

1999

00781  
29  
1999

UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO  
FACULTAD DE DERECHO  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

ASPECTOS JURIDICOS  
DEL SIDA

Ciudad Universitaria, 1999.

JIMENEZ LOPEZ, HECTOR

Doctorado en Derecho  
asesor: Raúl, Carranca y Rivas

Lic. Héctor Jiménez López

TESIS CON  
FALSA DE ORIGEN

27A19A



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.

# ASPECTOS JURIDICOS DEL SIDA

## INTRODUCCION

### **CAPITULO 1.- Marco conceptual.**

- 1.1 Definición de Peligro del Contagio.
- 1.2 Orígenes y definición de SIDA.
- 1.3 Enfermedad grave en periodo infectante, venérea e incurable.
- 1.4 Concepto de delito.
  - 1.4.1 El tipo penal.
  - 1.4.2 Antijuridicidad.
  - 1.4.3 Culpabilidad.
  - 1.4.4 Punibilidad.
- 1.5 Delitos de lesión y de peligro.

### **CAPITULO 2.- Marco jurídico.**

- 2.1 Constitución Política.
  - 2.1.1 Artículo 4.
  - 2.1.2 Artículo 14.
- 2.2 Código Penal para el D.F.
  - 2.2.1 Artículo 199 bis.
    - 2.2.1.1 Exposición de motivos.
    - 2.2.1.2 Regulación actual.
  - 2.2.2 Artículos 288, 292 y 315.
  - 2.2.3 Códigos Penales de los Estados.
- 2.3 Código de Procedimientos Penales del D.F.
  - 2.3.1 Medios probatorios.
  - 2.3.2 Artículos 122 y 124.
- 2.4 Ley General de Salud.
  - 2.4.1 Norma Oficial Mexicana.
- 2.5 Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados.

### **CAPITULO 3.- Aspectos sociológicos.**

- 3.1 Estadísticas del sector salud.
- 3.2 Estadísticas de la P.G.J.D.F.
- 3.3 Enfoque penitenciario.

## **CAPITULO 4.- Elementos del tipo penal de Peligro del Contagio**

- 4.1 Elementos objetivos.
  - 4.1.1 La conducta.
    - 4.1.1.1 Acción.
    - 4.1.1.2 Omisión.
  - 4.1.2 Bien jurídico.
    - 4.1.2.1 Salud general.
    - 4.1.2.2 Salud individual.
  - 4.1.3 Sujetos.
    - 4.1.3.1 Activo.
      - 4.1.3.1.1 Portador del V.I.H.
      - 4.1.3.1.2 Enfermo de SIDA.
    - 4.1.3.2 Pasivo.
      - 4.1.3.2.1 Personas comunes.
      - 4.1.3.2.2 Cónyuges.
      - 4.1.3.2.3 Concubinos.
  - 4.1.4 Medio comisivo.
    - 4.1.4.1 Relaciones sexuales.
    - 4.1.4.2 Cualquier medio transmisible.
- 4.2 Elementos normativos.
  - 4.2.1 Enfermedad grave.
  - 4.2.2 Periodo infectante.
  - 4.2.3 Peligro de contagio.
- 4.3 Elementos subjetivos.
  - 4.3.1 Dolo.
    - 4.3.1.1 Sabedor de que está infectado.
  - 4.3.2 Culpa.
    - 4.3.2.1 Artículo 60 del Código Penal.

## **CAPITULO 5.- Propuestas.**

- 5.1 Creación de un nuevo tipo penal.
  - 5.1.1 Ubicación en el Código Penal del D.F.
  - 5.1.2 Punibilidad.
- 5.2 Problemas comunes.
  - 5.2.1 Concurso de delitos.
  - 5.2.2 Transmisión sexual.
    - 5.2.2.1 Si no sabe que está infectado.
    - 5.2.2.2 Extrema precauciones.
    - 5.2.2.3 Consentimiento de la víctima.

## **CONCLUSIONES.**

## **BIBLIOGRAFIA Y OTRAS FUENTES.**

## INTRODUCCION

El tipo penal del delito de peligro de contagio, previsto en el artículo 199 bis del Código Penal y concretamente lo señalado en el párrafo segundo, donde establece "si la enfermedad padecida fuera incurable" (circunstancia que hace alusión al SIDA), no satisface la problemática jurídica que encierra el fenómeno del SIDA.

La reglamentación jurídico-penal que establece nuestra legislación y concretamente en el artículo 199 bis del Código Penal, no soluciona los problemas que se suscitan en la vida diaria (transgresión de bienes jurídicos), en torno al SIDA. Esto es, solamente se incursionó en el artículo antes mencionado, a través del Diario Oficial del 24 de Enero de 1991, la tipificación del SIDA al señalar "cuando la enfermedad sea incurable", inclusión que no es acertada, ya que originalmente el artículo se refiere a otra clase de enfermedades contagiosas con características y consecuencias muy propias -coincidiendo solo en cuanto hace al medio de transmisión por vía sexual- y que distan en mucho de lo que es el SIDA, independientemente del Título en donde se encuentra inmerso y que se denomina--Delitos contra la salud; por lo que dada la estructuración de los elementos típicos que conforman la figura base del delito de peligro de contagio, no tiene un claro encuadramiento con respecto a las conductas que afloran en nuestra sociedad.

