo anterior puede obtenerse las dos formas en que - Maurach estudia la inimputabilidad: genérica o constitucional cuando falta el desarrollo físico y psíquico para la actuación normal adecuada a la vida en común (por ejemplo los menores de edad) y la falta de posibilidad de conocer, respecto de un hecho concreto y en un momento preciso, el carácter injusto del acto que se realiza (por ejemplo, los trastornos morbosos del espíritu, que afectan transitoriamente las facultades mentales).

Afirma Maurach, que la teoría de la "acción finalista" no ha conseguido que se convierta en una realidad el principio de "culpabilidad es reproche personal", atendiendo a la estructuración que conforme al finalismo se da a la culpabilidad son tres: la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento del injusto y la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma. Sin embargo, sostiene Maurach que, "el concepto de la culpabilidad de la teoría final, aun cuando represente frente a los criterios anteriores un importante progreso, no responde aún ni a los cometidos ni a la esencia de la culpabilidad jurídico-penal". Para comprobar este aserto plantea Maurach el caso de quienes, sin cumplir -

los presupuestos de la culpabilidad, han manifestado en la comisión de un injusto típico, una peligrosidad objetiva; - se trata de esas personas a quienes no es posible considerar culpables y que, sin embargo, quedan sometidas a la aplicación de medidas de seguridad. En este caso resulta estrecho el principio del finalismo de que "culpabilidad es reprochabilidad", atendiendo al contenido que según esta teoría corresponde a la culpabilidad.

El reproche conforme al finalismo, es personalísimo; - pero existe una variación sustancial entre la teoría y la realidad, que hace inoperante el concepto de la exigibilidad como parte del juicio de reproche. En efecto, la exigibilidad tiene como fundamento la posibilidad de adecuar la conducta a la norma, entendida esta posibilidad en una forma genérica, puesto que es la propia ley la que establece - el límite de exigibilidad de ciertos comportamientos, como ocurre en el llamado exceso de legítima defensa.

La crítica que así plantea Maurach al finalismo, tiene como razón fundamental agregar un nuevo concepto para la estructuración de la culpabilidad, concepto que es denominado atribuibilidad. A los tres componentes que ya se han mencionado, debe agregarse el de atribuibilidad, que se refiere al autor de la conducta y se define en los términos siguientes: por atribuibilidad de una acción debe entenderse el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias -- del Derecho.

La atribuibilidad tiene grados que se determinan, el primero, cuando se precisa que el autor de una conducta podría personalmente actuar de un modo diferente y el segundo cuando el autor de la conducta no responde a las exigencias

que le son impuestas por el Derecho. Solamente cuando se han satisfecho las características de la atribuibilidad puede decirse que el acto concreto y particular puede ser atribuido a una persona y considerarlo como propio de ella, para entonces, pasar a la forma como debe ser atribuido el acto a la persona particular, que es ya, propiamente, la determinación del reproche en orden a la culpabilidad.

La atribuibilidad, entendida como quiere Maurach, tiene de a resolver problemas dimanados de la realidad en que el Derecho se aplica. Es así como puede entenderse que la atribuibilidad proporcione las bases ciertas para poder atribuir a alguien, como propio, determinado comportamiento, -- sin que por ello signifique que sea un comportamiento culpable, porque esto corresponde al juicio relativo a la culpabilidad. Tanto los menores de edad como los enfermos mentales son capaces de realizar conductas que, conforme a la atribuibilidad, les pueden ser atribuidas como propias de ellos; pero de esto no es posible concluir que se trate de conductas atribuibles y, además culpables, porque el problema del reproche de esas ciertas y determinadas conductas -- tiene que ser resuelto en forma distinta y en orden a la culpabilidad, no la atribuibilidad. Por eso completa Maurach su concepto afirmando que concibe la atribuibilidad -- "como aquella relación jurídicamente desaprobada por el autor con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del juez penal".

Puede verse que Maurach, aceptando en principio la estructuración del finalismo a la manera de Welzel, ha agregado el nuevo elemento que se denomina "atribuibilidad", con lo cual quedan salvadas algunas de las críticas que se han hecho al finalismo

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DEL DELITO DE ABORTO CONFORME A LA TEORIA TETRATOMICA.

Como ya se señalo anteriormente, el maestro Edmundo -- Mezger, es el autor de la "Teoría Tetratomica", por la cantidad de elementos que integran la definición jurídico sustancial del delito, pues, para el maestro Mezger el delito es: "el acto humano típicamente antijurídico y culpable".

3.1. Concepto del delito de aborto.

El Código Penal de 1871, en su artículo 569, lo define diciendo:

"Llamese 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 ésto se haga sin necesidad". "Cuando ha comenzado ya el octavo mes de embarazo se le da también el nombre de parto prematuro artificial; pero se castiga con las mismas penas que el aborto".

En el artículo antes citado no se hace ninguna referen-
cia a la muerte del feto, solamente hace referencia a la --
conducta, sin embargo, puede ocurrir la muerte del producto
de la concepción en el mismo vientre materno.

También encontramos en este artículo, la falta de ha--
cer una distinción entre parto prematuro y aborto, pues, --

claramente expresa el Código Penal de 1871: "Se le dá también el nombre de parto prematuro artificial".

Asimismo, el Código Penal de 1871, no toma en cuenta la muerte del feto, pues, se reducen a la mitad las penas establecidas en los siguientes casos:

I. "Cuando se pruebe que el feto estaba ya muerto al emplearse los medios para ejecutar el aborto".

II. "Cuando se verifique salvándose la vida de la madre y del hijo".

Del análisis de estos incisos no se encuentra realmente el daño que pueda causar a la madre, pues, en el primero se señala "cuando se pruebe que el feto estaba ya muerto". Si por el contrario, estando el feto muerto peligra la vida de la madre si este no es arrojado; entonces se encontrará ésta en el dilema de ser juzgada y posiblemente sentenciada aunque solamente fuere la mitad de la pena que establecía el Código Penal de 1871, o en su defecto correr el riesgo de perder la vida. Como se hace notar, había disyuntiva para una mujer en esa época de decidir una situación como esta; su vida o posiblemente ser sentenciada de acuerdo con el Código Penal de 1871.

En este caso se puede presentar una causa de licitud como es el aborto terapéutico, cuando por haber muerto el feto peligra la vida de la madre; por lo tanto, considero que en este caso no debe existir delito, pues faltaría uno de los elementos del tipo, que es el bien jurídico tutelado, en efecto al no existir la vida que la ley protege, no puede considerarse su expulsión como aborto.

En la segunda hipótesis del artículo en comento, se señala una atenuante, cuando se salva la vida de la madre y - del producto, o sea en este caso se realiza las maniobras - para producir el aborto y se logra salvar a la madre e hijo por una oportuna atención, obteniéndose una atenuación por no haberse destruído el feto.

El Código Penal de 1871, en sus artículos 570 y 572 se refiere a la exclusión de pena de aborto terapéutico y al - causado por culpa de la mujer embarazada; pero si era causa do por culpa grave de otra persona sí era punible; señalaba como circunstancia agravante que el sujeto activo fuera mé- dico cirujano, comadrón, o partera y se le suspendía en el ejercicio de su profesión, por un año.

El Código Penal de 1871, el aborto culposo no señalaba pena alguna, y respecto del aborto honoris causa, atenuaba la sanción.

El Código Penal de 1929, viene a transformar nuestra - antigua legislación, pues, se hace referencia más precisa a la muerte del producto de la concepción, de igual forma, la conducta tienen por objeto interrumpir la vida del producto

En su artículo 1000 lo define diciendo: "Llamese abor- to en Derecho Penal; a la extracción del producto de la con cepción o a su expulsión, provocada por cualquier medio sea cual fuere la época de la preñez, con el objeto de interrum pir la vida del producto".

"Se considera siempre que tuvo ese objeto: el aborto - voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo".

"Cuando se ha comenzado ya el octavo mes de embarazo,

se da también el nombre de parto prematuro artificial y se sanciona de igual manera que el aborto".

Se señala como no punible el aborto realizado solo en grado de tentativa y en los casos de aborto culposo, cuando la responsable era la madre no se imponía sanción alguna.

Este código señala como uno de los requisitos importantes para la consumación de este delito la intención del agente al destruir la vida del producto, este señalamiento es similar al del legislador de 1871, que se preocupó no tanto por el daño causado al agente por destruir la vida del producto, sino más bien en la finalidad de la intención por lo tanto se le hace la misma crítica en función de tentativa.

Hay que hacer notar que el artículo 1000 de este ordenamiento jurídico, señala que: "Se considera siempre que tu vo este objeto", o sea, el objeto de interrumpir la vida del producto de la concepción, debemos considerar como una primera deducción que el aborto voluntario provocado antes del octavo mes viene a ser lo mismo que el aborto prematuro

Tampoco se sancionará el parto prematuro artificial -- cuando, sin tener por objeto interrumpir la vida del producto, se practique en los casos en que no hubiera contradicción que se perjudique a la madre o al producto, es decir, se considera exento de pena al parto prematuro si se dan los siguientes requisitos:

Que no tenga el objeto de interrumpir la vida del producto; que sea practicado en caso de que no corra peligro la vida de la madre y que tampoco corra peligro la vida del producto.

Este Código Penal en su artículo 1004 hace la distinción entre aborto provocado con consentimiento de la mujer embarazada y también contra la voluntad de ésta, incluyendo un año más de pena al que lo provocare en contra de la voluntad de la mujer embarazada.

También se analiza el aborto causado por imprudencia, y se establece que: "no será causa de sanción a la mujer embarazada que por esta causa se produzca el aborto, habiendo tenido en cuenta el legislador que ya era suficiente la pena que sufría la mujer embarazada que perdía el producto de la concepción por imprudencia, para todavía sancionarla penalmente.

El Código Penal de 1931, al tratar el delito de aborto lo hace con una gran visión humanista, es de notarse la reducción de las penas en el aborto. Además, creemos que la postura del legislador de 1931, se debe también a la ineficacia de las sanciones en esta materia.

En este Código se define el delito por su consecuencia final, por la muerte del feto, por lo que el nombre más apropiado de éste delito es el de feticidio; pues la maniobra abortiva que encuadra el delito de aborto propiamente dicho, es apenas un presupuesto lógico del delito, es el modo de realizar la infracción prevista: aniquilamiento de la vida en gestación.

El legislador de 1931, comprendió perfectamente cual es el bien jurídicamente tutelado y técnicamente señaló que el hecho consiste en privar de la vida al producto de la concepción; asimismo, estableció penas más justas para los diferentes tipos de aborto que se encuentran regulados en dicho ordenamiento.

3.1.1. Presupuesto del delito.

No todos los delitos requieren de un presupuesto indispensable para integrarse el delito. El aborto es de los - que sí exigen dicho presupuesto; y este es el estado de preñez, embarazo, gestación o gravidez; acontecimiento biológico estrictamente necesario, que se inicia con la concepción y termina con el nacimiento.

La falta de embarazo implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descrito en el tipo, y por lo tanto del delito. Si no hay preñez no hay posibilidad del hecho configurado como aborto y estaríamos frente a una tentativa imposible de aborto por falta de objeto material y, consecuentemente ante una hipótesis - de atipicidad por falta o ausencia de objeto.

3.2. Conducta.

La conducta típica en el "aborto", es privar de la vida (igual que en el homicidio), y para que se configure esta, será necesario que se realice por medio de un hacer, es decir, la acción encaminada a la expulsión del producto del seno materno, o bien, por medio de una omisión que sería la no prestación de auxilios adecuados para que la concepción se lleve a cabo por los medios normales, es decir, debe de satisfacer dos requisitos:

- a) Una voluntad.
- b) Un hacer o una inactividad.

Se produce este delito por un "hacer" o sea hay que efectuar distintas maniobras para expulsar el feto y como -- consecuencia la muerte del mismo; también puede consistir -

en un "no hacer" la consecución del aborto estando frente a un caso de comisión por omisión, pues se causa la muerte del producto por una inactividad cuando existe el deber jurídico de obrar en tal forma se integran los elementos de esta clase de omisión, pues, estamos frente a un delito de resultado material.

El delito de aborto es un delito material, nunca será formal, pues el elemento indispensable es la producción del resultado material, y en este caso lo constituye la muerte del producto de la concepción, por lo que el delito se integra o se consuma en el momento de la muerte del producto de la concepción.

Hay que hacer notar la integración del elemento objetivo, la relación causal, o sea, el nexo que existe entre la conducta del sujeto y el resultado.

Respecto a los medios para que se cometa este delito; la ley penal en el artículo 330 establece: "Al que hiciere abortar a una mujer, sea cual fuere el medio que emplea---re...", de lo anterior se deduce que no se señala específicamente medio alguno de comisión, y esto nos coloca ante -- cualquier tipo de medio, siempre que sea idóneo, es decir, que tenga la suficiente fuerza lesiva, para matar al producto de la concepción.

3.2.1. Clasificación en orden a la conducta.

a) El aborto es un delito de acción y de comisión por omisión. Es de acción, cuando la mujer embarazada consiente en que un tercero provoque el aborto, o bien cuando ella misma realiza los actos encaminados a producir el aborto.

Será un delito de comisión por omisión cuando la mujer embarazada que tiene amenaza de aborto y el médico le ha recetado ciertos medicamentos para evitarlo, omite tomar dichas -medicinas porque desea abortar.

b) Por cuanto a la forma de realizarse, los delitos se clasifican en unisubsistente y plurisubsistente, según el número de actos que se lleven a cabo para que se pueda consumir; de aquí podemos afirmar que el delito de aborto puede ser un delito unisubsistente y plurisubsistente.

3.2.2. Clasificación en orden al resultado.

Por lo que respecta al resultado, el aborto puede ser:

Un delito material, pues en el momento que se produce la muerte del feto, existe una alteración en el mundo exterior, por lo tanto, debe considerarse como de resultado material.

Un delito instantáneo, en virtud que al causarse la --muerte del producto de la concepción se agota la consuma---ción.

Un delito de daño, pues se destruye el bien jurídico protegido. Huelga decir, que en cuanto al daño que causa, los delitos se clasifican: de lesión o de peligro, en el aborto, se trata de un delito de lesión, en razón de que se destruye un bien jurídicamente tutelado, o sea, la vida del producto de la concepción.

3.2.3. Ausencia de conducta.

Como ya se señaló, si faltase alguno de los elementos esenciales del delito, no se puede integrar; si no existe la conducta en cualquiera de sus formas de acción u omisión por falta de voluntad, no se integraría el ilícito penal.

Hay ausencia de conducta en el aborto cuando: "El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente". Por lo que se pueden presentar en este delito cualquiera de las hipótesis del aspecto negativo de la conducta: la vis absoluta, la vis mayor o fuerza mayor y los movimientos reflejos, según sea el caso, pues, en estas hay ausencia de la voluntad.

3.3. Tipicidad, tipo y su aspecto negativo.

3.3.1. Tipicidad en el delito de aborto.

Para tipificar el delito de aborto, es necesario, que se adecue la conducta a lo que el describe el legislador, es decir, los elementos típicos necesarios para configurar el delito, como son el presupuesto material, que la mujer esté embarazada, y que se produzca la muerte del producto de la concepción como lo señala el artículo 329 del Código Penal vigente.

Por lo que, no se sancionará el delito de aborto si no se produce la causación del resultado típico. Las manobras efectuadas sobre la mujer después de la vigésima octava semana de embarazo con el propósito de anticipar el alumbramiento, no son subsumibles si la criatura vive después

de la expulsión, en el tipo de aborto, pues, obvio es que no se ha ocasionado el resultado típico.

3.3.2. Clasificación en orden al tipo.

Por lo que respecta al tipo, el aborto puede ser:

"a) Por su composición. Es normal porque contiene una situación objetiva y no señala ningún elemento subtivo.

Será anormal en el artículo 332 fracción I, al referirse a la mujer que voluntariamente procure el aborto si concurren la circunstancia de "que no tenga mala fama".

b) Por su ordenación metodológica. Es un delito fundamental porque tiene plena independencia, está formado con una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado.

c) En función a su autonomía o independencia. Es autónomo porque tiene vida propia, no necesita de la realización de algún tipo penal.

d) Por su formulación. Es amplio, porque describe de manera generica la conducta que desemboca en la comisión del hecho delictivo de aborto no establece para su perpetración, una determinada manera de efectuarse.

e) Por el daño. Es un tipo de daño, porque al realizar la conducta delictiva produce un daño directo y

efectivo, que es la muerte del producto."⁶³

Según el tipo de aborto, este se clasifica de la manera siguiente:

El aborto consentido, en orden al tipo es:

- "a) Fundamental o básico
- b) Autónomo o independiente
- c) De formulación libre
- d) Normal
- e) Acumulativamente formado en cuanto a los sujetos - activos.

Por lo que hace a la clasificación en orden al tipo de aborto consentido tenemos que es:

- a) Tipo especial privilegiado
- b) Autónomo o independiente
- c) De formulación libre
- d) Anormal, en cuanto al dolo genérico y al dolo específico".⁶⁴

El aborto procurado, es:

- "a) Fundamental o básico
- b) Autónomo o independiente
- c) De formulación libre
- d) Normal".⁶⁵

El aborto sufrido, es:

- "a) De formulación libre

63.- LOPEZ BEYANOUR, Édouard, Delitos en particular, 3a edición, Porrúa, México, 1996, pp. 191 y 192

64.- FORTE PETIT CANDALDAP, Celestino, Dogmática sobre los delitos contra la vida y la vida y la salud personal, 9a edición, Porrúa, México, 1990, p. 479.