La importancia de este fenómeno que está latente en la colectividad, exige una conceptualización de manera contemporánea para estar a la vanguardia de la problemática, ya que la legislación actual se encuentra desfasada y no atiende las cuestiones presentes suscitadas, trayendo como consecuencia una laguna en el tratamiento dogmático de las mismas, laguna especialmente palpable en nuestro país, donde han sido escasos los estudios jurídicos dedicados al tema.

He de hacer mención que no se piense que la elaboración de la presente investigación se trate de elucubraciones dogmáticas, sino por el contrario, la problemática del SIDA tiene una trascendencia práctica en la aplicación de los preceptos jurídicos-penales en los casos concretos que surgen en la realidad social. Problemas que se ponen de relieve, pues los mismos tienen una repercusión, en algunos casos poco feliz, en la interpretación judicial de los preceptos legales afines.

Entre otras finalidades, uno de los objetivos del presente trabajo es la estructuración de un nuevo tipo penal que aborde atingentemente el fenómeno del SIDA, todo ello cumpliendo con las formalidades legales, para que no se transgredan derechos públicos de los ciudadanos, esto es, que toda vez que el florecimiento de este fenómeno, tiene lugar en la convivencia, en más de los casos, entre dos personas, el Derecho penal no debe rebasar aquellas conductas que por

sí mismas tengan el problema en su núcleo, y con esto se quiere hacer alusión, que la aplicación de este tipo penal lo será, principalmente para la comisión de delitos dolosos o a través de la infracción a un deber de cuidado, cuando efectivamente el sujeto activo del delito esté plenamente consciente de su enfermedad y bajo ese contexto transgreda el bien jurídico de la salud. Desde luego que no es adecuado para impedir que se extienda la enfermedad de modo fortuito o mediante conductas permitidas o al menos no reprobables, sino que sólo debe dirigirse este trabajo a aquellas formas de transmisión que supongan conductas criminales (dolosas o culposas).

Esperando así contribuir, tanto, por una parte, a una delimitación más exacta del ámbito de las conductas punibles, como, de otro, a la fijación, en lo posible de una esfera de libertad en que el actuar del hombre no quede en un desamparo en esta sociedad tan individualista, donde no pueden abordarse atingentemente los preceptos legales o en otro de los casos nos conlleve a una contradictoria aplicación de los mismos.

Dentro de la presente investigación se encontró que hay quienes sostienen que en esta materia no debe entrometerse el Derecho penal, porque supondría inmiscuirse intolerablemente en un reducto tan íntimo como es el de la actividad sexual de los individuos, o que las amenazas de

pena serían ineficaces cuando los potenciales transmisores del virus VIH sean precisamente personas infectadas ya enfermas o con grandes posibilidades de desarrollar una terrible enfermedad que a su vez puede desembocar fatalmente en la muerte, ya que ante la angustia y desesperación que puede generar esa perspectiva poco puede intimidar la amenaza de una pena. Sin embargo podemos señalar, en primer lugar, que aunque sean los menos numerosos, puede haber casos de transmisión del virus provocada por personas que no sean portadores, pero que manejen inadecuadamente objetos infectados (material quirúrgico u odontológico, o plasma sanguíneo); en segundo lugar, ciñéndonos a los ya portadores (seropositivos), hay otras vías de transmisión que no son las sexuales, sino el uso común de jeringuillas entre drogadictos, en una donación o transmisión de sangre, por agresiones clavando agujas u otros objetos infectados, por clavarse otra persona adulta o un niño sin querer una aguja desechable, mediante pequeñas heridas o cortes, tatuajes, por contagio en el embarazo de la madre al feto, etc. Además, incluso en la actividad sexual -hetero u homosexual- no es una cuestión meramente íntima y personal, y socialmente irrelevante la existencia de una elevada posibilidad de contagio a otro una enfermedad peligrosísima y a su vez transmisible a terceros; prueba de ello son las medidas de control administrativo-sanitario sobre el ejercicio de la prostitución.

---



Otro aspecto que llama la atención es la gran contradicción que en el mismo artículo 199 bis, se contemple por una parte el requisito de procedibilidad de la denuncia y a su vez el de querrela, para determinados casos, si tomamos en cuenta que el bien jurídico que protege, con relación a la perspectiva del Título en donde se encuentra enclavado el actual artículo en comento, lo es la seguridad social (salud general), circunstancia que al aplicar criterios distintos en una misma disposición legal, no refleja una certidumbre jurídica, ya que la noción peligro pareciera tener una mayor relevancia según se trate de una salud general -denuncia- o personal -querrela-.

Por otra parte, de entrada este tipo penal tiene una estructuración dolosa, más sin en cambio, a través del artículo 60 del Código Penal, abre la posibilidad de la comisión de este tipo penal bajo el matiz de la culpa, cause que da paso a la comisión de este ilícito en su forma culposa, por una regla genérica -números *clausus*-, normatividad que pareciera contraponerse con la estructuración dolosa del tipo penal en cuestión.

Independientemente que el fenómeno del SIDA es contemplado por otros sectores y concretamente en el de Salud (Ley General de Salud y su normatividad derivada), quedan fuera del alcance del Derecho penal, entre otras, algunas conductas que afectan de manera directa los bienes jurídicos

(en forma mediata e inmediata) protegidos por la ley punitiva, esto es, que de acuerdo a determinadas conductas, se realizan los contagios del SIDA y las cuales tienen dificultad, de acuerdo a la naturaleza y estructura del tipo penal en estudio, para encuadrarlos en el Derecho penal.

La fijación del tema de investigación se obtuvo a través del método intuitivo, al captarse directamente el objeto por conocer, esto es, resulta palpable los problemas jurídico-sociales que encierra el fenómeno del SIDA método que al ser confrontado con el diverso dialéctico, tenemos que la magnitud de dicho fenómeno, no se colma con la reglamentación del artículo 199 bis párrafo primero del Código Penal.

Posterior a esa confrontación y para estar en posibilidad de concluir la aseveración arriba mencionada, hacemos uso del método deductivo en donde la aplicación de las normas jurídicas al fenómeno que nos ocupa, no colma sus exigencias y a su vez el mismo ordenamiento jurídico, nos da las bases para implementar la aportación de un nuevo tipo penal con el cual se puedan resolver los problemas que encierra el acontecimiento del SIDA. Finalización que se complementa con el método inductivo, para incorporar procesos jurídicos y resoluciones jurisprudenciales para arribar a la conclusión que sustentamos.

También se incorporó en el segundo capítulo el método comparativo, para contrastar nuestra reglamentación penal Capitalina con los diversos de las Entidades Federativas y que el mismo sirviera para coronar la propuesta del nuevo tipo penal, recogiendo las experiencias normativas comparadas, en su aspecto positivo.

El capítulo número uno establece el marco conceptual que sirve de continente para con base a ello establecer la estructuración o cimentación para definir el problema planteado y sobre qué lineamientos se va a transitar.

En el capítulo número dos establecemos el ordenamiento jurídico que tiene injerencia con el SIDA, partiendo de la Carta Magna para finalizar con la legislación sustantiva y procesal que contempla tal fenómeno, incorporando paralelamente la Ley General de Salud, la Norma Oficial Mexicana para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Adquirida, finalizando con la Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de los Sentenciados.

Por lo que respecta al capítulo número tres, en él se establecen las estadísticas de este fenómeno visto desde varias perspectivas, siendo concretamente el enfoque del

Sector Salud, Procuración de Justicia y también a nivel de penitenciarias.

Pasando al capítulo número cuatro se analiza pormenorizadamente el tipo penal de peligro de contagio a la luz del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, desglosando cada uno de sus elementos típicos, incluyéndose los comentarios correspondientes sobre la desvaloración de los mismos, para que no sea contemplado como un delito de Peligro de Contagio.

Finalmente en el capítulo número cinco se enuncia la propuesta de un nuevo tipo penal, su ubicación en la legislación penal, la pena o medida de seguridad aplicable, así como la contemplación y solución a los problemas más comunes relacionados con el fenómeno del SIDA.

# C A P I T U L O

## 1

### MARCO

### CONCEPTUAL

- ◆ 1.1 Definición de Peligro de Contagio.
- ◆ 1.2 Orígenes y definición de SIDA.
- ◆ 1.3 Enfermedad grave en periodo infectante, venérea e incurable.
- ◆ 1.4 Concepto de delito.
  - 1.4.1 El tipo penal.
  - 1.4.2 Antijuridicidad.
  - 1.4.3 Culpabilidad.
  - 1.4.4 Punibilidad.
- ◆ 1.5 Delitos de lesión y de peligro.

### 1.1 Definición del Peligro de Contagio.

Inicialmente tenemos como concepto de peligro, la situación en la cual la producción de determinadas consecuencias no deseadas es probable, conforme a un juicio objetivo, de la propia percepción de los hechos.

De acuerdo al grado de la probabilidad pueden distinguirse diversos grados de peligro: peligro inmediato (actual), cercano, permanente o lejano. Las exigencias al respecto son diversas según los tipos.

El instante de la ejecución de la acción es decisivo -en tanto se cuestione la peligrosidad de una acción- para el momento desde el cual debe emitirse el juicio de peligro (sobre todo la base ontológica del juicio). En tanto se pregunte si un bien jurídico está en peligro, es decisivo el momento en el cual el bien jurídico ha entrado en el radio de acción de la situación peligrosa.<sup>1</sup>

Por otra parte tenemos que el "peligro" está dirigido a la clasificación de los delitos en orden al resultado, esto es, que de acuerdo a la estructuración del artículo 199 bis del Código Penal, se refiere únicamente al que "ponga en peligro de contagio la salud de otro",

---

<sup>1</sup> Cfr. Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, 12ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, pág. 71.

concluyéndose que la actualización de este tipo penal, se dará a través de un resultado formal y no material, ya que desde esa perspectiva no se causa una mutación en el mundo exterior.

Parece válido sostener que lo que el tipo penal del Peligro de Contagio prohíbe, es la propagación de la enfermedad (es decir, la multiplicidad de afectados con posibilidad de que otras personas lo sean), no la creación del peligro de propagación. Propaga, por tanto, el que logra que una pluralidad de personas se vea afectada por la enfermedad que pueda seguir difundiéndose a otros, cualquiera que sea el procedimiento adoptado para conseguirlo y que pueda ser el contagio (transmisión directa o indirecta de la enfermedad que padece el propio agente u otra persona a terceros) o la difusión en general de los gérmenes.