65.- Ibidem., p. 501

- b) Fundamental o básico, o bien, complementado cualificado, según sea sin o con violencia.
- c) Normal".⁶⁶

3.3.3. Elementos del tipo.

Se integra el tipo de varios elementos, algunos son comunes para todos, como: sujeto activo y pasivo, el bien jurídico tutelado, el objeto material y los medios de comisión, y hay otros elementos que solo se encuentran en determinados tipos.

a) Bien jurídico. La Doctrina en general y el criterio de la S. C. J., es que el bien protegido en el delito de aborto es: "la vida del producto de la concepción y el derecho de la mujer a la maternidad".

b) Objeto material. Es el producto de la concepción, es decir, el óvulo fecundado, el embrión, o feto humano, según las etapas del embarazo.

c) Sujeto. Dentro de la descripción típica de cualquier delito, es necesario hacer referencia a los sujetos activos y pasivos, en virtud que las normas van destinadas a los seres humanos.

El sujeto activo en el delito de aborto puede ser: la mujer embarazada, constituyendo así un delito propio o exclusivo cuando el aborto es procurado; y cualquier otra persona si se trata de un aborto consentido, siendo por esta razón en cuanto al tercero un delito de sujeto común o indiferente.

66.- *Ibidem*, p. 509.

En consecuencia puede ser un delito individual o monosubjetivo; cuando el sujeto activo realiza el aborto sin -- consentimiento de la mujer gravida (aborto sufrido), y cuando el sujeto activo solamente es la mujer embarazada (aborto procurado); o bien, puede ser un delito plurisubjetivo - en virtud de que requiere cuando menos dos sujetos activos: el que realiza el aborto y la mujer embarazada, que consienta en el mismo, por lo que hay una concurrencia de dos voluntades encaminadas hacia un mismo fin.

El sujeto pasivo es el producto de la concepción, y para muchos tratadistas, también la mujer embarazada es sujeto pasivo si el aborto se realiza sin o contra su voluntad.

d) Medios de comisión. El delito de aborto puede ser realizado por cualquier medio, pues el legislador no señaló en el tipo ninguna hipótesis en particular, sino que dejó abiertas las puertas para la forma de comisión, por tanto, podrán ser medios físicos, químicos, siempre que sea idóneo para el agotamiento de la figura delictiva.

El legislador de 1931, señaló que no es punible el aborto, cuando este es producto de una violación, porque no podemos obligar a la mujer que después de haber sido víctima de un hecho tan repulsivo, pues le estaría recordando en todos y cada uno de los momentos de su vida la vejación de la que fue objeto.

3.3.4. Causas de atipicidad.

Siendo la tipicidad la falta de adecuación de la conducta a lo descrito por el legislador en un tipo, este aspecto negativo del delito, podrá presentarse en el delito - de aborto por varias causas, como:

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

a) Falta de objeto jurídico u objeto material. No habrá tipicidad por falta de objeto jurídico o material, es decir, si la mujer no está embarazada, o se demuestra que el feto estaba muerto e ignorándolo la madre realiza todos los actos para producir el aborto, no habrá tipicidad y se estará en presencia de una tentativa imposible de aborto, - por no existir el objeto jurídico que el Estado está tratando de proteger y por lo tanto no sanciona la intencionalidad del sujeto.

b) Falta de referencias temporales. El tipo penal señala que la muerte del producto de la concepción debe verificarse en cualquier momento de la preñez, si se provoca ésta después de la preñez, ya no habrá delito de aborto.

c) Falta de elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos. Esta causa de atipicidad se puede presentar - en el artículo 332 fracción I, en el que el tipo penal exige que la mujer voluntariamente se procure el aborto o consienta que otro la haga abortar "no debe tener mala fama". En caso de que la mujer no satisficiera este requisito, su conducta no se encuadraría a este tipo penal.

3.4. Antijuricidad.

El aborto es antijurídico en la medida en que se encuentra previsto en el Código Penal. La privación de la vida contraría al derecho, de ahí que, el hecho realizado, aborto debe ser antijurídico, esto es que no esté protegido el sujeto por una causa de justificación. Los actos, anota

67.- LOPEZ BETAÑOUR, Eduardo, Delitos en particular, Op.cit., p. 192.

Ranieri para ser punibles, deben ser ilegítimos, o sea, no justificados los estados de necesidad de interrumpir la gravidéz para evitar a la persona de la mujer encinta un daño grave inminente, dependiente de la gravidéz o del parto, y no evitable más que con el aborto.⁶⁸

3.4.1. Causas de justificación.

Las causas de justificación constituyen el elemento negativo del delito. Son causas de justificación en el delito de aborto:

a) Estado de necesidad.

Se presenta cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corre peligro de muerte, entran en conflicto dos bienes jurídicamente tutelados: la vida de la mujer embarazada y la vida del producto de la concepción, considerándose al primero de mayor valía por lo que se sacrifica - el segundo. El artículo 334 de nuestra Ley Sustantiva, reglamenta el aborto terapéutico, que constituye una causa de justificación en razón del "interés preponderante". "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demonstración", es decir, "la mujer embarazada contra el peligro de -- muerte, pues, puede ser víctima de una enfermedad incompatible con el desarrollo normal de la gestación, como ciertas formas de tuberculosis, vómitos incoercibles, afecciones -- cardíacas o males renales, y se encuentre en peligro de perecer. Huelga aclarar, que varios autores consideran innecesario esta figura de aborto necesario, pues argumentan la existencia del estado de necesidad genérico previsto en la

68.- FORTE PETIT CANDALAP, Celestino, Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal, Op.cit., p. 501

fracción V del artículo 15 de la Ley de la Materia.

b) Ejercicio de un derecho.

El aborto por violación es el realizado en ejercicio de un derecho, que también, como en el caso de aborto terapéutico, elimina la antijuridicidad, pues la mujer está ejerciendo su derecho a decidir sobre la maternidad cuando ha sido violada, por eso, el artículo 333 del Código Penal, en su última parte, establece: "No es punible el aborto causado:.. cuando el embarazo sea el resultado de una violación". La razón legal de esta causa de justificación radica en la explicable sensación de rechazo experimentada por la mujer que al ser violada, queda encinta. Por ello, se entiende que no desea el producto de una situación ofensiva y atentatoria de su libertad sexual, la cual, por otro lado, le recordará constantemente el hecho criminal de que fue objeto.

3.5. Presupuestos de la culpabilidad.

3.5.1. Imputabilidad.

En el aborto se requiere que el sujeto activo sea imputable, pues, quien comete el delito, debe estar en pleno uso de sus facultades psíquicas cuando realice la conducta delictuosa, es decir, que tenga capacidad de discernir, sino no habrá delito.

3.5.2 Inimputabilidad.

La inimputabilidad es la ausencia de capacidad del sujeto, para conocer el carácter ilícito del hecho, o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

Son causas de inimputabilidad en el delito de aborto:

a) En el delito de aborto el sujeto activo debe de estar en pleno uso de sus facultades psíquicas cuando realice la conducta delictuosa de otra forma no será imputable y -- por tanto no hay delito.

b) Si una menor de edad se encuentra embarazada y se provoca el aborto no podrá considerarse como delito y solo se estará pendiente de las medidas que para este caso señala la ley.

3.5.3. La culpabilidad.

En la doctrina del Derecho Penal se han considerado -- tradicionalmente dos formas para la culpabilidad que son: -- "el dolo y la culpa".

1 Dolo

a) Dolo directo. Se presenta cuando el agente tiene -- la plena intención de cometer el delito de aborto, y esa -- voluntad se cumple exactamente como lo previó aquél.

b) Dolo eventual. El sujeto activo sabe que al come-- ter un delito probablemente se presenten otros resultados -- delictivos ; por ejemplo: un sujeto tiene la intención de -- cometer el delito de lesiones sobre la mujer embarazada, pe

ro sabe que al hacerlo podrá provocarle el aborto; al darle senda golpiza, provocando el aborto de aquella. Respecto a las lesiones el agente habrá ejercido la conducta delictiva por dolo directo, y por lo que hace al delito de aborto, la conducta desplegada fue el dolo eventual.

Puede presentarse el dolo en las conductas descritas - en los artículos 330, 331 y 332.

2 Culpa.

a) Culpa consciente con representación. Se presenta cuando el agente no tenía la intención de cometer el delito, pero por negligencia o descuido, lo realiza; verbigracia, cuando una mujer embarazada monta a caballo, a pesar de que el médico ya le dijo que eso podría causarle el aborto, por lo que sabe que puede provocarlo, sin embargo, efectúa esta acción confiado en que no pasará nada. Ella no quería abortar y pudo prever el resultado.

b) Culpa inconsciente sin representación. Cuando el agente esta obligado a prever el resultado, pero por negligencia o descuido comete el evento delictivo; tal sería el caso en que un médico receta a una mujer embarazada, un medicamento al que ésta es alérgica y le provoca el aborto, - el médico no quiso provocarlo, pero por descuido le dió a tomar dicho medicamento, siendo que debió prever el resultado.

3.5.4. Inculpabilidad.

Son causas de inculpabilidad en el delito de aborto:

a) El error esencial de hecho invencible, en caso de estado de necesidad putativo. El médico cree que está en peligro una mujer embarazada, por lo que le provoca el aborto, siendo que en realidad no existía tal peligro.

b) La no exigibilidad de otra conducta. A la mujer -- que ha sido violada no se le puede obligar a un comportamiento contrario a sus sentimientos, por lo que el artículo 333 establece que no es punible el aborto "cuando el embarazo sea el resultado de una violación.

c) Caso fortuito. es el verdadero accidente y puede presentarse cuando la mujer embarazada toma todas las precauciones debidas para evitar el aborto, pero al bañarse -- resbala y cae, lo que provoca el aborto.

d) Temor fundado. En el caso de la mujer embarazada -- que tuviere un padre "muy exigente", y ya una vez a su hermana, al creer que estaba embarazada, le dio una paliza, -- provocándole esas lesiones incapacidad futura para procrear por lo que prefiere abortar y no enfrentar a su padre.

El delito de aborto se encuentra contemplado en el título Décimo Noveno, de los delitos contra la vida y la integridad corporal, en los artículos 329 al 334.

El artículo 329 lo define como: "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez", donde el bien jurídico protegido es la vida del producto de la concepción. El Código Penal define, además, varios tipos -- de aborto que son:

A) Aborto sufrido. Se produce cuando cualquier perso-

na sin el consentimiento de la mujer embarazada, causa la muerte del producto de la concepción. Esta figura tutela además de la vida del producto de la concepción, un bien más: el derecho a la maternidad. El aborto sufrido puede realizarse por medio de la violencia física o de la violencia moral, y entonces el delito es más grave, pues afecta un tercer bien: la libre determinación de la mujer embarazada. De los abortos contemplados en el Código Penal, el aborto sufrido es el único que tutela otros bienes distintos del producto de la concepción, y el único cuya penalización nadie objeta.

B) Aborto consentido. Consiste en la muerte del producto de la concepción causada por cualquier persona siempre y cuando cuente con la anuencia de la mujer preñada, por lo que se desprende, que el único bien lesionado, de concretarse la hipótesis típica, es la vida del producto de la concepción. Con base en el sujeto activo, tradicionalmente se ha dicho que el aborto consentido es un delito plurisubjetivo y bilateral, ya que se apunta tanto el tercero como la mujer embarazada son sujetos activos, pues uno provoca la muerte del producto de la concepción y la otra consiente en ello. Cabe observar que la conducta típica del aborto es cualquier actividad idónea para privar de la vida al producto de la concepción.

C) Aborto procurado. Es la mujer embarazada la que causa la muerte del producto de la concepción. También en este supuesto, el único bien que entra en juego es la vida del producto de la concepción.

Tanto el aborto procurado como el aborto consentido, la punibilidad es menor si concurren los denominados móviles de honor.

Lo mismo tratándose de aborto sufrido que de aborto -- consentido, cuando el sujeto activo es médico, cirujano, co madrón o partera, se agrava la punibilidad; además de las - sanciones privativas de libertad, se les suspende de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

Por otra parte, el legislador ha precisado las hipóte- sis en las que, por disposición expresa, el aborto no es pu- nible, es decir, los casos en que el aborto, de realizarse no es un delito.

Los abortos no punibles son los siguientes:

A) Aborto terapéutico o necesario. Es aquel que de no realizarse corre peligro de muerte la mujer embarazada, es decir, se realiza para salvar la vida de la mujer y pasa a segundo término la vida del producto de la concepción. El Código Penal, preve, que de ser posible el médico que la atiende oiga la opinión de otro facultativo si la demora no es peligrosa. Sin embargo, la fórmula del artículo 334 no es sino una especificación, técnicamente mal planeada, de - la causa de licitud conocida como estado de necesidad jus- tificante, que tiene lugar cuando se sacrifica un bien de - menor valor por constituir ese sacrificio, en caso de con- flicto, la única vía para salvaguardar el bien de mayor va- lor. No cabe duda que la vida de la mujer embarazada ha de considerarse de mayor valía que la vida en formación del -- producto de la concepción.

B) Aborto causado sólo por imprudencia de la mujer em- barazada. Es aquel en donde la mujer, por sus simples ne- gligencias o descuidos, sin intención dolosa, causa su pro- pio aborto, resultaría absurda reprimirla, por se ella la - primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus espe--

ranzas de maternidad. Sin embargo, la frase "sólo por imprudencia de la mujer", es oscura; su estrecha interpretación literal llevaría a la absurda conclusión de que, cuando en un aborto coexiste imprudencia de mujer y de terceros, - la mujer y los otros deben considerarse como responsable. - Por lo que la interpretación adecuada es la de que la mujer no haya tenido ni la más remota intencionalidad en el aborto.

C) Aborto cuando sea el resultado de una violación. -- También en esta hipótesis, el legislador sigue la tendencia mundial, basada en la premisa de que la mujer violada merece una consideración especial, pues, sería no sólo injusto, sino monstruoso, imponerle el nacimiento de un hijo engendrado contra su voluntad, y al que difícilmente, por el ultraje sufrido, podría no repudiar. Se ha llamado la atención sobre el hecho de que, en realidad, la mujer que se halla en esa tristísima situación y quiere interrumpir su no deseado e ignominioso embarazo, se encuentre con que no hay autoridad facultada por la Ley para autorizar el aborto, y a mayor demora corresponde mayor peligro para la salud, o - la vida incluso de la mujer embarazada.

Así pues, la principal crítica que podemos hacer al Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Local y para toda la República en materia del Fuero Federal - en sus artículos correspondientes al delito de aborto, es - el gran atraso jurídico, pues no corresponde con la realidad actual, porque las condiciones económicas, demográficas y científicas de nuestra época son totalmente distintas a las que prevalecían en 1931.

Existe un atraso legal en nuestro Código al no despena

lizar el aborto con fines eugenésicos, cuando haya indicación genética que al nacer el niño presentará defectos congénitos que le impliquen un peligro para la salud mental y física mayor que la terminación del embarazo.

Los avances logrados en las técnicas de diagnóstico prenatal, permiten ahora detectar la presencia o ausencia de la enfermedad en épocas tempranas del embarazo; de esta manera la probabilidad se transforma en certeza y es posible programar el aborto selectivo de los productos afectados y el embarazo a término de aquellos que resulten normales.

Por lo que la última decisión a seguir incumbe sólo a la madre o a la pareja según sea el caso, y si estos decidieran guardar el feto a pesar del dictamen médico, no puede obligársele a abortar; pero si tomaran la determinación contraria la sociedad no puede forzarlos a tener hijos deformes, considerando que después se desentienden de ellos, y ni siquiera arbitra las medidas oportunas para la readaptación y habilitación adecuados de tan desgraciadas criaturas, cuyo nacimiento ha exigido y que arruinarán la vida de sus padres.

Dado que no es una absurda y nefasta pretensión racista la que subyace, como movil en la intervención con fines eugenésicos, sino el propósito de evitar sufrimientos a los seres por nacer, así como a los padres que son los que absorben la totalidad de las consecuencias de esta situación.

Cabe señalar, que la despenalización del aborto con fines eugenésicos, no obliga a nadie a realizarlo, pero permitirá hacerlo en buenas condiciones, pues, millones de mujeres sin recursos económicos arriesgan su vida, muchas de e-

llas perecen, por lo que considero, que el aborto con fines eugenésicos debe regularse ya.

CAPITULO CUARTO

ETIOLOGIA DEL ABORTO

El aborto es uno de los problemas sociales más anti---guos de la humanidad. Cientos de miles de mujeres abortan cada año. Miles mueren por abortos mal practicados y las -secuelas de éstos de cargan de por vida. Además, es un gra-ve problema de salud pública que debe enfrentarse con madu-rez porque también implica un serio problema de justicia so-cial: las que mueren o sufren complicaciones son mujeres --que no tienen los medios económicos para pagar el precio de un buen aborto ilegal. También hay que considerar el que -nazcan miles de niños en ambientes hostiles, sin las míni--mas condiciones afectivas para desarrollarse.

La interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable puede ser: espontáneo o provocado. En el primer ca-so, ocurre el aborto sin ayuda de fuerzas externas o arti-ficiales; en el segundo, es el resultado de maniobras cuyo objeto es interrumpir el embarazo. La diferencia entre am-bos reside en la intención. Dado que en el aborto espontá-neo no existe la voluntad humana de querer realizar una ac-ción delictuosa, no entra dentro del campo del Derecho Pe--nal, pero el que si es de la competencia de este, es el a--borto provocado, que puede dividirse en consentido o procu-rado, mismos que ya fueron objeto de estudio en el apartado anterior. Sin embargo, en el presente capítulo analizare--mos un tema por demás difícil de exponer: "La etiología de -las malformaciones congénitas".

Hace no muchos años la causa de las anomalías congénitas era totalmente desconocida. No se había podido señalar una relación causa-efecto de las anomalías fetales. "La -- identificación de la causa de una malformación sirve para -- conocer las posibilidades de repetición, es decir, su riesgo de recurrencia en la familia en estudio".⁶⁹

En la República Mexicana son varios los Estados miembros de su Federación, los que permiten la práctica del aborto con fines eugenésicos, excluyendolo de responsabilidad penal, cuando se tenga por objeto evitar el nacimiento de niños con graves defectos físicos y mentales que le impliquen invalidez o la muerte.

4.1. Malformaciones congénitas.

"Las malformaciones congénitas son defectos estructurales primarios que pueden afectar cualquier parte del organismo y acompañarse de otras alteraciones anatómicas, funcionales o ambas".⁷⁰ "En la actualidad, defectos de nacimiento, malformaciones y anomalías congénitas son términos que abarcan todo lo que se utiliza para describir los defectos del desarrollo que se encuentran al nacer".⁷¹ Por defecto al nacimiento se entiende: "toda aquella alteración orgánica o funcional, presente en el momento del nacimiento en forma notoria o latente, que impide la correcta adaptación al medio extrauterino en los aspectos biológicos, psíquicos y sociales; ocasionando muerte o incapacidad limitan

69.- GUTZAR VAZQUEZ, J. Jesús, Genética Clínica, Manual Moderno, México, 1988, p. 3

70.- Ibidem., p. 5

71.- MOORE, Keith L. Embriología clínica, 5a edición, (Tr. Jorge Orizaba Sarperio), Interanericana, México, 1995, p. 152

te para crecer y desarrollarse en las mejores condiciones⁷²
Los defectos estructurales que ocurren al momento del nacimiento pueden ser: en la superficie o dentro de él; aislados o múltiples; esporádicos o familiares. Sin embargo, muchas malformaciones congénitas no pueden descubrirse en el momento del nacimiento por muchos años hasta que los defectos estructurales alcanzan dimensiones patológicas e impiden las funciones corporales normales.

"Alrededor del 14 por ciento de los recién nacidos vivos tienen una malformación mayor única y el 0.7 por ciento múltiples malformaciones mayores y menores. La frecuencia de las malformaciones congénitas mayores es aproximadamente del 10 % de los mortinatos y aún más alta, más o menos del 15 por ciento en los primeros meses de gestación, pero estos fetos son abortados en la mayoría de los casos".⁷³

Las malformaciones congénitas constituyen, por la frecuencia y la repercusión socio-económica, un problema importante de salud pública. En los países en los que se ha logrado controlar las enfermedades más comunes de los niños como las infecciosas y nutricionales, la frecuencia relativa de las malformaciones congénitas ha aumentado considerablemente al grado de constituirse en esos países, la tercera causa de morbimortalidad en la infancia. Asimismo, en esos países el mayor número de camas de los hospitales pediátricos son ocupados por niños que tienen alguna malformación congénita. el fenómeno ya se observa en México, pues el 40 % de las camas de los hospitales que proporcionan atención médica de tercer nivel son ocupadas por estos ni--

72.- GUIZAR VAZQUEZ, J. Jesús, *Genética Clínica*, Op. cit., p 3

73.- LISKER, Rubén Y ARMENDARES, Salvador. *Introducción a la genética humana*, El manual moderno, México, 1994, p. 118

ños.

4.2. Causas de malformaciones congénitas.

Las causas de anomalías congénitas se suelen dividir en los siguientes factores: genéticos y ambientales. Sin embargo, muchas anomalías congénitas dependen de factores genéticos y ambientales que actúan en conjunto; se denomina herencia multifactorial.

4.2.1. Factores Genéticos.

La genética constituye un nuevo tema de discusiones éticas, pues al lograrse un relativo control de las enfermedades debidas a infecciones y mala nutrición, las dependientes de factores genéticos o afectadas por ellos se ha hecho más importantes, pues, las anomalías congénitas cuasan ahora alrededor de la cuarta parte de los fallecimientos neonatales, mientras que suponía menos del 2 % a comienzos del siglo, a pesar de que su incidencia se ha mantenido más o menos constante.⁷⁴

Los factores genéticos, son las causas más importantes de anomalías congénitas y aborto espontáneo; originando alrededor de una tercera parte de los defectos congénitos y cerca del 85 por ciento de las causas conocidas.

Estos factores pueden tener "carácter familiar", transmitiéndose de los miembros de una familia a otros por las -

74.- SCOPER, Gordon y WING, Antony, Problemas éticos en medicina, Doyma, España, 1983, - p. 48

leyes de Mendel, o por el contrario, aparecer de manera -- "accidental" en un gameto de los progenitores, pudiendo no repetirse. El mecanismo anormal que se inicia por un factor genético, puede ser idéntico o similar al mecanismo causal que se inicia por un teratógeno.

4.2.1.1. Anormalidades cromosómicas numéricas.

Todas las especies presentan un número de cromosomas característico. El número de cromosomas en la especie humana es de 46; 44 autosomas y 2 cromosomas sexuales; XX en la mujer y XY en el varón

La célula humana normal contiene 46 cromosomas y el gameto normal 23.

Los cambios en el número cromosómico corresponden tanto a aneuploidía como a poliploidía. Las poliploidías no son tan importantes como causa de malformación en los recién nacidos, pero sí repercuten en forma significativa en la reproducción humana, pues son causa de abortos tempranos

La aneuploidía se refiere a los casos de presencia de un cromosoma de más (trisomía) o de menos (monosomía).

Las aneuploidías constituyen el tipo de anormalidades cromosómicas más frecuentes en los seres humanos, ya que -- cerca de 0.5 por ciento de todos los recién nacidos son aneuploides, lo que significa que nace un aneuploide por cada 200 nacimientos. La mayoría de estos aneuploides tienen graves anomalías congénitas y retardo psicomotor.

Las aneuploidías más importantes son las siguientes:

TRISOMIA. Cuando hay un cromosoma adicional. Los niños con estos transtornos están gravemente afectados y con retraso mental; y por lo general mueren al comienzo de la infancia.

Las trisomías más frecuentes son:

Síndrome de Down (figura 4.1.) Su frecuencia es aproximadamente 1/650 en recién nacidos. El riesgo de recurrencia está principalmente en función de la edad materna (cuadro 4.1). La esperanza de vida al nacimiento es de 16.2 años y apenas 8 % de los pacientes sobreviven después de los 40 años.⁷⁵



Fig. 4.1. Fotografía - que muestra el aspecto facial típico relacionado - con el síndrome de Down. Nótese la cara plana y - ancha, las hendiduras palpebrales oblicuas. (Tomado de DOHERTY, Neil O; Atlas del recién nacido, - El manual moderno, México 1982,, p. 304)

75.- GUTZAR VAZQUEZ, J. Jesús, Genética Clínica, Op.cit. p. 295

| Cuadro 4.1 Riesgo de Síndrome de Down en función de la edad materna. | |
|--|------------|
| Edad | Frecuencia |
| 20 | 1/1,150 |
| 20 - 24 | 1/1,400 |
| 25 - 29 | 1/1,600 |
| 30 - 34 | 1/750 |
| 35 - 39 | 1/275 |
| 40 - 44 | 1/100 |
| 45 | 1/35 |

Síndrome de Edwards (figura 4.2.) Su frecuencia es de 1/8000 nacimientos. Existe una mayor afectación del sexo - femenino en proporción 4:1, así como una posmadurez en casi todos los caso (duración promedio del embarazo, 42 semanas) La esperanza de vida es de 2 a 3 meses para el varón y de 10 meses para los niños.⁷⁶

Síndrome de Patau (figura 4.3.). Ocurre con una frecuencia comprendida entre 1/10,000 a 1/20,000 y al igual -- que el Síndrome de Down y el Síndrome de Edwards, es dependiente de la edad materna. La esperanza de vida está drás-

76.- Ibid

ticamente reducida y es en un promedio de 130 días, aunque excepcionalmente la supervivencia puede ser mayor de 3 años.⁷⁷

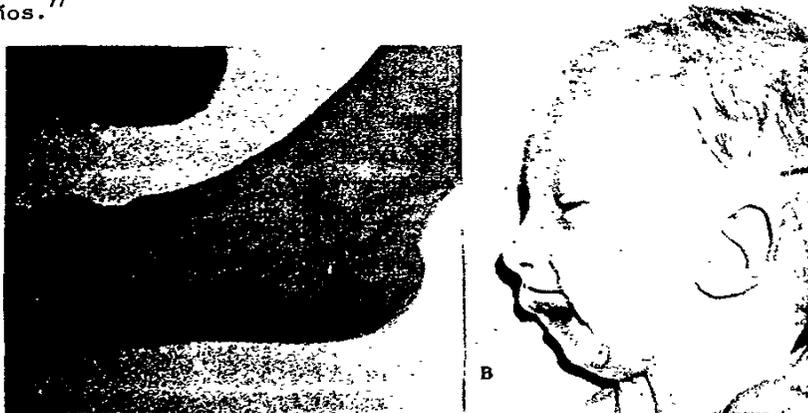


Fig. 4.2. Fotografías de un lactante con síndrome de Edwards, A Los denominados pies en mecedora, que muestran las prominencias posteriores de los talones, B Occipucio prominente y orejas malformadas. La mayoría de los fetos con síndrome de Edwards es abortada de manera espontánea. (Tomado de DOHERTY, Neil O; Atlas del recién nacido, Op.cit. p. 307)



Fig. 4.3. Fotografía de un lactante con síndrome de Patau. - Nótese el labio hendido bilateral, la frente inclinada. Este grave trastorno es mortal en casi la mitad de los recién nacidos vivos con este síndrome, dentro del primer mes. (Tomado de DOHERTY, Neil O, -- Atlas del recién nacido, Op. cit., p. 304)

La trisomía 16 es la primera causa de aborto espontáneo durante el primer trimestre.

MONOSOMIA. Si falta un cromosoma. Los embriones que pierden un cromosoma suelen morir; por tanto, las monosomías de autosomas son extremadamente raras en un sujeto vivo. Cuando menos, el 99 por ciento de los embriones a los que les falta un cromosoma sexual también mueren, siendo la segunda causa de aborto durante el primer trimestre. Pero algunos logran sobrevivir y desarrollan características del Síndrome de Turner (figura 4.4.). La incidencia de monosomía X o síndrome de Turner en recién nacidas es de uno en 2 500 aproximadamente.⁷⁸



Fig. 4.4. Niña con síndrome de Turner. Obsérvese el cuello membranoso. (Tomado de DOHERTY, Neil O., Atlas del recién nacido, Op. cit., p. 308)

78.- MOORE, Keith L., Embriología clínica, Op.cit., p 155

4.2.1.2. Anormalidades cromosómicas estructurales.

Las anomalías cromosómicas estructurales afectan a un cromosoma o más de uno y por lo común son consecuencia de las fracturas de los cromosomas, seguidas de la reconstitución, en una combinación anormal.

4.2.1.3. Malformaciones causadas por genes mutados

Los factores hereditarios o genes que determinan todas las características de las personas se encuentran por pares y están localizados en los 46 cromosomas característicos de la especie humana.

Los genes están constituidos por ácido desoxirribonucleico (DNA) y de hecho un gen es una porción de DNA que contiene la información específica para la síntesis de un polipéptido.

De esta manera los genes controlan la síntesis de todas las proteínas del organismo ya sea estructurales o enzimáticas. Cuando un gen muta, se altera la secuencia de aminoácidos del polipéptido y en consecuencia la función de la proteína correspondiente. La manifestación de esta anomalía genéticamente determinada puede ser una enfermedad metabólica, defectos funcionales en diversos órganos y sistemas o bien malformaciones congénitas.

Hay enfermedades en las que basta que se altere un solo gen para que la enfermedad se manifieste, a pesar de que el otro gen del par se encuentre normal: éstos se denominan autosómico dominante y se transmiten con un riesgo de recurrencia del 50 % por cada hijo. Algunos ejemplos son: la -

acondroplasia, el síndrome de Marfán, el síndrome de Crouzon, etc.

En otros casos, para que el sujeto manifieste la enfermedad o la alteración se necesita que ambos genes de un par sean anormales. Estas enfermedades se conocen con el nombre de autosómicas recesivas, los padres de los sujetos afectados son clínicamente sanos y los hijos tienen un riesgo de recurrencia del 25 %. Debido a que se necesita de -- que coincidan dos genes anormales del mismo par en un solo sujeto, para que se manifieste el padecimiento.

Hay otro grupo de enfermedades en las cuales el gen mutante se encuentra en alguno de los cromosomas sexuales, generalmente el ligado al cromosoma X. El ejemplo más conocido de una enfermedad recesiva ligada al cromosoma X es la hemofilia. Así pues, de las enfermedades ligadas al cromosoma X tenemos el síndrome de Goltz.

4.2.2 Factores Ambientales.

Hasta comienzos de la década de 1940 se aceptaba que los factores congénitos eran causados principalmente, por factores hereditarios. Con el descubrimiento de Gregg de que la rubeola que afectaba a la madre en los primeros meses de embarazo causaba anomalías en el embrión, se advirtió de pronto que los defectos congénitos en el ser humano podían también ser causados por factores ambientales. Asimismo, los efectos de las radiaciones ya sospechadas, pero confirmadas pocos años después, con los trágicos sucesos que pusieron fin a la Segunda Guerra Mundial, vinieron a reafirmar los efectos dañinos de los factores ambientales en el feto. Finalmente, la triste experiencia de la talidomi-

da, y de otras drogas, aunque no tan catastróficas no por eso carentes de importancia han dado plena actualidad a el problema que hoy nos ocupa. Alrededor de un 70 % de todos los defectos ambientales tienen entre sus causas un factor de tipo ambiental.

Todos los agentes ambientales capaces de desviar el desarrollo hacia la anormalidad, son considerados teratógenos en algunos su acción será muy directa y clara como las mencionadas anteriormente y en cambio en otros su acción será sutil como la repercusión de los factores socioeconómicos.

4.2.2.1. Período crítico en el ser humano.

Durante el desarrollo, hay periodos de sensibilidad para cada tejido, órgano o sistema. En estas épocas, el tejido se encuentra más vulnerable a las acciones de teratógenos que son agentes que producen defectos congénitos o incrementan la incidencia de malformaciones en la población. Además, la susceptibilidad a los teratógenos depende de la etapa de desarrollo del embrión.

En las 2 primeras semanas del desarrollo, los teratógenos suelen causar la muerte del embrión. Durante el período embrionario (15 - 60 días) puede originar defectos congénitos principales, y en el período fetal causar anomalías estructurales y funcionales.

Cada parte, cada órgano del embrión tiene un periodo crítico durante el cual puede alterarse su desarrollo (figura 4.5.). El tipo de alteración producida depende de la susceptibilidad de cada órgano al momento en que el teratógeno está actuando.

La susceptibilidad a los teratógenos varía según la etapa de desarrollo en el momento de la exposición. El período más sensible en la inducción de defectos de nacimiento es de la tercera a la octava semana de la gestación, es decir, el período de la embriogénesis. Sin embargo, cada sistema orgánico puede tener una etapa o más de susceptibilidad. Ahora bien, en tanto que la mayoría de las anomalías se originan durante el período de embriogénesis, antes o después de esta etapa pueden producirse defectos de manera que ningún período de desarrollo anormal depende de la dosis y el tiempo de exposición a un teratógeno.⁷⁹

4.2.2.2. Teratógenos en el hombre y anomalías congénitas.

Todos los agentes ambientales capaces de desviar el desarrollo hacia la anormalidad, son agentes considerados teratógenos. "Un teratógeno es cualquier agente que produce una anomalía congénita o aumenta la frecuencia de una anomalía en la población".⁸⁰ Cabe señalar, que la susceptibilidad a la teratogénesis depende del genotipo del producto de la concepción y de la manera en que esta composición genética interactúa con el medio. También es importante el genoma materno con respecto al metabolismo de la droga, su resistencia a la infección y otros procesos bioquímicos y moleculares que pueden incidir sobre el proceso.

El reconocimiento de los teratógenos humanos ofrece la oportunidad de prevenir algunas malformaciones (cuadro 4.2)

79.- MOORE, Keith L. Embriología Clínica, Op.cit., pp. 165 a 168.