Ahora bien, por lo que hace a la palabra "contagio", atendiendo a su sentido gramatical, tenemos que significa transmitir y por tanto adquirir una enfermedad por contagio.

Esta significación de peligro de contagio en forma comparativa con otros países como Argentina, la denomina "contagio venéreo" <sup>2</sup> y por su parte en España y Alemania, la

---

<sup>2</sup> Cfr. Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, Parte Especial, 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 389,.

identifican como "propagación maliciosa de enfermedades" <sup>3</sup>, de lo cual observamos la supresión del término peligro, y por consiguiente en dichas legislaciones, a contrario sensu de la nuestra, considera este tipo penal de resultado material.

En el concepto que acabamos de abordar párrafos anteriores, apreciamos a simple vista una contradicción en cuanto a su formulación, ya que por una parte tenemos el peligro y por otra, la acción de contagiar, con lo cual se produce una enfermedad, y trasladándolo a nuestra materia penal, tendremos una alteración en la salud individual.

Así la enfermedad ha sido entendida como el proceso morboso que en forma permanente o transitoria afecta al organismo humano. Con esta definición pretende cubrirse toda la gama de posibilidades presentables, ya que sin entrar a clasificaciones, todo aquello que afecta morbosamente al cuerpo humano se traduce en enfermedad y puede ser, en cuanto al tiempo, de mayor o menor duración, sin que por ello se modifique el concepto. Siguiendo este pensamiento, podríamos afirmar que hay lesiones y alteración a la salud, o en otras palabras, un daño al bien jurídico llamado salud, siempre que por cualquier causa se produce un estado morboso que modifica al preexistente. <sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Cfr. Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, 8ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, 1993, pág. 482.

<sup>4</sup> Vela Treviño, Sergio, El Derecho Penal, La Salud y el Sida o Aids, Revista Mexicana de Justicia 86, México, N° 25, Vol. IV, Julio-Septiembre de 1986, pág..



## 1.2 Orígenes y definición del SIDA.

La tesis que parece predominar es la que busca el origen de esa infección en las transfusiones de sangre, a humanos, procedentes de monos y chimpancés, realizadas entre 1920 y 1960, con fines experimentales y científicos.

Según el Instituto de Investigación Médica de Nairobi (Kenia) fueron al menos 34 personas las que recibieron sangre de 17 chimpancés durante los experimentos que se hicieron entonces para intentar descubrir si los parásitos de la malaria en la sangre de los animales infectaría a los humanos.

Otras 33 personas recibieron sangre de gente a la que se le había hecho una transfusión con sangre de chimpancé. Hubo incluso dos investigadores que se inyectaron la sangre infectada de esos parásitos con objeto de averiguar concretamente si la malaria de tales animales era similar a alguna de las formas conocidas de los humanos.

Así, si la sangre animal inoculada contenía virus similares al VIS (que es el virus de inmunodeficiencia de los simios); entonces, desaparecidas las barreras entre las especies de humanos y monos, podría haberse producido una evolución sorprendente y desconocida en esas muestras de

sangre, hasta llegar a las formas que hoy se observan en los numerosos pacientes de SIDA.

Interesa hacer una precisión fundamental: el origen del SIDA es el retrovirus VIH al que nos hemos venido refiriendo: el VIH desencadena un trastorno progresivo de la función inmune del que el SIDA constituye sólo la manifestación terminal del proceso. Según Robert Redfield y Donald Burke del Instituto de Investigación Walter Reed de Washington, el paciente que ha entrado en contacto con el virus, atraviesa seis estadios, el último de los cuales es el SIDA.

Según este sistema de clasificación de Reed, al que nos referimos, el estadio cero empieza con la exposición al virus a través de cualquiera de las vías de transmisión conocidas -a saber a través de las relaciones sexuales, transfusión sanguínea, etc.-. La existencia de anticuerpos contra dicho virus es prueba evidente del contacto con el mismo, debiendo tenerse en cuenta, por las razones anteriormente expuestas referentes a los linfocitos T4 que la alteración en la respuesta serológica y celular que se genera determinan la supervivencia del virus. El VIH no suele reproducir síntomas en su comienzo pudiendo estar incubándose entre seis semanas y un año o inclusive más tiempo antes de la aparición de anticuerpos, momento en que el enfermo pasaría al estadio uno donde la mayoría de las personas no

presentan tampoco síntomas, aunque algunos generan una alteración ganglionar similar a la de la mononucleosis.

El estadio dos, que en ocasiones puede durar de tres a cinco años se caracteriza por una linfadenopatía crónica, que da paso al estadio tres caracterizado por una merma continua de los linfocitos T4, hasta caer por debajo de las 400 -siendo el rango normal de 5000 a 10000-, entrándose posteriormente en el estadio cuatro donde los referidos linfocitos -los linfocitos ya no actúan- pueden llegar a 50. La subida al peldaño cinco, viene determinada por el desarrollo de anérgia y el desarrollo del muguet, así como otras infecciones crónicas o diseminadas, concluyendo en el estadio seis o SIDA.