80.- Ibidem., p. 164

| Cuadro 4.2. Teratógenos que se sabe causan defectos en el humano | |
|--|---|
| Agentes | Anomalías congénitas más comunes |
| FÁRMACOS O DROGAS | |
| Ácido valproico | Anomalías craneofaciales; <u>DIN</u> , con frecuencia hidrocefalia; defectos cardíacos y del esqueleto. |
| Alcohol | Síndrome de alcoholismo fetal (SAF); retraso de crecimiento intrauterino (RCIU), retraso mental, microcefalia; anomalías oculares; anomalías articulares, hendiduras palpebrales estrechas. |
| Andrógenos y dosis altas de progestágenos | Grados variables de masculinización de femeninos; genitales externos ambiguos que originan fusión labial e hipertrofia del clítoris. |
| Aminoptericina | RCIU; defectos esqueléticos; malformaciones del sistema nervioso central, en especial meningoencefalia (ausencia mayor del cerebro). |
| Busulfán | Disminución de crecimiento; anomalías esqueléticas; opacidades corneales; paladar hendido; hipoplasia de diversos órganos. |
| Carbonato de litio | Diversas anomalías que suelen incluir corazón y grandes vasos. |
| Cocaína | RCIU; microcefalia; infarto cerebral; anomalías urogenitales; alteraciones neuroconductuales. |
| Dietilestilbestrol | Anomalías del útero y vagina; erosiones cervicales y rebordes. |
| Fenitoína | Síndrome fetal por hidantoína (SFH); RCIU; microcefalia; retraso mental; puente nasal ancho deprimido. |
| Isotretinoína | Anomalías craneofaciales; defectos del tubo neural (DIN), como espina bífida quística; defectos cardiovasculares. |
| Metrotrexato | Malformaciones múltiples, en especial de esqueleto, que incluye cara, cráneo, miembros y columna vertebral. |
| Talidomida | Desarrollo anormal de miembros, por ejemplo meromelia (ausencia parcial) y amelia (ausencia total); anomalías faciales; anomalías sistémicas, por ejemplo defectos cardíacos y renales. |
| Tetraciclina Warfarina | Tinción dental; hipoplasia del esmalte Hipoplasia nasal; anomalías oculares; retraso mental. |

| SUSTANCIAS QUIMICAS | |
|---|--|
| Bifenilos policlorados (BFC) Metilmercurio | RCIU; cambio de coloración de la piel. Atrofia cerebral, espasticidad; convulsiones; retraso mental. |
| INFECCIONES | |
| Citomegalovirus | Microcefalia; coriorretinitis; pérdida sensorineural; retraso del desarrollo psicomotor y mental; hidrocefalia, parálisis cerebral, calcificación cerebral (periventricular). |
| Parvovirus humano B 19 | Defectos oculares; alteraciones degenerativas en tejidos fetales. |
| Toxoplasma gondii | Microcefalia; retraso mental; microftalmía hidrocefalia, calcificaciones cerebrales. |
| Treponema pallidum | Hidrocefalia; sordera congénita; retraso mental; dientes y huesos anormales. |
| Virus de la encefalitis equina venezolana | Microcefalia; microftalmía; agenesia cerebral, necrosis de SNC; hidrocefalia. |
| Virus de la inmunodeficiencia humana (HIV) | Falta de crecimiento; microcefalia; frente prominente en caja; puente nasal aplanado; hipertelorismo; labios abiertos. |
| Virus de la rubeola | RCIU; retraso del crecimiento posnatal; - malformaciones cardiacas y de grandes vasos microcefalia; sordera sensorineural, catarata; microftalmos; glaucoma; retinopatía pigmentada; retraso mental; hemorragia de recién nacido; hepatosplenomegalia; osteopatía. |
| Virus de la varicela | Cicatrices cutáneas (distribución dermatomal); anomalías neurológicas (paresia de miembros, hidrocefalia,, convulsiones, etc); cataratas; microftalmía; síndrome de Horner; atrofia óptica; nistagno; microcefalia; retraso mental; anomalías esqueléticas (hipoplasia de miembros, dedos de manos y de pies, etc.); anomalías urogenitales. |
| Virus del herpes simple. | Vesículas y cicatrices en la piel; coriorretinitis; hepatomegalia; trombocitopenia; petequias; anemia hemolítica, hidranencefalia. |
| DOSES ALTAS DE RADIACION IONIZANTE | Microcefalia; retraso mental,, anomalías esqueléticas. |

(Tomado de MOORE, Keith L. Embriología Clínica, Op. cit., p. 159)

Por ejemplo, si las mujeres están informadas de los efectos dañinos del alcohol y de algunos virus, la mayoría de ellas evitará exponer sus embriones a estos agentes.

4.2.2.3. Fármacos, drogas y sustancias químicas como - teratógenos.

En la actualidad se ha demostrado que algunos medicamentos son teratógenos y se sospecha que varios más lo sean. Sin embargo, "es difícil determinar si un fármaco, produce o no anomalías. El mejor consejo es no tomar ningún fármaco excepto que haya una buena razón para hacerlo, en cuyo caso, en general son pocas las alternativas. El momento más peligroso es el primer trimestre del embarazo". -- Así, los defectos de algunos medicamentos maternos son los que se enuncian en el cuadro 4.3.

La razón de esta precaución es que aunque estudios --- bien controlados de ciertas drogas (por ejemplo: marihuana) no demuestran riesgo como teratógenos para los embriones humanos, perjudican al embrión con disminución de bajo peso - al nacer.

En relación a los agentes químicos, la exposición a metales pesados, solventes industriales y pesticidas, es tóxica para el organismo en desarrollo y la ingesta excesiva de alcohol es nociva para el embrión. "La frecuencia en madres con alcoholismo importante es de 20 a 40 % y la mortalidad perinatal es de casi 20 por ciento. No se conoce la

81.- SIBBLE, S.J. Y N.R.C., Robertson, Ginecología, Obstetricia y el recién nacido. (Tr. Carlos E. Casacuberta Zaffaroni), El manual moderno, México, 1985, p. 11

Cuadro 4.3. Efectos de los diferentes medicaciones maternas sobre el niño.

| Medicación materna | Efectos en el niño |
|------------------------|--|
| Talidomida | Focomelia |
| Dicumarol | Muerte fetal, hemorragia |
| Nicotina | Dismadurez |
| Fenobarbital | Hemorragias neonatales |
| Reserpina | Letargia, congestión nasal |
| Progestógenos | Virilización |
| Andrógenos | Idem |
| Propiliouracilo | Bocio y retraso mental |
| Ioduro potásico | Idem, ídem |
| Aminopterina | Anomalías múltiples, aborto |
| Cloro, bucil | Idem, ídem |
| Tetraciclinas | Inhibición del cabello óseo |
| Sulfamidas | Fotericia nuclear |
| Vitamina K (en exceso) | Hiperbilirrubinemia |
| Salicilatos | Hemorragias neonatales |
| Cloranfenicol | Síndrome de Gray, muerte |
| Vacuna | Vacuna fetal |
| Diuréticos (en exceso) | Transtornos electrolícos neo- natales |

concentración de alcohol peligrosa durante el embarazo; sin embargo es posible que exista una relación entre la grave--

dad de las manifestaciones clínicas y el grado de alcoholismo materno, pues en bebedores moderados la frecuencia de recién nacidos con datos clínicos de este síndrome es de 10 por ciento. Se ha llegado a la conclusión de que el alcohol es el teratógeno químico más común".⁸² Además, el consumo de alcohol puede a causar en el embrión el síndrome de alcoholismo fetal (figura 4.6.).



Fig. 4.6. Este niño de nueve años de edad tiene las características comunes de síndrome de alcoholismo fetal (SAF). Observense los ojos muy separados, hendiduras palpebrales estrechas, filtrum largo y labio superior delgado. Tiene un transtorno de falta de atención con hiperactividad y retraso mental leve. Su madre bebió de manera intensa durante todo su embarazo. (Tomado de MOORE, Keith L. Embriología clínica, Op. cit., p. 170)

82.- JASSO, Luis, Neonatología práctica, 4a edición, El manual moderno, México, 1996, p. 373.

4.2.2.4. Agentes infecciosos como teratógenos

Diversos agentes infecciosos pueden afectar el desarrollo y el crecimiento del feto, a través de dos mecanismos distintos:

a) Si la infección tiene lugar durante el periodo embrionario puede producirse una alteración de la organogénesis que causa auténticas malformaciones (embriopatías).

b) La infección a lo largo del periodo fetal puede alterar el crecimiento y desarrollo posterior del feto en su conjunto, y puede producir a procesos infecciosos generales que sean evidentes en el nacimiento (fenopatías).

Estas dos manifestaciones se superponen en cierta medida, si bien hay agentes infecciosos, como el virus de la rubéola, que al actuar específicamente durante la fase embrionaria son capaces de desviar la embriogénesis normal, y -- mientras que otros, como la citomegalia, lo hacen especialmente durante la fase fetal.⁸³

El virus de la rubéola es un agente teratógeno que causa el síndrome de rubéola congénita. La susceptibilidad -- del embrión está en relación a la edad gestacional en el momento de la infección materna. En general se acepta que el riesgo de que el embrión está afectado es del 50 % si la infección se produce en el primer mes de embarazo, del 22 % -- si es en el segundo y de 6 a 10 % si es en el tercero. El patrón de malformaciones es característico e incluye: car--

83.- CARRERA MACIA, J.M., Biología y ecología fetal, Salvat, México, 1961, p. 468

diopatía congénita, cataratas, sordera, microcefalia y retardo mental (figura 4.7.)



Fig. 4.7. Fotografía de una niña que muestra las características de malformaciones causadas por el virus de la rubéola. Cataratas, sordera. (Tomado de DOHERTY, Neil O., Atlas del recién nacido, Op.cit, p. 236)

El virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), que causa el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), es un problema de salud pública mayor en todo el mundo. Hasta la fecha no hay tratamiento para esta enfermedad, cuya prevalencia aumentó en mujeres en edad de procreación. Algunas de las anomalías congénitas que produce son: falta de crecimiento y microcefalia⁸⁴

Se sospecha que otros virus también sean capaces de causar defectos congénitos, sin embargo, es difícil distinguir entre el efecto del virus, el de la hipertermia y el de los medicamentos ingeridos por el tratamiento de la infección.

84.- MOORE, Keith L., Embriología clínica, Op.cit., p 178

4.2.2.5. Radiaciones como teratógenos.

En el pasado se administraron de manera inadvertida -- grandes cantidades de radiaciones ionizantes (de cientos a varios miles de rads) a embriones y fetos de mujeres embarazadas que tenían cancer en el cuello uterino. En todos los casos sus embriones fueron deformados gravemente o fallecieron. Se observaron microcefalia, espina bífida quística, paladar hendido, anomalías esqueléticas y viscerales y retardo mental. El desarrollo del sistema nervioso central -- casi siempre fue afectado.

La exposición a radiaciones ionizantes puede lesionar las células embrionarias, produciendo muerte celular, daño cromosómico y retardo del desarrollo mental y crecimiento físico. La gravedad del daño embrionario está relacionado con la dosis absorbida, la proporción de la dosis y la etapa de desarrollo embrionario o fetal cuando ocurrió la exposición. Observaciones en supervivientes japoneses de la -- bomba atómica sugieren que el periodo de mayor sensibilidad al daño por radiación del cerebro que origina retraso mental grave es de 8 a 16 semanas después de la fecundación.

Asimismo, se acepta por lo general que grandes dosis -- de radiaciones (por arriba de 25 000 milirads) son dañinas para el desarrollo del sistema nervioso central.⁸⁵

4.2.2.6 Factores mecánicos como deformación

85.- *Ibidem*, p. 179

El desarrollo fetal normal puede alterarse por la acción de fuerzas mecánicas aberrantes. Así, en los embriones múltiples la incidencia de malformaciones es más alta que en los embarazos únicos, ya sea por procesos de gemelalidad mismo o por falta de espacio intrauterino.

Otro ejemplo es la luxación congénita de caderas y el pie zambo tienen su origen en fuerzas mecánicas, sobre todo en el útero malformado. Tales malformaciones pueden estar causadas por cualquier factor que restrinja la movilidad del feto, y por lo tanto causarle una prolongada comprensión en una postura anormal.

La reducción significativa del líquido amniótico (oligo hidramnios) puede producir anomalías inducidas mecánicamente de las extremidades fetales, como por ejemplo, la hiperextensión de rodilla.⁸⁶

4.2.3. Herencia Multifactorial.

Casi la mitad de las malformaciones congénitas (46 %) tienen una etiología multifactorial, implicándose en su origen factores genéticos y ambientales. La mayoría de las malformaciones únicas más comunes son debidas a este tipo de herencia y entre ellas se encuentra el labio leporino y paladar hendido, los defectos del cierre del tubo neural (a nencefalia, miel ameningocele), la luxación congénita de cadera, el pie bott, etc. Algunas de estas malformaciones pueden ocurrir también como parte del fenotipo presente en algunos síndromes determinados por herencia de un gen, anor

86.- *Ibidem.*, p. 180

malidades cromosómicas, de algún teratógeno ambiental o de etiología desconocida.⁸⁷

87.- Ibid.

adecuado, que pasará por el estudio de los factores implicados en su aparición, riesgo de recurrencia y medios disponibles para su posible diagnóstico prenatal. Asimismo, los avances logrados en las técnicas de diagnóstico prenatal -- permiten detectar la presencia o ausencia de la enfermedad en épocas tempranas del embarazo; de esta manera la probabilidad se transforma en certeza y es posible programar el aborto selectivo de los productos afectados y el embarazo a término de aquellos que resulten normales. De este modo la decisión final podrá ser tomada por la mujer o la pareja según sea el caso, con un correcto conocimiento de causa.

Ahora bien, aún cuando en el 2 % de los hijos de padres absolutamente sanos, se descubrirán alteraciones congénitas de algún tipo, en la mayoría de ocasiones estos trastornos tienen lugar en grupos de embarazos que podríamos considerar como de "alto riesgo malformativo".

En este grupo pueden reconocerse uno o varios de los siguientes factores:

1. Edad materna avanzada y edad paterna.
2. Padres portadores de una anomalía cromosómica.
3. Hijo anterior con Síndrome de Down.
4. Hijo previo con una enfermedad ligada al X
5. Historia familiar de trastornos metabólicos innatos.
6. Historia familiar de malformaciones (especialmente del tubo neural)
7. Exposición de factores teratógenos durante el primer trimestre de la gestación.
8. Infertilidad y esterilidad previa.
9. Polihidromnios y oligoamnios
10. Enfermedad crónica deteriorante materna

En todas estas circunstancias está indicada una vigilancia fetal mayor que la habitual, y en algunos casos, la valoración por medio de estudios especiales como la amniocentesis, la radiología, la fetoscopia, el ultrasonido, --- etc., mismos que estudiaremos más adelante.

1. Edad materna avanzada y edad paterna

Aproximadamente una cuarta parte de los niños con síndrome de Down son hijos de madres de más de 40 años. No se ha observado relación con la edad paterna, sin embargo, esta predispone la aparición de síndromes malformativos

Cabe señalar, que no existe una franca línea divisoria a partir de la cual, la edad de la madre deba ser considerada como "avanzada", pero en muchos centros se emplea como - criterio la edad de 35 a 37 años.

2. Padres portadores de una anomalía cromosómica

Cuando uno de los padres es el portador de una translocación cromosómica (equilibrada). El riesgo de que nazca - un hijo con una translocación equilibrada depende del padre afectado y del tipo de translocación.

El ejemplo más frecuente de translocación equilibrada, es el síndrome de Down familiar. Las mujeres portadoras de esta translocación equilibrada transmite el cromosoma translocado de tal forma que un 10 a 15 % de sus hijos presentan el síndrome de Down, mientras que el riesgo que tienen los hombres de transmitir el cromosoma translocado a su descen-

cia es comparativamente menor de 5 a 10 % ⁸⁸

3 Hijo anterior con Síndrome de Down

Las mujeres que previamente han tenido un hijo con síndrome de Down, tienen un riesgo de recurrencia de aproximadamente 1 a 2 %, con independencia de la edad de la madre, pues, muchas familias suelen temer el embarazo, y es por ello que muchos centros ofrecen la posibilidad del diagnóstico prenatal en el caso de nuevas gestaciones.

Además, el riesgo es 50 veces mayor si la madre tenía al dar a luz un hijo con Síndrome de Down, menos de 25 años y de 5 veces si tenía entre 25 y 35 años.

4. Hijo anterior con una enfermedad ligada al X

En todas estas enfermedades resultan afectados aproximadamente 50 % de todos los hijos varones, mientras que las hijas son sanas (aún que actúen como portadoras).

5 Historia familiar de trastornos metabólicos innatos

Ante una historia familiar de trastornos bioquímicos o metabólicos congénitos está indicado, ante todo, averiguar si los padres son portadores. Si puede demostrarse mediante cultivo de tejidos, que ambos padres lo son, es acon-

88.- CAPLAN M.D., Ronald M. Y SWEENEY, William, Avances en Obstetricia y Ginecología, — Expans, España, 1982, pp. 139 y 140.

sejable el estudio prenatal en todos los embarazos para detectar un hijo homocigoto afectado. Efectivamente, en la mayoría de los errores innatos del metabolismo el tipo de herencia es la autosómica recesiva.