Las pruebas serológicas permiten detectar la presencia de anticuerpos y por tanto, revelar el contacto con el virus, señalando entre las diversas técnicas, las pruebas ELISA (Enzyme Linked ImmunoabSorbent Assay), Wester blot, RIPA (radioimmune precipitation assay) y la inmunofluorescencia.<sup>5</sup>

El Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida (SIDA) o *Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS) es una enfermedad causada por un virus calificado como LAV

---

<sup>5</sup> Cfr. Martínez Cortina, Vicente, Aportes de la ética y del derecho al estudio del Sida, Cuadernos de la Gaceta (C.N.D.H.), México, N° 2, Diciembre de 1993, págs. 15, 50, 51 y 59.

(Lynphadenopatya Associated Virus) o HTLV (Human T Lynphotropic Virus) y que fue identificado casi contemporáneamente por científicos franceses y norteamericanos, actuando en forma separada, lo que hace justificable la doble identificación. En París y en Atlanta se llegó a precisar que la citada enfermedad, cuyos síntomas iniciales principales son la pérdida injustificada de peso, inflamación de las glándulas linfáticas -ganglios-, excesiva fatiga y diarrea, tiene un periodo de incubación de hasta 5 cinco años y no es, por si misma, una enfermedad mortal, sino que el efecto que produce, de evitar el funcionamiento de los mecanismos orgánicos de defensa y de inmunidad convierte en vulnerable al cuerpo humano a enfermedades y procesos infecciosos que, de no mediar el virus, sería capaz de dominar por sí o con las terapias adecuadas. En estas condiciones un paciente o enfermo con Sida representa un caso de difícil manejo terapéutico, con lo que el individuo está, normal y estadísticamente condenado a morir en un lapso breve.

Las formas de transmisión del SIDA se produce al exponer la propia sangre a la sangre del enfermo. De este modo, los medios conocidos a la fecha son el contacto sexual, la transfusión de sangre o de sus derivados, el uso común de agujas y jeringas contaminados, los transplantes de órganos y la vía fetoplacentaria.

Recapitulando tendremos que el desarrollo del síndrome puede constreñirse a cuatro etapas clínicas:

Estado I. Comienzo de infección y desarrollo de anticuerpos.

Estado II. Etapa asintomática de portador (seropositivo).

Estado III. Linfadenopatía persistente generalizada durante un periodo de más de tres meses. Puede acompañarse de fiebre, sudoración nocturna, diarrea y pérdida de peso.

Estado IV. Constituye el SIDA propiamente dicho. Se caracteriza por la aparición de infecciones oportunistas que ponen en peligro la vida: tuberculosis, amibiasis, neomocistosis, histoplasmosis, criptococosis, o daño ocasionado por el mismo virus.<sup>6</sup>

Así tenemos que el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), es un complejo clínico causado por el virus VIH, antes conocido como HTLV-III o LAV (virus relacionado linfadenopatía), el cual daña al sistema inmunológico, ya que este virus infecta selectivamente los linfocitos que se relacionan con la respuesta inmunológica.

---

<sup>6</sup> Cfr. Vargas Alvarado, Eduardo, Medicina Forense y Deontología Médica, 1ª edición, Editorial Trillas, México, 1991, pág. 186.

El síndrome se caracteriza por una severa supresión de la inmunidad celular. Como consecuencia, el paciente queda vulnerable a infecciones oportunistas o al sarcoma de Kaposi (tumor que empieza como nódulos de tonalidad púrpura, debajo de la piel y que con el tiempo se maligniza).

El virus HIV ha sido aislado de células linfáticas y líquidos orgánicos como el semen, la saliva y el líquido cefalorraquídeo, en pacientes con SIDA o con riesgo a desarrollar la enfermedad.

El diagnóstico se efectúa con base en la presencia de anticuerpos para el virus presentes en sangre o plasma.

Se denomina seropositividad a la condición del paciente, previamente seronegativo, de desarrollar una respuesta anticuerpo medible. Esto puede ocurrir en unas semanas o meses.

El estudio de laboratorio se inicia con la prueba de ELISA (Enzyme-Linker ImmunoSorbent Assay), que es muy exacta en grupos de alto riesgo (drogadictos, endovenosos, homosexuales, bisexuales, prostitutas y hemofílicos), pero pueden darse falsos positivos en poblaciones más amplias. Por esta razón, en un individuo que no pertenezca a estos grupos de alto riesgo, una prueba de ELISA debe repetirse y de resultar positiva la segunda vez, requiere la realización de

una prueba de anticuerpos Western blot, que detecta anticuerpos para HIV por una técnica diferente (solo tiene alrededor de 1% de falsos positivos y menos de 1% de falsos negativos). Para diagnosticar que una persona está infectada por HIV, ambas pruebas deben ser positivas. Y una persona infectada de HIV, puede infectar a otras.<sup>7</sup>

### 1.3 Enfermedad grave en periodo infectante, venérea e incurable.

Como se señaló al inicio de este capítulo, tendremos que la enfermedad es el estado morboso que afecta al cuerpo humano, modificando su estadio preexistente y la gravedad de la misma, dependerá de su clasificación en cuanto a la alteración de la salud del pasivo, tomando además en cuenta su mayor o menor duración, para finalmente dictaminarse su fatal diagnóstico, de que dicha alteración a la salud, no tiene retroceso y por tanto se determina que es incurable, esto es, la enfermedad segura e incurable es un concepto médico-forense que es necesario considerar. La enfermedad, como se dijo, es un estado morboso, generalmente de evolución lenta, sinónimo de malestar o dolencia, que se consolida en el hecho consumado de un conjunto de síntomas que, al agruparse, se designan con un nombre. La enfermedad debe quedar precisada en un diagnóstico y después, tan importante como el diagnóstico resulta el pronóstico, que en

---

<sup>7</sup> Cfr. Vargas Alvarado, Eduardo, Medicina Legal, 1ª edición, Editorial Trillas, México, 1996, pág. 349.

este caso es la excepción pesimista de incurable. Es un problema esencialmente médico el conjugar el diagnóstico y el pronóstico de cada padecimiento, en el momento presente de la medicina. <sup>8</sup>

Por otro lado las enfermedades llamadas "venéreas" actualmente desde el enfoque médico se ha cambiado su denominación para generalizarlas como enfermedades de transmisión sexual (ETS).

El origen de este extraño precepto peligro de contagio (**PROPAGACION MALICIOSA DE ENFERMEDADES** -legislación extranjera-) se encuentra en la copiosa literatura y en la preocupación existente desde principios de siglo por el contagio de las enfermedades venéreas: sífilis, blenorragias, etc.

Aunque se haga referencia en el Código Penal a la transmisión de estas enfermedades por medio de las relaciones sexuales, éste no es en modo alguno el único medio aceptado, también a este respecto hay una aceptación general a cualquier medio idóneo de transmisión de la enfermedad.

En nuestra materia penal lo importante será la comprobación de los siguientes elementos:

---

<sup>8</sup> Cfr. Quiroz Cuarón, Alfonso, Medicina Forense, 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996, págs. 348 y 657.



A.- El padecimiento del sujeto activo de cualquier enfermedad de naturaleza grave, contagiosa y curable o incurable (incluyendo las ETS).

B.- La etapa de contagio de la enfermedad.

C.- Que el medio empleado por el sujeto activo sea idóneo para transmitir la enfermedad al sujeto pasivo.

D.- Que efectivamente, fue el medio empleado por el sujeto activo el que produjo el contagio.

Por tanto el resumen de enfermedad incurable, será la comprobación de que el sujeto pasivo padece una enfermedad (alteración de la salud) y que se encuentra pronosticada como incurable, esto es, que el estado morbosos de la persona no tiene retroceso e indefectiblemente es incurable.

#### 1.4 Concepto de delito.

A través del devenir histórico y de acuerdo a la época y lugar, se han estructurado diversos conceptos del delito, evolución y cambios que ha tenido atendiendo primordialmente al avance de toda ciencia y en el presente caso lo es del Derecho penal, no sin antes dejar asentado, que aún ubicándonos en un mismo contexto espacio-temporal, y dado que el conocimiento no es exclusivo de algún sector del

conglomerado social, se elaboran distintas concepciones de lo que es el delito.

Sin que sea materia de estudio lo anteriormente expuesto, tendremos que fijar las bases, para que en atención a la corriente a la que estemos afiliados, poder estructurar el estudio del presente tema de investigación.

De todo lo señalado y para dejar asentado la filiación a la corriente del Derecho penal que se vaya a seguir, por lo cual y sin perder de vista el enfoque que actualmente adoptan nuestros Códigos Punitivo y Adjetivo Penales, atenderemos a la concepción finalista, para que desde ese enfoque se aborden sistemática y coherentemente todos los aspectos del delito; sin embargo y solo para ilustración, se enumerarán algunas definiciones que se han elaborado hasta concluir con la postura del concepto del delito a la luz de la teoría finalista.

Partiendo inicialmente en cuanto hace a la etimología, para ello nos remontaremos al Derecho romano en donde *delicto* o *delictum*, deriva del verbo *delinqui*, *delinquere*, que significa "desviarse", "resbalar", "abandonar", "abandono de una ley", "cometer una falta".

Corre aparejado a estas palabras la de crimen, la que a su vez deriva del griego *críno*, *iundo* en latín, que

significa las acciones menos reprobables, sin embargo, posteriormente se llega finalmente a designar a los mas graves delitos.

Resumiendo crimen significó primitivamente el *publicum iudicium*, pasando después a designar la materia misma de los juicios públicos; es decir, el delito grave castigado por el Estado, por causa de interés público (crimina pública); mientras que la palabra delito, supuso el hecho que daba lugar a un simple juicio penal pretorio (*delicta privata*).

Ambos conceptos desencadenaban en pena privada y pena pública, es decir, *delictum* significó el acto ilícito fuente de obligaciones, penado por el *ius civile* con pena privada, y crimen era el acto ilícito castigado por el *ius publicum* con pena pública.<sup>9</sup>

Podríamos dejar fijado y bajo una premisa aceptada generalmente por los países hispanoparlantes la definición legal para definir al delito, así nuestro Código Punitivo Penal señala en su artículo 7º: "*Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*".

---

<sup>9</sup> Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, El Delito, 3ª edición, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1965, pág. 21.

Carrara, uno de los más reconocidos clásicos nos define al delito como: "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". Noción que no se deduce ni del hecho material ni de la prohibición de la ley, aisladamente considerados, sino del conflicto entre aquél y éste. <sup>10</sup>

Bajo una concepción del positivismo penal tenemos a Lombroso que estudia al delito como un hecho biológico, señalando que el delincuente era un individuo predispuesto al delito por motivo de su constitución psicofísica.