Cuando un individuo portador se casa con otro portador del mismo gen mutante, 25 % de los descendientes resultarán afectados; 50 % serán portadores sanos (como sus padres), y el 25 % restantes no serán afectados ni portadores. El riesgo de tener otro hijo afectado sigue siendo de 25 % para los sucesivos embarazos.

6 Historia familiar de malformaciones

Una historia familiar muy cargada de alteraciones congénitas o malformaciones puede ser debido a:

a) Una herencia autosómica dominante;

b) Factores étnicos o geográficos que ocurran en la mencionada familia. Tal es el caso, por ejemplo, de una mayor incidencia de mielomeningocele y espina bífida en los norirlandeses y escoses.

Toda vez que los individuos con un defecto en el tubo neural presentan un riesgo de 4 a 5 % de tener familiares de primer grado con el mismo defecto, está indicado intentar el diagnóstico prenatal en los embarazos de sus hijos o de sus hermanos.

7 Exposición a factores teratógenos durante el primer trimestre

Estos teratógenos, pueden ser, en términos generales, de tres tipos:

- a) Farmacológicos
- b) Infecciosos
- c) Radiactivos

8 Infertilidad y esterilidad previa

Los defectos congénitos son sólo un aspecto del fracaso de la reproducción. Por esta razón, debe ser sometido a especial vigilancia todo feto gestado después de una historia de abortos o pérdidas fetales habituales.

9 Polihidramnios y oligoamnios

Tanto el exceso como el déficit de líquido amniótico - deben hacer sospechar una malformación fetal durante la gestación.

El polihidramnios suele asociarse a dos tipos de malformaciones: anencefalia y obstrucción digestiva.

El oligoamnios es frecuente en los casos en que el feto no emite orina en cantidad normal; por ejemplo, en la agenesis renal, lesiones obstructivas del conducto urinario, riñones poliústicos, etc. Muchos de estos fetos tienen, al nacer un síndrome de Potter.

En conjunto puede decirse que 40 % de los fetos que se asocian a polihidramnios presentan anomalías congénitas, y aquellos que no lo poseen aquejan incluso una elevada tasa de mortalidad

10 Enfermedad crónica deteriorante materna

Especialmente deben vigilarse las gestaciones de mujeres con diabetes y distiroidismos.

En diabéticos, se han descrito mayor incidencia de anencefalia y displasias caudales.

En cambio, en los casos de hiper e hipotiroidismo, se ha observado mayor incidencia de abortos.⁸⁹

Gracias a los nuevos procedimientos introducidos en medicina, el feto es cada vez más accesible.

Las técnicas utilizadas en el diagnóstico prenatal se dividen en:

- A) Métodos no invasivos; y
- B) Métodos invasivos.

5.1.1. Métodos no invasivos

5.1.1.1. Ecografía

Las imágenes que ofrece la ecografía sobre la anatomía fetal permiten la detección de anomalías esqueléticas, defectos del crecimiento, defectos del tubo neural, alteraciones estructurales, etc., en un porcentaje elevado de casos.

89.- CARRERA MOTA J. M., Biología y ecología fetal, Op. cit., pp. 769 a 773.

Las ventajas de la ecografía son múltiples, pues, la calidad de las imágenes cada vez mayor a medida que se perfeccionan los aparatos, lo que permite acceder al diagnóstico del 95 % de las malformaciones internas y externas del feto; y comodidad para la paciente, cuya única obligación es tener bien llena la vejiga, y permite reiterar las exploraciones y seguir la evolución de una malformación.⁹⁰

5.1.1.2. Alfafetoproteína en suero materno

La cuantificación de la AFP (Alfafetoproteína) en la sangre de las mujeres durante el primer trimestre del embarazo es útil para proporcionar información sobre el estado del feto. Se encuentra elevada, cuando el producto tiene un defecto en el cierre del tubo neural como la anencefalia o el meningomielocelo.

La frecuencia de anencefalia en México es, aproximadamente de una en 400 nacimientos y, cuando la pareja ya ha tenido un hijo afectado, la posibilidad de que se repita es del 5 por ciento. La elevación o disminución de los niveles de AFP en la sangre materna ha sido observada también en otras alteraciones como el Síndrome de Down.⁹¹

5.1.1.3. Rayos X

Hasta el momento la radiografía ha sido un método am--

90.- ALTIERRIBA, J. Esteban, *Obstetricia*, Salvat, México, 1990, p. 113.

91.- LISKER, Rubén Y ARMENDARES, Salvador, Introducción a la genética humana, Op. cit., p.p. 230 y 231

pliamente utilizado en obstetricia, pues auxilia al clínico en el diagnóstico de numerosos cuadros patológicos propios del embarazo. Así también, mediante esta técnica es posible ver algunas malformaciones somáticas si afectan al esqueleto. Sin embargo, actualmente su uso se ha limitado ante el temor exagerado que existe acerca de que las radiaciones pueden ejercer un efecto teratógeno en el feto.

El grado de radiación al realizar el estudio habitual y su efecto son inocuos al feto cuando se emplean durante el último trimestre del embarazo; asimismo, es recomendable restringir su uso en el segundo trimestre y está contraindicado en el primero, porque puede interferir con el desarrollo fetal.

Mediante el empleo de esta técnica es posible diagnosticar las siguientes anomalías fetales:

- Hidrocéfalo
- Anencefalia
- Espina bifida
- Osteogénesis imperfecta

5.1.1.4. Ultrasonido

El ultrasonido es un estudio no invasivo y es muy útil pues permite la localización de la placenta, sirve como guía para la toma de vellosidades coronarias o la fetoscopia, y permite el diagnóstico de algunas malformaciones congénitas como los defectos del cierre del tubo neural, la anencefalia puede diagnosticarse a la 14a semana de gestación. También se diagnostican encefalocelos, espina bífida e hidrocefalia. Además, es útil para diagnosticar embarazos gemelares y para estimar la edad gestacional del produc

to.

5.1.2. Métodos invasivos

5.1.2.1. Amniocentesis

El estudio del líquido amniótico obtenido por amniocentesis es el procedimiento más usado en la actualidad. Consiste en llevar a cabo, hacia la décima cuarta a décima sexta semana de la gestación, una punción transabdominal, después de la utilización de la placenta por ultrasonografía, para no hierla y no provocar hemorragia o inducir un aborto (figura 5.1.). Se aspiran 20 a 25 ml de líquido amniótico en el que se encuentran las células descamativas que proceden del feto en desarrollo.⁹²

El momento idóneo para practicarla es entre la semana 8 y 12 de gestación, aunque con la vía transabdominal también pueden realizarse biopsias placentarias en el segundo y tercer trimestres. Además, este procedimiento permite la obtención de resultados tan rápidos como en 24 a 48 horas. El riesgo de pérdidas fetales es aproximadamente de un 3 %; pero se debe tener presente que el riesgo de aborto natural en esta etapa precoz de la gestación es alto, y por lo tanto, se debe comparar con el riesgo de la amniocentesis practicada a las 16 semanas.

92.- SALAMANCA GOMEZ, Fabio, Citogenética humana, Panamericana, México, 1993, pp. 304 y 305

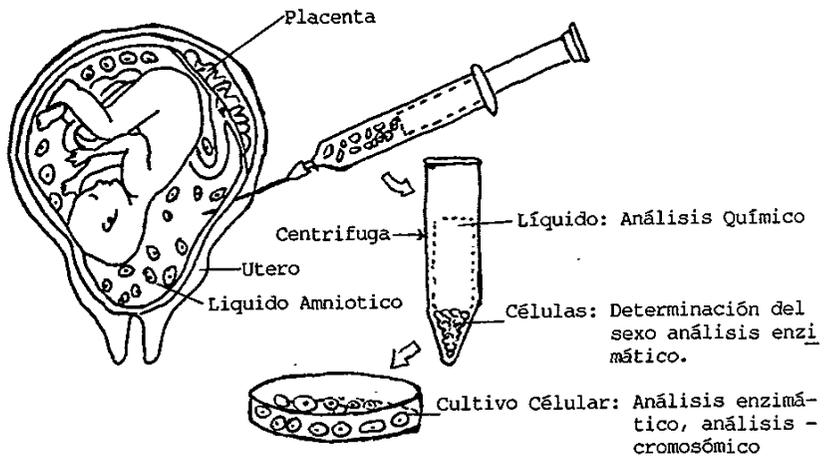


Figura 5.1. Técnicas de amniocentesis para realizar diagnóstico prenatal

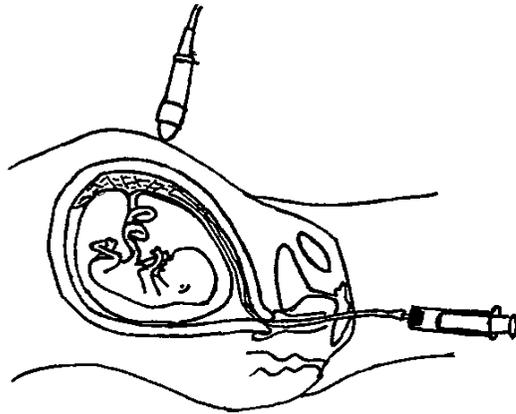
5.1.2.2. Biopsia corial

Consiste en la obtención de vellosidades coriales mediante pinzas de biopsia o aspiración con aguja (figura -- 5.2.).

Se puede obtener muestras de vellosidades coriónicas al insertar una aguja guiada por ultrasonografía, a través de las paredes abdominal y uterina de la madre hacia la cavidad uterina. La vía de acceso puede ser transvaginal o --

transabdominal.

Figura 5.2. Técnicas de Biopsia corial.



La biopsia de vellosidades coriales permite un diagnóstico prenatal más temprano y más rápido que la amniocentesis y esto ofrece grandes ventajas, tanto desde el punto de vista psicológico como desde el punto de vista de las complicaciones maternas. Hacia la octava semana de gestación, la pareja y particularmente la madre, tienen vínculos psicológicos y afectivos menos intensos con el embarazo que las que se van produciendo a medida que la edad gestacional avanza. Además, el aborto a la octava semana de gestación -

tiene menos complicaciones y riesgos para la madre que en edades gestacionales posteriores. Por ello, su uso se está ampliando en los últimos años y se piensa que en el futuro será el método de diagnóstico prenatal por excelencia. Sin embargo, la amniocentesis continúa teniendo validez durante el segundo trimestre, especialmente en el diagnóstico de -- las anomalías del tubo neural, lo que no es viable en las -- vellosidades coriales. Por otro lado, cuando la biopsia co -- rial fracasa, siempre puede recurrirse al estudio del líqui -- do amniótico; en este sentido ambas técnicas se complemen -- tan.

5.1.2.3. Fetoscopia

"La fetoscopia consiste en observar el feto a través -- de una fibra óptica pasada por una aguja a la cavidad amnió -- tica. El procedimiento permite el diagnóstico de malforma -- ciones congénitas externas por la inspección visual del pro -- ducto, pero también mediante la toma de sangre o de biop --- sias de la piel o del hígado".⁹³ (figura 5.3.). La fetos -- copia tiene tres finalidades:

1. Visualización del feto.
2. Toma de sangre fetal.
3. Toma de biopsia fetal.

Utilizando esta técnica "es posible examinar a un feto en su totalidad, buscando anomalías morfológicas tales como labio leporino o paladar hendido, malformaciones de los --- miembros o deformidades auriculares que pueden dar la pista de la existencia de un síndrome genético".⁹⁴ Cabe señalar,

93.- SALAMANCA GOMEZ, Fabio, Citogenética humana, Op. cit., p 308

94.- THOMPSON M. D., James S. Y THOMPSON, Margaret, Genética médica, 3a edición, Salvat, México, 1985, p. 396.

que mediante esta técnica, sólo una parte muy pequeña del -
feto puede ser vista a la vez.

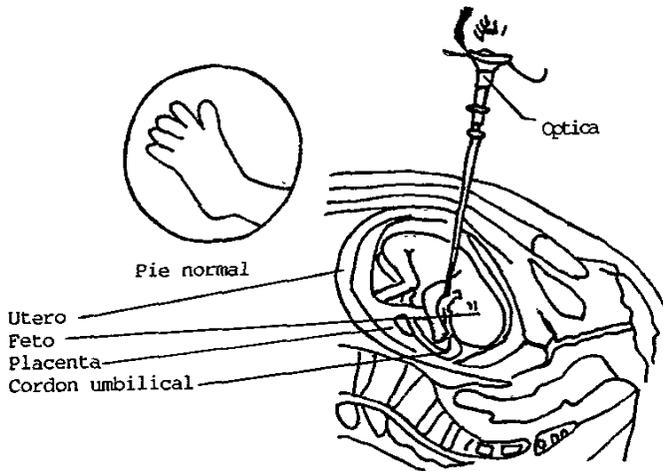


Figura 5. 3. Fetoscopia.

5.1.2.4. Embrioscopia

Consiste en introducir un sistema óptico a través del
cuello uterino desde la novena semana para poder ver el em-
brión a través de las membranas ovulares, bajo el control -
ecográfico.

El momento de exploración se sitúa entre la 9a y la --
lla semana.

Se visualiza todo el embrión, en particular las extremidades, y se diferencian perfectamente la forma de las manos y de los pies y el número de dedos.

Por lo tanto las indicaciones son:

Algunas malformaciones de las extremidades:

- Amelia
- Focomelia
- Síndrome de Roberts

Esta técnica permite un diagnóstico de una precisión excepcional y facilita a la pareja la adopción de una decisión muy precoz en el embarazo y permite la realización de interrupción del embarazo por simple aspiración en la 10a semana de embarazo.

5.1.2.5. Amniografía

La amniografía es un procedimiento que consiste en "la introducción del material radiopaco no irritante en la cavidad amniótica a través de una amniocentesis para diagnosticar algunos problemas obstétricos, sobre todo de naturaleza fetal". Este tipo de procedimiento se realiza por lo regular entre las semanas 15 a 18 de embarazo en mujeres en quienes se sospecha fetos con defectos del tubo neural o de otras malformaciones congénitas graves.

95.- MONDRAGON CASTRO, Hector, Obstetricia básica ilustrada, Trillas, México, 1992, p. 510.

5.2. Consejo Genetico

En la prevención de las malformaciones congénitas y de los síndromes hereditarios, el asesoramiento genético también llamado consejo genético juega un papel preponderante, y consiste "en proporcionar a la pareja adecuada información sobre el curso, evolución y pronóstico del padecimiento o la malformación, así como en establecer, en forma clara, cuáles son los riesgos de su aparición o recurrencia. Además, debe proporcionarse la información sobre si el padecimiento es diagnosticable tempranamente in utero".⁹⁶

El consejo genético ha de permanecer como mero asesoramiento voluntario que informa a las parejas sobre los eventuales riesgos genéticos de su posible prole futura, tras un serio y detenido análisis de los problemas que pueden estar implicados. Pero nunca debe imponerse obligatoriamente sino que, por el contrario, debe respetar las decisiones individuales, libres y responsables, de la pareja.

Con esta idea bien presente, para dar un consejo adecuado, lo primero que ha de establecerse es un diagnóstico preciso sobre el material genético de la familia.

La naturaleza y claridad de la información dada ha de adoptarse al nivel de formación de los padres y al ambiente en que estos se desenvuelvan, pero siempre ha de resultar lo suficientemente comprensible para que tengan el conocimiento preciso sobre las posibles consecuencias -positivas y negativas- y pueda así tomar una decisión verdaderamente responsable.⁹⁷

96.- SALAMANCA GOMEZ, Fabio, Citogenetica humana, Op.cit., p. 287

97.- RAMIREZ, Jesús Martín, Biología y personalidad, Científica-Médica, España, 1986, p. 111.

La importancia del consejo genético se acrecienta si se toma en cuenta como ya se indicó, que en los últimos años el control de las enfermedades infecciosas y la mejoría de las condiciones nutricionales en algunas zonas del mundo ha significado la disminución de la mortalidad infantil, además, se ha presentado simultáneamente un incremento relativo en la mortalidad de neonatos y niños por malformaciones congénitas. Durante el primer año de vida una de cada cinco muertes es debida a malformaciones congénitas. En promedio, cerca del 6 por ciento de los recién nacidos presentan alguna malformación, de los cuales las más graves son los defectos del sistema nervioso central, los del aparato cardiovascular, y por el importante retardo psicomotor que ocasionan las debidas a las aberraciones cromosómicas y a los errores innatos del metabolismo.⁹⁸

98.- SALAMANCA GOMEZ, FABIO, Citogenética humana, Op. cit., p. 287

CAPITULO SEXTO

ANALISIS DEL PORQUE SE PLANTEA LA REGULACION DE LA PRACTICA LEGAL DEL ABORTO CON FINES EUGENESICOS

Se denomina "eugénico o eugenésico el aborto que ha sido indicado médicamente por existir razones que justifican la expectación de un defecto fetal somático o psíquico incurable, debido a la herencia mórbida transmisible de uno o de ambos padres a causa de un daño ocasionado durante el embarazo".⁹⁹

El aborto con fines eugenésicos tiene gran relevancia dentro del derecho, porque los defectos congénitos tienen una gran magnitud, pues sólo en México, se estima que entre 2 300 000 niños que nacen al año, aproximadamente el 10 %, es decir, alrededor de 230 000, tienen algún defecto en el momento del nacimiento. La trascendencia del problema la podemos enfocar además de la frecuencia en términos de sufrimiento y en términos de costo. Una gran parte de estos sufrimientos van a significar un sufrimiento físico y psicológico para el afectado y la familia. Además, el tratamiento de los defectos al nacimiento o sus secuelas va a representar un costo directo para la familia y un costo indirecto para el Estado; algunos de estos defectos requieren atención especial, a veces por períodos prolongados y en ocasiones por toda la vida.