Por otra parte Garófalo señala con su teoría del "delito natural" que el delito es más que la coincidencia de los delincuentes con el "tipo antropológico", ya que el delito lo constituye la lesión de los sentimientos de piedad y probidad o justicia y ese ataque debe lesionarlos en la medida en que son poseídos por las razas humanas superiores y que es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad.

El concepto de delito a la luz del finalismo, elaborado desde el comienzo de los años treinta, sobre todo

---

<sup>10</sup> Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte General, 4ª reimpresión, Vol. I, Editorial Temis, Bogotá, 1956, pág. 44.

por Hans Welsel, en varias etapas, tenía su arranque metódico en el abandono del pensamiento abstracto y del relativismo valorativo de la época anterior. Welsel quiso convertir de nuevo el verdadero ser de la acción humana en el concepto central de la teoría del delito (punto de vista ontológico). Consecuentemente llegó a conocimientos que posibilitaron una corrección global de las oscuridades y contradicciones surgidas en el sistema dominante. Con ello se llegó prácticamente a las conclusiones ya insinuadas en el concepto tradicional del delito, sin que hubieran sido plenamente reconocidas a su tiempo por la dogmática anterior. Resultados esencialmente iguales pueden lograrse, sin duda, si no se parte de la teoría finalista de la acción, sino que se arranca de la teoría del injusto y se le da un cambio "personal", como hoy se hace generalmente. No hay, pues, razón alguna para una lucha de escuelas entre finalistas y seguidores de la anterior sistemática. Se puede reconocer la importancia de la teoría del delito de Welsel, que ha hecho época, sin elaborar por ello el nuevo sistema exclusivamente desde el concepto final de la acción. Los decisivos avances dogmáticos pueden también razonarse convincentemente desde la doctrina tradicional, en tanto los pensamientos sistemáticos ahí desarrollados sean llevados coherentemente hasta sus conclusiones últimas. La diferencia radica en la fundamentación ontológica o normativa de la estructura del delito.

El pensamiento del finalismo está determinado por el giro desde la separación tajante entre mundo real y Derecho, en el neokantismo, hacia la realidad del ser social. Por ello se esforzó en elaborar las "estructuras lógico-objetivas" previas a toda configuración jurídica y en construir el Derecho penal sobre la "naturaleza de la cosa". De ese modo, la doctrina de la estructura final de la acción humana descansa directamente en las observaciones de la nueva psicología sobre la proyección de los actos psíquicos en el mundo exterior. También para el conocimiento de los valores acude la nueva doctrina a lo que viene dado anticipadamente a la existencia humana: el deber incondicional; el sujeto responsable, la ordenación de actuar éticosocial y la concordancia de los órdenes éticosociales. Unido a la superación del neutralismo valorativo estaba el deseo de avanzar hacia una verdadera fundamentación éticosocial del Derecho penal, que se manifiesta en la comprensión personal de la antijuridicidad, en el postulado de la responsabilidad del hombre por la corrección objetiva de sus decisiones voluntarias y el redescubrimiento del pensamiento retribucionista como sentido ético de la pena.

Desde el principio, la nueva teoría ha hecho del concepto de la acción finalísticamente entendido la base de la estructura del delito. Según ello, el actuar humano pertenece a una categoría del ser totalmente distinta a cualquier otro proceso casual. En ejercicio de la actividad

final. Con la ayuda de su saber causal, el hombre puede, dentro de ciertos límites, dominar el acaecer y dirigir conforme a un plan su actuación para alcanzar una meta. La dirección final de la acción se realiza en la anticipación mental de la meta, en la elección de los medios instrumentales precisos y en la ejecución de la acción en el mundo real.

Delito es aquello que el derecho vigente ha definido como tal (concepto formal de delito). Puede quedar abierta la gestión de por qué ello es así. Esta conceptualización parece no querer o no poder decir nada con respecto al contenido metajurídico, material del delito.

El concepto material de delito a que se ha aludido parte de la base de la pregunta relativa a qué se puede prohibir en el presente orden jurídico y social. De la fundamentación de la justificación de la pena impuesta por el Estado, se sigue que este sólo puede utilizar al Derecho penal como un medio extremo destinado a proteger los valores comunitarios más elementales e importantes. Por la misma razón, la determinación del concepto material de delito está íntimamente relacionada con la teoría estatal en general.

La importancia de la distinción entre el concepto formal y el material del delito se debe a que ambos cumplen funciones completamente diferentes. El concepto formal del

delito describe la extensión concreta de la zona penal y es por ello determinante para la función de garantía de la ley penal. Por el contrario, el concepto material de delito representa la concepción de la comunidad, sobre aquello que pueda ser prohibido mediante una amenaza de pena, de suerte que es un importante instrumento político-criminal.