99.- CALANRA, Dante, Aborto estudio clínico, psicológico, social y jurídico. Panamericana, Argentina, 1973, p. 108

Se debe despenalizar el aborto cuando existan "razones que justifican la expectación de un defecto fetal somático o psíquico incurable, debido a la herencia morbida transmisible de uno o de ambos padres o a causa de un daño ocasionado durante el embarazo".¹⁰⁰ No podemos ser indiferentes a los avances en Genética, que posibilitan o al menos en un amplio número de casos, el pronóstico de alteraciones de salud producto de la concepción y más aún, el diagnóstico sobre ellos. No puede dejar de referirse el informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) aparecido en 1970: se han logrado detectar anomalías fetales en una fase temprana de la preñez cuando el producto todavía no es viable.

Por lo que se plantea el aborto con fines eugenésicos - cuando los conocimientos genéticos señalen la posibilidad de un defecto grave que le implique la invalidez o la muerte, - aclarando que no se postula en el presente trabajo de investigación el aborto eugenésico para lograr la pretendida raza de super-hombres, sino para evitar el nacimiento de seres in felices.

6.1. Efectos de la situación problema

Es necesario tener presente que los defectos congénitos constituye un grupo de enfermedad altamente invalidante, de - tratamiento y rehabilitación no siempre exitoso, muchos de ellos de evolución crónica y con secuelas que representan una gran desventaja social con un alto costo para la familia y el Estado.

100.- BARRERA SOLÓRZANO DE LA, Luis, El delito de aborto: Una careta de buena conciencia
Miguel Ángel Porrúa, México, 1991, p. 37

Si en el momento del nacimiento el niño presenta un defecto congénito, ha sobrevenido la catástrofe, en primer lugar para los padres, más tarde el propio niño, la familia, - los amigos, y por último pero no en menor grado todas las - personas que participan en el tratamiento del niño: médicos, psicólogos, etc.

6.1.1 Efectos respecto al núcleo familiar

Los padres son los primeros que enfrentan material y - psicológicamente los problemas creados por el defecto congénito. El niño en sí todavía no esta conciente del problema.

Las primeras reacciones de los padres ante el nacimiento de un niño con una malformación congénita aparentemente - sigue un curso previsible. "Para la mayoría de los padres - el shock inicial, el descreimiento y un período de intenso desasosiego emocional (incluyendo tisteza, enojo y ansiedad) son seguidos por un período de adaptación gradual, el que se caracteriza por la disminución de la ansiedad intensa y la - reacción emocional".¹⁰¹

"El dolor de los padres suele ser muy intenso. Al principio los sentimientos de culpa, vergüenza, desesperación y autocompasión, pueden ser abrumadores, al grado de que predomine el deseo de alejarse de sí la dura experiencia. En algunos casos, el dolor llega a desear la muerte del niño o la muerte propia. Si la pena de enfrentarse a la situación es intolerable, los padres pueden repudiar totalmente al niño o negarse a aceptar que tenga nada anormal, o pensar que es hi

101.- KLAIS, Marshall H. Y FANAROFF AUROY A., Asistencia del recién nacido de alto riesgo. 3a. edición, (Trad. Dra. Patricia M. Houghton), Panamericana, México, 1990, p. 183

jo de otra persona".¹⁰²

La evolución en el sentimiento de los padres durante el siguiente periodo depende, en buen grado, del tipo de deformidad.

Si la malformación es letal (anencefalia, deformidades múltiples de organismos vitales, etc.), los padres experimentarán el sentimiento de quienes pierde a un niño, o saben que lo perderán pronto. La duración de esta experiencia dolorosa puede variar desde pocos días hasta varios años. Un factor de gran importancia es si el niño es normal o anormal desde el punto de vista mental. El nexo sentimental de los padres será mucho más fuerte si el niño es normal y cariñoso

Si se trata de una malformación que pueda corregirse sin dejar mucha huella residual, la agonía de los padres será relativamente corta, y una vez convencidos de que la deformidad tiene remedio, contemplarán con optimismo el tratamiento. Después que éste se ha efectuado exitosamente, la situación se normalizará y los padres recordarán el periodo inicial sólo como un sueño amargo.

Entre estos dos extremos se encuentran la mayor parte de las malformaciones congénitas: las que pueden ser corregidas pero dejarán lesiones residuales o pérdida de la función. A los padres de estos niños les aguarda un largo periodo de adaptación: tendrán que aprender a vivir con su niño deforme y a educarlo. Conocerán la pena de otros padres cuando su niño tenga que ser operado, hospitalizado o seguir otros tipos de tratamiento.

102.- FINNIE, Nancie R. Atención en el hogar del niño con parálisis cerebral, 2a edición. La prensa médica mexicana, México, 1963, p. 11

La parte más penosa de toda la experiencia para los padres, puede ser cómo enseñar a su niño a vivir con su deformidad, guiarlo a través de sus múltiples traumatismos psicológicos: cuando empieza a advertir que tiene una de mi dad, cuando tiene que someterse a tratamiento más o menos doloroso, cuando el niño, y más tarde el adolescente, experi menta las reacciones de amigos y extraños, cuando se da cu en ta que no puede hacer lo que otros niños, cuando observa como adolescente que su defecto físico lo hace menos atractivo al sexo opuesto.

Durante estos largos años, unos padres sensatos y carinosos pueden ser de enorme ayuda para el niño, a través de u na buena orientación. Se sabe que muchos matrimonios fracasan debido a un niño deforme, pero también es sabido que muchos otros se consolidan más, ya que dirigen su atención en común hacia el niño afectado.

Algunos padres rechazarán consciente o inconscientemente a un niño con una deformidad. el daño psicológico en el niño es devastador.

Otros padres sobreprotegerán y mimarán al niño. La res p uesta del niño será desfavorable: se volverá exigente, malcriado, imposible en su contacto con otros, y como resultado será rechazado por sus compañeros.

La forma en que los padres conllevan el problema de la malformación se reflejará en el niño. Si el problema se a ab orda en forma serena y realista, tendrá un efecto de estabi liz ación en el niño. en cambio, una actitud neurótica y des concertante lo hará más inseguro.

Otro aspecto psicológico de los padres es el temor ha--

cia la descendencia futura. Para asesorarlos en este sentido, deben ser enviados al genetista y no ser expuestos al -- consejo invariablemente ignorante de su propia familia. También debe remarcarse que los médicos inexpertos en genética deben restringirse de aconsejar a los padres, ya que el asesoramiento erróneo es peor que la falta de consejo.

Por lo que la repercusión del nacimiento de un niño con malformaciones congénitas, estará supeditado al estado anímico, cultural, económico y social de los padres del niño. Se puede afirmar, que todo niño inválido esta supeditado, a la reacción familiar con respecto a él, la cual puede ser favorable recibiendo cariño, comprensión y atención clínica médica en caso contrario recibe un sin fin de de reproches con sus respectivas consecuencias.

6.1.2. Efectos respecto a la sociedad

El ser humano es social por naturaleza, depende de sus congéneres para satisfacer sus necesidades fisiológicas y emocionales. Por lo que, la participación de los extraños es muy importante para un niño deforme, pues en cierto momento de su vida se enfrentará a las reacciones de la gente fuera de su familia o ambiente escolar. Las reacciones desfavorables pueden ser extremadamente peligrosas.

Aún existe un prejuicio muy generalizado en relación a las malformaciones físicas: la gente mira con asombro a una persona deforme, hace preguntas indiscretas y abordan de una manera embarazosa a estas personas.

El razonamiento primordial es: si una persona se ve diferente, y en consecuencia, debe ser tratada en forma distinta. La mayoría de la gente trata a las personas deformes de modo en absoluto diferente a como lo hacen con una persona físicamente atractiva. El niño o adulto con una malformación, herido en mayor o menor grado por traumatismos emocionales previos, raramente se comporta sin complejos y será difícil tratarlo; o bien, sobrerreaccionará siendo muy extrovertido como intento inconsciente de desafío hacia los demás. Estas reacciones de ambas partes explican la dificultad de establecer relaciones afables entre una persona con un deformación y su medio ambiente.

El niño que a consecuencia de un defecto al nacimiento, como ya se señaló, no puede establecer adecuadamente sus relaciones personales, se verá limitado en la posibilidad de satisfacer su esquema de necesidades, interfiriéndose inicialmente su proceso de desarrollo y maduración, y más tarde su condición de miembro activo de la comunidad.

La sociedad mexicana no está preparada y educada para recibir a los inválidos, así tenemos que la Ciudad de México fué constituida para gente totalmente sana, en los servicios públicos, zonas de recreo, centros comerciales, etc., no aparecen aparatos o sistemas que favorezcan sus necesidades, es cierto y lamentable que los tenemos olvidados y marginados, no hay cabida para ellos en esta ciudad, donde todos van contra el tiempo, unos a otros se atropellan, y donde los valores cívicos están relegados.

Es necesario hacer un gran esfuerzo para educar a los niños y adultos normales para que aprendan a aceptar a una persona con una deformidad congénita como su semejante, como persona con aspiraciones normales -aunque limitados- que tam

bién anhelan la aceptación de la sociedad y la felicidad de la vida. La sociedad se debe comprometer a ayudar a la manutención y educación especializada de estas personas, por mejores los resultados que se obtengan de la misma.

6.1.3. Efectos respecto al Estado

A medida que la ciencia avanza y la técnica se perfecciona la población ha crecido y así la demanda de servicios públicos.

También el compromiso de satisfacción ha aumentado, la detección oportuna de los defectos al nacimiento, da una mejor cobertura de los servicios de la población.

En atención a estadísticas se señalan que del 2 al 3 % de las malformaciones congénitas o defectos estructurales requieren de tratamiento quirúrgico, y 10 % de los defectos estructurales causan: invalidez total o parcial.

El tratamiento quirúrgico y de rehabilitación es de un elevado costo y no siempre son exitosos, por lo que, un individuo con una malformación congénita grave automáticamente se convierte en una carga para la familia, las instituciones y el Estado.

En ciertos casos el niño con malformaciones congénitas desde su concepción constituye una carga para el Estado, en razón de que el desarrollo embrionario es anormal, por lo que requerirá de atención especial absorbiendo recursos humanos, materiales y económicos de las instituciones del sector social.

En los casos en que la familia del inválido no cuente con los recursos necesarios para darle atención al enfermo, lo canalizará ha alguna institución de asistencia pública, - donde es probable que lo abandonen, y, en consecuencia el Es tado tendrá que dotarlo de atención clínica-médica, rehabili tatoria y educativa, albergue, etc.

6.1.4. Efectos respecto al enfermo mismo

El niño que presenta malformaciones congénitas, las cua les le implican invalidez, tendrá limitaciones para realizar independientemente sus actividades que la vida diaria le impone, y en consecuencia no podrá realizar el rol social que la dinámica social le exigirá, aunado a esto sus condiciones de vida y desarrollo estarán supeditados a la situación emocional, socioeconómica y cultural de los padres.

Cuando la familia del enfermo es dinámica y cuenta con solvencia económica, así como con un grado cultural aceptable, son estos factores los que favorecen para un control adecuado de la problemática; y por lo tanto, al niño se le -- brindará la comprensión y la atención que familiar, social e institucionalmente necesite para su rehabilitación posible.

Pero lamentablemente no todas las familias cuentan con circunstancias favorables que les permitan enfrentar la si-- tuación y en consecuencia el impacto y efecto de la invali-- dez del niño se dejan sentir con más fuerza.

Es doloroso que parte de estos niños desde antes de su nacimiento son objeto de reproches, desprecios y discriminaciones por parte de sus progenitores.

En ciertas ocasiones en su etapa intrauterina son agredidos de manera consciente causándoles un daño irreversible. Estos hijos no deseados que por diversos motivos sus madres atentan contra su vida mediante la práctica ilícita de un aborto fallido, o bien, en forma irresponsable, bebieron o ingirieron sustancias nocivas con el fin de dañarlo, son hijos de mujeres solteras, escolares, alcoholicas, drogadictas, de deempleadas, casadas, o bien de mujeres presionadas por la familia, el trabajo, la sociedad, etc.

En ciertos casos estos atentados se realizan de manera inconsciente o involuntaria, a consecuencia de que la madre por accidente o necesidad laboral se expone al consumo o ---inhalación de sustancias nocivas que dañan al producto de la gestación.

Estos niños que al nacer presentan alguna malformación grave, y que les causa invalidez, tendrán un variado destino preocupandonos aquellos de situación precaria.

Algunos de estos, son abandonados en centros de rehabilitación de asistencia pública.

Otros, son destinados a vivir ocultos en sus hogares, -siendo privados de la atención que tanto médica como intitu--cional necesitan, sufriendo maltrato, vejaciones, desnutri--ción, insalubridad, etc.

Y en los peores de los casos, son arrojados a la vía pú**ú**blica de la gran Ciudad de México, en la cual no tienen cabi**í**da los inválidos, que en ella buscan su supervivencia. Mu--chos de estos enfermos viven en la calle, otros son sujetos a explotación de sus propios padres o familiares.

Por lo que el criterio moral vigente en nuestra sociedad, puede justificar el aborto por indicación médica, llamado eugenésico, basado en el derecho que tiene todo niño a nacer normal y bien dotado biológicamente para su desarrollo ulterior físico y psíquico. Un niño congénitamente defectuoso perturba a todo el núcleo familiar y puede llegar a deteriorar la armonía, desarrollo y felicidad de esa unidad social. Es que "el derecho de todo niño a nacer normal" ^{pro-} ¹⁰³ ^{clama por oposición "el derecho a no nacer del niño anormal"}

6.2. Postura del Estado ante esta situación

En México nacen aproximadamente 2 300 000 niños al año de los cuales alrededor de 2 300 (el 10 %) presenta algún defecto al nacimiento, lo anterior incide en el incremento de la población inválida.

"La incidencia y prevalencia de los defectos al nacimiento representa un problema de salud, ya que se ha documentado que aproximadamente uno de cada 50 recién nacidos vivos y uno de cada 9 recién nacidos muertos presentan uno o más defectos congénitos mayores, lo que constituye uno de las primeras causas de morbilidad y mortalidad perinatal e infantil." ¹⁰⁴

Todo esto se constituye como un problema de salud pública, en el cual el enfermo mismo y sus progenitores son los principales afectados que le causan invalidez, situación que trasciende al ámbito social en el cual se dejan sentir también los efectos negativos de dicho evento.

103.- CALANDRA, Dante, Aborto estudio clínico, psicológico, social y jurídico, Op. cit., p. 109

104.- Programa nacional para el bienestar y la incorporación al desarrollo de las personas con discapacidad, Informe anual de actividades Mayo 1995 -1996, México, 1996, p. 298

El Estado ha adoptado diversas políticas administrativas a cargo de la Secretaría de Salud, para obtener el conocimiento de las causas que originan la problemática y así tomar y dictar las medidas necesarias, tendientes a solucionar dicho mal.

Podemos decir que el Estado a incurrido en dos campos de acción para afrontar la situación.

El primero. El relativo a la investigación, conocimiento y manejo de los factores que originan las malformaciones morfológicas y funcionales en el producto de la concepción. Para así de esta manera llevar a cabo programas tendientes a la prevención de dichos males.

El segundo. Concerniente al campo de la asistencia social y médica tendiente a la rehabilitación y subsistencia de todo aquel niño afectado por graves defectos al nacimiento y los cuales le causan invalidez.

Respecto al primer campo de acción referente a la prevención y control de los factores que originan dichas malformaciones en el producto podemos hacer mención de lo siguiente.

El Estado "en colaboración con el Grupo de Estudios al Nacimiento A.C. (GEN) el Sistema Nacional DIF, han instalado los Módulos DIF-GEN, para la promoción de la salud y la prevención de la discapacidad, que llevan a cabo mediante acciones de orientación nutricional, información sobre los efectos teratogénicos de medicamentos, sustancias y condiciones ambientales, consejo genético, la detección de embarazo de riesgo u referencia para su atención en el nivel correspondiente, así como para la aplicación de medidas de estimula--

ción múltiple temprana en el recién nacido".¹⁰⁵

La Dirección General de Salud Materno Infantil ha venido desarrollando programas específicos para la prevención de los defectos al nacimiento desde el año de 1978, fundamentalmente a través del Consejo Genético con sede central en la Ciudad de México.

Sin embargo, el Estado no cuenta con los recursos humanos, técnicos, materiales, económicos, suficiente para la investigación, conocimiento, control y manejo de los diversos factores que originan los defectos al nacimiento y sus respectivas consecuencias, por lo que solicita y permite que - instituciones, asociaciones, patronatos, grupos, etc., participen en la investigación y alcance de soluciones a dichos problemas, teniéndose por lo tanto, que la prevención y control de los defectos al nacimiento se da en dos grupos: Uno en el cual podemos encuadrar al Estado y sus instituciones - públicas, y otro, en el cual participan las instituciones, - grupos, etc., de asistencia privada.

A continuación a manera de ejemplo enunciaremos algunas de las instituciones, asociaciones, etc., entre otras de igual o más importancia, que participan en los grupos citados

Por cuanto al Grupo en el cual participa el Estado podemos decir, que éste a través de la Secretaría de Salud coordina, a todas las instituciones de asistencia médica y social, como son: el Hospital Infantil de México, el Instituto Nacional de Perinatología, el DIF, el Centro de Salud Materno Infantil, el Consejo Genético, el ISSSTE y el IMSS, entre otros, los cuales tienen como fin a través de sus respectivos campos de acción, el coadyuvar a la prevención y control de los defectos al nacimiento.

Por lo que respecta a los patronatos, asociaciones, -- etc., que colaboran con el Estado en la prevención, existen varios que a manera de referencia, tenemos a GEN, Grupo de - Estudios al Nacimiento.

GEN; es una asociación civil formada por personas interesadas en el problema de los defectos al nacimiento. Su objetivo, es prevenir los defectos al nacimiento en nuestro - país, y por ello estimula y participa en la investigación, - la información y difusión de estos problemas.

Por cuanto al segundo campo de acción del Estado, parteneciente a la asistencia de todo aquel niño enfermo, afectado por los defectos al nacimiento y los cuales le causan invalidez. Podemos señalar lo siguiente.

En este caso debe de dar rehabilitación integral del paciente afectado, con el fin de lograr que el niño malformado o con daño cerebral utilice al máximo sus capacidades físicas e intelectuales y se integre en lo posible a su familia, y a la sociedad.

La rehabilitación está determinada por el conjunto de - médicos, sociólogos, etc., con el objeto de que el enfermo - alcance la mayor preparación posible de capacidad funcional y social.

Las actividades de rehabilitación son realizadas por diferentes organismos gubernamentales dentro de los cuales podemos mencionar entre otros de igual importancia a: el Consejo Mexicano de Rehabilitación, en el DIF, el Instituto Nacional de Pediatría, el Hospital Infantil de México, el Centro de Rehabilitación del I.M.S.S., el Instituto Nacional de Medicina de Rehabilitación de la S.S.A. etc.

El Estado no puede resolver toda la gama de problemas - que se plantean al respecto, la mayor asignación de recursos sería insuficiente para lograrlo. Por lo que el Estado requiere la ayuda de organismos privados (instituciones de asistencia privada, asociaciones civiles, patronatos, etc.). Dentro de este grupo existen instituciones privadas que coadyuvan con el Estado en la prestación de servicios asistenciales a los enfermos a consecuencia de las malformaciones - tanto morfológicas como funcionales, pudiendo mencionar al grupo APAC entre otros de igual importancia.

El grupo APAC (Asociación Pro Personas con Parálisis Cerebral), es una institución de asistencia privada no lucrativa, con sede en la Ciudad de México.

En atención a lo citado respecto a la postura del Estado ante la situación expuesta, podemos decir, que el Estado no desatiende la problemática que implica el nacimiento, incremento y consecuencias de los niños con defectos al nacimiento, al contrario canaliza recursos económicos, humanos y materiales y solicita y da permiso a grupos privados para que en condición con él atiendan la gran demanda de servicios públicos que requieren los enfermos.

Sin embargo, es absurdo que aún con el avance científico y humano, que permite hoy en día, diagnosticar cuando el producto de la preñez, presenta alguna alteración morfológica o funcional grave, éste nazca y en consecuencia tenga que sufrir los efectos de su invalidez, originando así, una gama de repercusiones negativas, pues el médico como los demás especialistas de la medicina, jurídicamente están imposibilitados para evitar que el producto nazca. Teniéndose como único recurso el brindar a la gestante ciertos niveles de prevención, para evitar la enfermedad y posteriormente el naci-

miento del producto, dotarlo a éste de atención rehabilitatoria tendientes a disminuir las secuelas invalidantes.

No se niega que el Estado ha intervenido y sigue participando en forma importante, en las obras de asistencia a la madre y al niño. Así también, que el Gobierno del Distrito Federal ha contribuido notoriamente en la asistencia de la población infantil al establecer modernos hospitales pediátricos, así como en materia de rehabilitación, el Hospital Psiquiátrico Infantil y el Hospital Infantil del IMAN.

Ahora bien, el costo económico, social, etc., que implica el nacimiento e incremento de la población inválida a consecuencia de los defectos al nacimiento, nos permite manifestar que el Estado debe tomar en consideración a la figura jurídica denominada "aborto eugenésico", y permitir que a través del Centro de Salud Materno Infantil, en colaboración con el Consejo Genético y demás instituciones clínicas-médicas, dedicadas al estudio y control de los defectos al nacimiento, ya no sólo se prevengan y controlen las alteraciones morfológicas y funcionales en el desarrollo intrauterino del producto de la concepción, así como sus respectivas consecuencias. Sino que éstos se combatan y erradiquen, lo cual constituiría un gran beneficio no sólo para el Estado, desde el punto de vista económico, sino que ayudaría así a la mejoración de la condición de la vida de las futuras generaciones.

6.3. Objetivos que se pretenden lograr con la regulación de la práctica legal de la interrupción del embarazo con fines eugenésicos

a) Algunos matrimonios se desunen al no estar preparados para el impacto del evento, pues los padres del enfermo se reprochan el hecho y tratan de buscar un culpable, lo cual es propicio para el rompimiento familiar.

b) Cuando el vínculo matrimonial y familiar de los padres del enfermo no se deshace como consecuencia del evento, éste en ocasiones se altera en su dinámica, economía, etc., pues el enfermo requiere tiempo, atención rehabilitatoria y educacional. Salvo que se canalize ha alguna institución que absorva la atención del enfermo

c) En ocasiones la familia del enfermo se margina de su medio social para no ser objeto de burlas, o bien por prejuicios absurdos y tontos, lo cual obviamente repercute en la - dinámica social.

3. Evitar el sufrimiento de gran cantidad de niños inválidos a consecuencia de los defectos al nacimiento.

a) En este caso se enunciaría a todos aquellos niños en el que sus padres a consecuencia del evento se separaron, dejando al niño a su suerte.

b) Los niños enfermos que viven en su casa reclusos o escondidos porque sus padres se avergüenzan de él

c) Los adolescentes y adultos que se encuentran abandonados en los centros psiquiátricos, en donde son objeto de - abandono, maltrato y vejaciones. Y que sólo esperan el día de su muerte ya que su rehabilitación es nula.

d) Los niños que se encuentran vagando por la Ciudad de México, ya sea en busca de sustento, mediante la petición de

Dado que el aborto es un problema social, los objetivos son de varias clases, primordialmente jurídicos, económicos, morales, políticos, etc., mismos que podemos clasificar en: generales y específicos.

Así dentro de los objetivos generales tenemos:

1. Que el legislador para el Distrito Federal (El Congreso de la Unión) en atención a las facultades que le confiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 73 fracción VI, para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal, legisle a favor de la interrupción del embarazo con fines eugenésicos, encuadrando dicha práctica como excluyente de responsabilidad en el Código Penal vigente para el Distrito Federal.

2. Que la eugenesia sea al fin una práctica reconocida por el Estado y que este lo defienda a través de las instituciones del Sector Salud, dándose la importancia y trascendencia que debe tener en el contexto de la asistencia médica y social. Poniéndose de manifiesto que la eugenesia sería el medio idóneo, mediante el cual se realizaría la observación y control del normal desarrollo del producto de la preñez, y en casos muy extremos permitir y justificar la interrupción del embarazo, cuando en virtud de un diagnóstico clínico-médico se presume o se afirma que el producto presenta alteraciones morfológicas o funcionales graves que le implicarían invalidez en caso de nacer. Considerando que este es el fundamento que justifica la práctica del aborto eugenésico.

3. Que en la Ley General de Salud vigente, se introduzca un precepto jurídico relativo a la normatividad de la práctica del aborto lícito, disposición de la cual podría emanar un Código o Reglamento Sanitario en el cual se regule amplia y debidamente todo lo concerniente al modo de solici-

tud, autorización y práctica de dicho aborto.

4. La disminución del índice de natalidad de los niños afectados por graves malformaciones morfológicas y funcionales al nacimiento, los cuales originan toda una serie de efectos negativos, tanto para sus respectivos núcleos familiares y sociales, como para el Estado al cual, la problemática se traduce en un alto costo humano, social, económico, político, cultural, etc.

5. Lograr la posibilidad de nuestro Código vigente, respecto a la problemática en estudio, para obtener de esta manera la eficacia de nuestro orden jurídico.

También existen otros objetivos más específicos, pero no por ello, menos importantes y son:

1. Creación de infraestructura hospitalaria, en la cual se atiende y se asesora a las mujeres con embarazos de alto riesgo las cuales deben ser debidamente inducidas en tiempo y forma al aborto. Considerándose que el servicio podría darse de manera gratuita en hospitales de la Federación, sin mayor erogación, si se aprovecha parte de los recursos que están destinados a la atención de los casos que por complicaciones de aborto clandestino llega a los hospitales.

Así también, toda mujer derechohabiente del IMSS, ISSSTE, etc., podría ser atendida en sus respectivas clínicas y hospitales.

2. Evitar los efectos negativos que el evento (el nacimiento de un niño con graves defectos al nacimiento y los cuales le causan invalidez), implica dentro del núcleo del enfermo, ya que:

limosna, o bien por ser objeto de explotación por parte de la familia.

e) También es de vital importancia evitar el sufrimiento de niños que viven en condiciones infrahumanas, en sus propios hogares, o bien en alguna institución pública.

4. También se pretende reducir el índice del número de mujeres que abortan en la clandestinidad, y sus respectivas secuelas.

a) Muchas mujeres que recurren al aborto clandestino pudieron haber sido inducidas debidamente al aborto eugenésico cuando sus condiciones de embarazo, así lo ameritaba.

b) Al permitirse el aborto eugenésico se reduciría el aborto clandestino y sus consecuencias.

- Disminuiría el número de mujeres que mueren en tal propósito.

- Se reduciría considerablemente los gastos que la Federación realiza en la atención médica solicitada por las mujeres que recurren a dicha práctica.

5. Conscientizar a la sociedad sobre el sufrimiento y fatalidad de la madre y su producto malformado, pues no puede aceptarse como antaño, que los medios para realizarlo deban ser atributo de las privilegiadas de la fortuna, sino que debe estar al alcance de todas.

6.4. Encuadramiento jurídico del aborto eugenésico en nuestra legislación en caso de regularse a su favor el problema en cuestión.

En este punto se realiza el planteamiento de cual sería el fundamento jurídico en que se encuadraría, sustentaría y regularía la interrupción del embarazo con fines eugenésicos

Citamos inicialmente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ser nuestro orden jurídico supremo, la cual en su artículo 4 contiene aspectos relativos a la probable argumentación a favor de la autorización del aborto, caso en el cual se sustentaría que nuestro mandato jurídico en exposición es susceptible de legislarse.

Continuamos con el señalamiento del Código Penal vigente del Distrito Federal, el cual tipifica el delito de aborto indicando que es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, penalizando el hecho, o bien, excluyendo de responsabilidad a su autor por existir alguna causa que justifique su proceder. Citamos éste Código porque en caso de legislarse a favor el aborto realizado por motivos eugenésicos, tendría que regularse en este Código, como práctica excluyente de responsabilidad penal.

Concluimos este punto con la Ley General de Salud, pues nuestro modelo jurídico esta inmerso en el ámbito de Salud Pública, y en caso de ser tomado en consideración por el legislador, es obvio que sería con base a esta Ley su regulación, control y aplicación, pues entre otras de sus disposiciones contempla en su título tercero, capítulo sexto, lo relativo a la planificación familiar, el cual contiene aspectos que determinan el derecho de la mujer a su libre maternidad. Asimismo en su título noveno, capítulo primero contempla el caso de la asistencia y prevención de la invalidez.

6.4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El párrafo tercero del artículo 4º de la Constitución Federal, establece que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". En el que consideramos se encuentran la fundamentación legal para permitir el aborto con fines eugenésicos, toda vez que esta sujeto al libre criterio del padre y de la madre, por la gran responsabilidad humanan y social que implica traer al mundo un hijo, de ben atender al estado de su salud y sus propias circunstancias económicas y sociales, asi como las condiciones de la sociedad en general, el costo más o menos elevado de vida, la facilidad o la dificultad para conseguir un trabajo bien remunerado y todo aquello que pueda influir en el futuro de sus vidas y de su familia.¹⁰⁶

6.4.2. Código Penal vigente para el Distrito Federal

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia del fuero local y para toda la República en materia del fuero federal, en su título Décimo Noveno, denominado: "Delitos contra la vida y la integridad corporal", en su capítulo sexto, tipifica el aborto como delito, y en sus artículos 333 y 334 exime de responsabilidad panal su realización, cuando el aborto sea consecuencia de la imprudencia únicamente de la mujer embarazada, o bien, cuando el embarazo sea el resultado de una violación. Asimismo se permite su práctica en caso de que la mujer corra peligro de muerte a consecuencia de su estado grávido.

106.- BAZDRESCH, Luis, Garantías constitucionales, 4a edición, Trillas, México, 1996,

Por lo que en caso de regularse a favor la práctica -- del aborto eugenésico como excluyente de responsabilidad pe nal, se tendría que indicar en este título noveno, en su -- fracción o párrafo de los artículos 333 y 334, los cuales -- excluyen de responsabilidad penal la realización o práctica del aborto.

6.4.3. Ley General de Salud

Citamos esta ley porque consideramos que en caso de le gislarse a favor la problemática del aborto por motivos eugenésicos en el Distrito Federal, se estará regulando una -- nueva actividad clínica-médica, que obviamente es el ámbito de la Secretaría de Salud, la cual tiene a su cargo la as is tencia médica-pública, en la cual quedaría inmersa la pres tación del servicio de orientación y asesoría clínica médica relativa al establecimiento y control del diagnóstico mé dico que nos permitiría conocer los embarazos de alto riesgo, caracterizados por la presencia de defectos en el pro ducto, los cuales le provocarán invalidez en caso de nacer, y por lo cual se ofrecería a la mujer la opción de interru pir el embarazo como la única extrema solución a este pro blema.

6.5. Consideraciones personales y proposiciones

El aborto es uno de los problemas sociales más anti--- guos de la humanidad, es además, un problema de salud públi ca, porque el carácter delictivo del aborto propicia clan destinidad, y éste implica un mercado negro en el que el -- precio de la intervención resulta exagerado. Se ha calcula do que el costo del aborto clandestino llega a ser diez ve-

ces mayor al que se fijaría de producirse la despenaliza---
ción.

Ahora bien, los avances logrados en las técnicas de --
diagnóstico prenatal, permiten ahora detectar la presencia
o ausencia de una enfermedad congénita en épocas tempranas
del embarazo, por lo que se debe despenalizar el aborto con
fines eugenésicos cuando haya indicación genética, de que
al nacer el niño presentará defectos congénitos que le im--
plicaran invalidez. Además un niño congénitamente defectuo
so es evidente que perturba todo el núcleo familiar, ya des
de el momento en que la mujer embarazada siente en sí la te
rrible amenaza de dar a luz un niño anormal.

La despenalización del aborto con fines eugenésicos, -
no obliga a nadie a realizarlo, y si es una opción para a--
quella mujer que decide hacerlo en las mejores condiciones
de higiene y sin exponer su vida.

5. No es justo traer niños al mundo sólo a sufrir; tienen estos el derecho a no nacer, y por ende, los padres a garantizar su salud, la obligación a engendrar una descendencia sana, por lo que creemos que el aborto se debe regular ya.
6. Toda vez que ya se puede diagnosticar prenatalmente cuando el producto de la concepción se encuentra gravemente afectado por una enfermedad congénita que le implicará invalidez o la muerte, debe despenalizarse el aborto cuando haya indicación genética de que al nacer el niño, tendrá un grado de invalidez importante.
7. El nacimiento de niños con defectos congénitos, -- constituyen un grupo de enfermedades altamente invalidantes, de tratamiento y rehabilitación no siempre exitoso, muchos de ellos de evolución crónica y con secuelas que representan una gran desventaja social, con un alto costo para la familia y el Estado.
8. La despenalización del aborto con fines eugenésicos no obliga a ninguna mujer ha abortar, pero si abre la -- posibilidad para aquella otra que decida hacerlo, en las mejores condiciones de higiene y sin peligro para la vida de la mujer.

G L O S A R I O

- Aberración cromosómica.** Anormalidad de los cromosomas en número o estructura.
- Amniocentesis.** Punción del útero y de la cavidad amniótica a través de la pared abdominal para la extracción con jeringa del líquido amniótico. El término se aplica a menudo al procedimiento total de diagnóstico prenatal mediante cultivo y análisis de las células del líquido amniótico.
- Acido desoxirribonucleico (ADN)** El ácido nucleico de los cromosomas.
- Aneuploide.** Número de cromosomas que no es exactamente múltiplo del número haploide. Individuo con un número aneuploide de cromosomas.
- Autosoma.** Cualquier cromosoma que no sea un gonosoma. El hombre y la mujer tienen 22 autosomas idénticos morfológicamente
- Autosómico.** Todo cromosoma distinto de los cromosomas sexuales.
- Cariotipo.** Serie de cromosomas de un individuo. El término se emplea a menudo para designar la microfotografía de los cromosomas dispuestos según una clasificación estandar.
- Cigoto.** El óvulo fertilizado.
- Citogenética.** Estudio de la relación existente entre el aspecto microscópico de los cromosomas y el medio de conducirse durante la división celular con el genotipo y el fenotipo que presenta un individuo.
- Congénito.** Este término se relaciona a lo que esté presente al nacer y que no es necesariamente genético.
- Cromosoma.** Los cromosomas están compuestos de ADN y proteínas y son los que llevan la información genética.

- Consejo genético.** Información facilitada concerniente a los problemas relacionados con la aparición de un trastorno genético en una familia o la posibilidad de que aparezca.
- Defecto congénito.** Defecto presente al nacer; puede ser genéticamente determinante o deberse a alguna circunstancia ambiental que actúe durante el desarrollo prenatal.
- Diagnóstico prenatal.** Determinación del sexo, del cariotipo y de ciertas características fenotípicas del feto, por lo común antes de la 20a. semana de gestación. El procedimiento se emplea cuando existen razones para sospechar que el feto puede presentar una anomalía detectable.
- Dicigótico** Tipo de gemelos producidos por dos óvulos separados, fecundados por dos espermatozoides distintos.
- Diploide.** Número de cromosomas de la mayoría de células somáticas y que es el doble del número de cromosomas de los gametos. En el hombre, el número diploide de cromosomas es 46.
- Dismorfismo.** Anormalidad evolutiva morfológica que se observa en muchos síndromes de etiología genética o ambiental
- Euploide.** La célula o el individuo que tiene el número normal de cromosoma de la especie.
- Fenotipo.** Totalidad de la naturaleza física, bioquímica y fisiológica de un individuo, tal como viene determinada por su genotipo y el ambiente dentro del cual se desarrolla. En sentido más limitado, la expresión de algún gen o genes en particular clasificada de acuerdo con cierta norma.
- Fetoscopia.** Técnica para la visualización directa del feto empleada con fines de diagnóstico prenatal.

- Gameto.** Célula reproductora (óvulo o espermatozoide) con número haploide de cromosomas de la especie.
- Gen.** Porción de una molécula de ADN que lleva el código genético para la síntesis de la cadena de un polipeptido.
- Genético.** Lo que depende de los genes
- Genotipo.** El total de genes de un individuo. El término a veces se usa para referirse a los alelos presentes en uno o más locus.
- Genosomas.** Los cromosomas que rigen la determinación del sexo. En la especie humana: XX en la mujer y XY en el varón.
- Haploide.** El número de cromosomas de un gameto normal. En el hombre el número haploide de cromosomas es de 23.
- Herencia multifactorial.** Es la herencia controlada por muchos genes y cuyo efecto es continuo y variable; por ejemplo, la inteligencia, la talla, el color de la piel, etc.
- Ligado al sexo.** Herencia por genes situados en los cromosomas sexuales, especialmente en el cromosoma X.
- Locus.** Localización exacta de un gen en el cromosoma
- Monocigoto.** Término para designar los gemelos derivados de un solo óvulo fecundado, los cuales se denominan a menudo gemelos idénticos.
- Monosomía.** Condición en la cual falta un cromosoma del par como en el síndrome de Turner 45 X.
- Multifactorial.** Determinada por múltiples factores genéticos, cada uno con efecto mínimo.
- Mutación.** Cambio permanente y heredable del material genético. Definida comúnmente como un cambio en un solo gen (mutación en un punto), aun cuando el término se emplea también para designar un cambio en el número o disposición de los cromosomas

- Mutante.** Gen alterado o modificado. Individuo portador de este gen.
- Perdida.** Una forma de anormalidad cromosómica caracterizada por la pérdida de una porción de un cromosoma.
- Polipéptido.** Una cadena de aminoácidos, unidos por ligaduras peptídicas entre el grupo amino de uno y el grupo carboxilo del otro. Una molécula de proteína puede estar compuesta de una sola cadena de polipéptido, o por dos o más polipéptidos idénticos o diferentes.
- Teratogeno.** Transferencia de una pieza de un cromosoma a otro cromosoma no homólogo. Si dos cromosomas no homólogos interfieren piezas, la translocación es recíproca.
- Triploide** Célula que posee un número de cromosomas triple del número haploide normal o un individuo en cuya constitución intervienen estas células
- Trisomía.** Estado en el cual las células tienen un cromosoma adicional, por lo que aquellas que poseen tres cromosomas en lugar del par ordinario, como en la trisomía 21 (síndrome de Down)

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

- 1.- ALTIRRIBA, J. Esteban,
Obstetricia,
Salvat, México,
1990, p. 357.
- 2.- BARRERA SOLORZANO DE LA, Luis,
El delito de aborto: Una careta de buena conciencia,
Miguel Angel Porrúa, México,
1991, p. 185.
- 3.- BAZDRESCH, Luis,
Garantías constitucionales, 4a edición,
Trillas, México,
1996, p. 178.
- 4.- CALANDRA, Dante,
Aborto, estudio clínico, psicológico, social y jurídico-
co, Panamericana, Argentina,
1973, p. 382.
- 5.- CAPLAN M.D., Ronald M. Y SWEENEY, William,
Avances en obstetricia y ginecología,
Expaxs, España,
1982, p. 846.
- 6.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl Y CARRANCA Y RIVAS, Raúl,
Derecho penal mexicano, 18a edición,
Porrúa, México,
1995, p. 634

- 7.- CARRERA MACIA, J. M.,
Biología y ecología fetal,
Salvat, México,
1981, p. 888.
- 8.- CASTELLANOS TENA, Fernando,
Lineamientos elementales de Derecho Penal, 13a edición
Porrúa, México,
1995, p. 363.
- 9.- COLIN SANCHEZ, Guillermo,
Derecho de procedimientos penales, 13a edición,
Porrúa, México,
1992, p. 724.
- 10.- CUELLO CALON, Eugenio,
Derecho penal, Tomo I, 18a edición,
Bosch, España,
1980, p. 958
- 11.- FINNIE, Nancie R.,
Atención en el hogar del niño con parálisis cerebral,
2a edición, La prensa medica mexicana, México,
1985, p. 339.
- 12.- FONTAN BALESTRA, Carlos,
Tratado de derecho penal, Tomo I, 2a edición,
Abeledo - Perrot, Argentina,
1980, p. 525.
- 13.- GUIZAR VAZQUEZ, J. Jesús,
Genética clínica,
El manual moderno, México,
1988, p. 547.

- 14.- JASSO, Luis,
Neonatología práctica, 4a edición,
El manual moderno, México,
1996, p. 594
- 15.- KLAUS MARSALL, H. Y FANAROFF Aury, A.
Asistencia del recién nacido de alto riesgo, 3a edición, (Trad. Dra. Patricia M. Houghton),
Panamericana, México,
1990, p. 470.
- 16.- LISKER, Rubén Y ARMENDARES, Salvador,
Introducción a la genética humana,
El manual moderno, México,
1994, p.
- 17.- LOPEZ BETANCOUR, Eduardo,
Delitos en particular, 3a edición,
Porrúa, México,
1996, p. 415
- 18.- LOPEZ BETANCOUR, Eduardo,
Teoría del delito, 4a edición,
Porrúa, México,
1997,
- 19.- MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL,
Derecho penal, 4a edición,
Trillas, México,
1997, p. 320
- 20.- MONDRAGON CASTRO, Hector,
Obstetricia básica ilustrada,
Trillas, México,
1992, p. 822

- 21.- MOORE, Keith, L.,
Embriología clínica, 5a edición,
(Trad. Jorge Orizaba Samperio),
Interamericana, México,
1995, p. 318.
- 22.- PAVON VASCONCELOS, Francisco,
Manual de derecho penal mexicano, 9a edición,
Porrúa, México,
1990, p. 558.
- 23.- PORTE PETIT CANDAU LAP, Celestino,
Apuntamientos de la parte general de derecho penal,
13a edición, Porrúa, México,
1993, p. 453
- 24.- PORTE PETIT CANDAU LAP, Celestino,
Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud
personal, 9a edición,
Porrúa, México,
1990, p. 595.
- 25.- RAMIREZ, Jesús Martín
Biología y personalidad,
Científica-Médica, España,
1986, p. 177
- 26.- ROSAL, Juan Del,
Derecho penal, Vol. 13, 2a edición,
Publicaciones de los seminarios de la facultad de Espa
ña, España, 1954, p. 434.
- 27.- SALAMANCA GOMEZ, Fabio,
Citogenética humana,
Panamericana, México,
1993, p. 443

- 28.- SCORER, Gordon Y WING, Antony,
Problemas éticos en medicina,
Doyma, España,
1983, p. 267.
- 29.- STEELE, S. J., Y N.R.C., Roberton,
Ginecología, obstetricia y el recién nacido,
(Trad. Carlos E. Casacuberta Zafforoni),
El manual moderno, México,
1985, p. 303
- 30.- THOMPSON, M. D. James Y THOMPSON, Margaret,
Genética médica, 3a edición,
Salvat, México,
1985, p. 443
- 31.- VELA TREVIÑO, Sergio,
Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del delito,
Trillas, México,
1987, p. 415.
- 32.- VILLALOBOS, Ignacio,
Derecho penal mexicano, 5a edición,
Porrúa, México,
1990, p. 415.
- 33.- WELZEL, Hans,
La teoría de la acción finalista,
(Trad. Fontan Balestra y Friker),
Delpalma, Argentina,
1951, p. 44

- 1.- CABALLENAS, Guillermo,
Diccionario enciclopedico de derecho usual, Tomo I,
A - B, 20, edición,
Heliasta, Argentina,
1986, p. 530.

- 2.- Diccionario jurídico mexicano, A - Ch, 2a edición,
Instituto de investigaciones jurídicas,
Porrúa - UNAM, México,
1987, p. 810,

- 3.- DOHERTY, Neil O.,
Atlas del recién nacido,
El manual moderno, México,
1982, p. 415.

- 4.- GOLGSTEIM, Raúl,
Diccionario de derecho penal y criminología, 2a edición
Astrea, Argentina,
1983, p. 677.

- 5.- PINA, Rafael De Y PINA VARA, Rafael De,
Diccionario de derecho, 19a edición,
Porrúa, México,
1992, p 525

I N D I C E

| | |
|--|----|
| Introducción | 8 |
| 1. CAPITULO I. TEORIA CAUSALISTA DEL DELITO | 11 |
| 1.1. Definición del delito | 11 |
| 1.1.1. Definición de Edmundo Mezger | 14 |
| 1.1.2. Aspecto positivo y negativo del delito | 15 |
| 1.1.3. Presupuestos del delito | 15 |
| 1.2. Conducta | 16 |
| 1.2.1. Clasificación del delito en orden a la conducta | 18 |
| 1.2.2. Clasificación del delito en orden al resultado | 21 |
| 1.2.3. Ausencia de conducta | 24 |
| 1.3. Tipicidad | 25 |
| 1.3.1. Clasificación en orden al tipo | 26 |
| 1.3.2. Elementos del tipo | 27 |
| 1.3.3. Atipicidad | 29 |
| 1.4. Antijuricidad | 30 |
| 1.4.1. Causas de justificación | 31 |
| 1.5. Presupuestos de la culpabilidad | 36 |
| 1.5.1. Imputabilidad | 36 |
| 1.5.2. Inimputabilidad | 37 |
| 1.5.3. Culpabilidad | 39 |
| 1.5.4. Inculpabilidad | 41 |
| 1.6. Punibilidad y excusas absolutorias | 42 |
| 1.7. Participación | 43 |
| 1.8. Concurso de delito | 44 |
| 2. CAPITULO II. TEORIA DE LA ACCION FINAL | 45 |
| 2.1. Concepto de acción | 46 |
| 2.1.1. Acción lato sensu | 51 |
| 2.1.2. Acción stricto sensu | 52 |
| 2.2. La acción final | 53 |
| 2.2.1. Elementos | 54 |

| | |
|--|-----|
| 2.3. Principales exponentes de esta teoría | 57 |
| 2.3.1. Hans Welzel | 57 |
| 2.3.2. Reinhart Maurach | 62 |
| | |
| 3. CAPITULO III. ANALISIS DEL DELITO DE ABORTO CONFORME A LA TEORIA TETRATOMICA | 66 |
| 3.1. Concepto del delito de aborto | 66 |
| 3.1.1. Presupuesto del delito de aborto | 71 |
| 3.2. Conducta | 71 |
| 3.2.1. Clasificación en orden a la conducta | 72 |
| 3.2.2. Clasificación en orden al resultado | 73 |
| 3.2.3. Ausencia de conducta | 74 |
| 3.3. Tipicidad, tipo y su aspecto negativo | 74 |
| 3.3.1. Tipicidad en el delito de aborto | 74 |
| 3.3.2. Clasificación en orden al tipo | 75 |
| 3.3.3. Elementos del tipo | 77 |
| 3.3.4. Causas de atipicidad | 78 |
| 3.4. Antijuricidad | 79 |
| 3.4.1. Causas de justificación | 80 |
| 3.5. Presupuestos de la culpabilidad | 81 |
| 3.5.1. Imputabilidad | 81 |
| 3.5.2. Inimputabilidad | 81 |
| 3.5.3. Culpabilidad | 82 |
| 3.5.4. Inculpabilidad | 83 |
| | |
| 4. CAPITULO IV. ETIOLOGIA DEL ABORTO | 90 |
| 4.1. Malformaciones congénitas | 91 |
| 4.2. Causas de malformaciones congénitas | 93 |
| 4.2.1. Factores Genéticos | 93 |
| 4.2.1.1. Anormalidades cromosómicas numéricas | 94 |
| 4.2.1.2. Anormalidades cromosómicas estructurales | 99 |
| 4.2.1.3. Malformaciones causadas por genes mutados | 99 |
| 4.2.2. Factores Ambientales | 100 |
| 4.2.2.1. Período crítico en el ser humano | 101 |

| | | |
|----------|--|-----|
| 4.2.2.2. | Teratógenos en el hombre y anomalías congénitas | 103 |
| 4.2.2.3. | Fármacos, drogas y sustancias químicas como teratógenos | 106 |
| 4.2.2.4. | Agentes infecciosos como teratógenos | 109 |
| 4.2.2.5. | Radiaciones como teratógenos | 111 |
| 4.2.2.6. | Factores mecánicos como deformación | 111 |
| 4.2.3. | Herencia Multifactorial | 112 |
| 5. | CAPITULO V. BREVE ESTUDIO DE PRUEBAS DIAGNOSTICAS PRENATALES | 114 |
| 5.1. | Diagnóstico prenatal | 114 |
| 5.1.1. | Métodos no invasivos | 120 |
| 5.1.1.1. | Ecografía | 120 |
| 5.1.1.2. | Alfafetoproteína en suero matérno | 121 |
| 5.1.1.3. | Rayos X | 121 |
| 5.1.1.4. | Ultrasonido | 122 |
| 5.1.2. | Métodos invasivos | 123 |
| 5.1.2.1. | Amniocentesis | 123 |
| 5.1.2.2. | Biopsia corial | 124 |
| 5.1.2.3. | Fetoscopia | 126 |
| 5.1.2.4. | Embrioscopia | 127 |
| 5.1.2.5. | Amniografía | 128 |
| 5.2. | Consejo genético | 129 |
| 6. | CAPITULO VI. ANALISIS DEL PORQUE SE PLANTEA LA REGULACION DE LA PRACTICA LEGAL DEL ABORTO CON FINES EUGENESICOS | 131 |
| 6.1. | Efectos de la situación problema | 132 |
| 6.1.1. | Efectos respecto al núcleo familiar | 133 |
| 6.1.2. | Efectos respecto a la sociedad | 136 |
| 6.1.3. | Efectos respecto al Estado | 138 |
| 6.1.4. | Efectos respecto al enfermo mismo | 139 |
| 6.2. | Postura del Estado ante esta situación | 141 |
| 6.3. | Objetivos que se pretenden lograr con la regulación de la práctica legal de la interrupción del | |

| | |
|--|-----|
| embarazo con fines eugenésicos. | 146 |
| 6.4. Encuadramiento jurídico del aborto eugenésico en nuestra legislación en caso de regularse a su favor el problema en cuestión. | 150 |
| 6.4.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos | 151 |
| 6.4.2. Código Penal Vigente | 152 |
| 6.4.3. Ley de Salud | 153 |
| 6.5. Consideraciones personales y proposiciones | 153 |
| | |
| Conclusiones | 155 |
| | |
| Glosario | 157 |
| | |
| Bibliografía | 161 |
| | |
| Indice | 167 |