En la actualidad, se utiliza generalmente la breve fórmula de la dañosidad social para aprehender el concepto material del delito. En este sentido son socialmente dañosas aquellas conductas que eliminan o afectan en forma inaceptable la capacidad de mantener la estabilidad y funcionalidad de la vida social. La aplicación de normas penales es admisible sólo cuando la exijan necesidades esenciales de la protección de la colectividad, o bien los intereses vitales del individuo.<sup>11</sup>

Las innovaciones y la estructuración que realiza la teoría finalista con base en sus principios sistemáticos, son bastante convincentes, teoría a la cual se enfilan diversas legislaciones (países) que están vinculadas a la dogmática alemana -a la cual es partícipe la legislación mexicana y sobre todo a partir de las reformas penales en nuestros Códigos Sustantivo y Procesal Penales en el mes de mayo de 1994-. Con lo anterior debemos señalar que todavía hay

---

<sup>11</sup> Cfr. Maurach, Reinhart, Derecho Penal, Parte General, 7ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 212.



algunos aspectos sobre los que se tiene que trabajar. Por lo cual dejamos asentado que hoy día no existe teoría alguna del delito que pueda ser más que un proyecto pasajero, sin embargo, actualmente la teoría finalista va a la vanguardia sobre las otras concepciones dogmáticas del delito, teoría que como ha quedado señalado, se estructurará el presente trabajo de investigación.

#### 1.4.1 El tipo penal.

El concepto de tipo se obtuvo al desarrollarse la doctrina del *corpus delicti*. Se llamaba *corpus delicti* a aquellos signos externos de un delito que justificaban especiales medidas de persecución. El *corpus delicti* era, pues, un concepto procesal. El concepto de tipo desaloja al *corpus delicti* al trasladarse el interés desde lo procesal a lo material.

Aún después de este cambio se designa al principio como *corpus delicti* o tipo a lo ocurrido en concreto, aunque ya no como hecho procesalmente relevante, sino como un hecho definido por su relevancia jurídico-material. Así Welsel<sup>12</sup> nos dice que tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida, esto es, lo que la ley describe de un modo exhaustivo la materia de la prohibición. Al aumentar la penetración científica en el Derecho penal desaparece el

---

<sup>12</sup> Cfr. Welsel, Hans, Ob. Cit. pág. 76.

interés por los hechos para centrarse en las clases de hechos. La totalidad de los elementos de una determinada acción o hecho que están contenidos en el concepto legal de una determinada clase de acciones antijurídicas se denomina tipo del delito. <sup>13</sup>

El tipo está integrado por una parte subjetiva y otra objetiva. La parte subjetiva del tipo forma su componente final. La parte objetiva es su componente causal, siendo la componente causal dominada y dirigida por la componente final <sup>14</sup>; así la acción penal es una estructura compleja, en la que la meta perseguida es tan solo una parte al lado de los medios puestos en práctica y de las consecuencias accesorias ligada con ellos y por tanto la voluntad final de la acción es una voluntad de realización, que abarca todas las consecuencias que el autor reconoce necesariamente ligadas con la obtención de la meta y que quiere también producir. Las acciones están en relación con las consecuencias voluntariamente producidas, así la acción final puede poseer varios sentidos de acción, en virtud de su referencia a los diversos resultados producidos por obra de la voluntad. El derecho exige al que pretende participar, sin limitaciones, en la convivencia social, que al efectuar en la esfera exterior una resolución de voluntad, despliegue por lo

---

<sup>13</sup> Cfr. Jakobs, Gunther, Derecho Penal, Parte General, Editorial Marcia Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pág. 187.

<sup>14</sup> Cfr. Marquez Piñeiro, Rafael, El Tipo Penal, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 1992, página 241.

menos al mínimo de dirección finalista adecuado a la situación concreta, para evitar el deterioro o el menoscabo de los bienes jurídicamente tutelados.<sup>15</sup>

#### 1.4.2 Antijuridicidad.

La antijuridicidad significa contradicción con el Derecho u "oposición de la acción a la orden normativa".<sup>16</sup> Ahora bien, esta contradicción ha de entenderse del siguiente modo: el legislador establece para la protección de la convivencia del hombre en sociedad preceptos vinculantes de comportamiento que se denominan normas jurídicas. Las normas jurídicas no son puros mandatos coactivos, sino exigencias ajustadas al orden de la comunidad, que por su sentido racional apelan a la comprensión de los sujetos de derecho y reclaman consecuentemente obediencia cívica. O prescriben un hacer positivo que favorezca a los valores o prohíben el comportamiento contrario a dichos valores, de manera que consisten en mandatos o prohibiciones.

La antijuridicidad contempla dos enfoques, siendo uno formal y otro material.

---

<sup>15</sup> Idem, pág. 248.

<sup>16</sup> Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, 4ª edición, Editorial Colmenares, Granada, 1993, pág. 210

En la antijuridicidad formal únicamente se considera la oposición de la acción a la orden normativa (se ciñe a la relación entre la acción y la norma).

La antijuridicidad material posee importancia en cuanto a su contenido, ya que en sentido material, una acción es antijurídica en atención al menoscabo del bien jurídico protegido por la correspondiente norma, esto es, que la corporeidad de esta antijuridicidad material, son las razones con que el legislador ha conminado con pena un determinado comportamiento, como lesión intolerable del orden de la comunidad, y revela, además, lesión que no debe entenderse naturalísticamente como deterioro de un determinado objeto de la acción, sino como actuación contraria al valor ideal que debe ser amparado por la norma jurídica. Así en la lesión del bien jurídico hay un daño a la comunidad que justifica la rotulación del delito como un comportamiento socialmente dañoso.

Por otra parte la antijuridicidad material es por de pronto la guía del legislador para establecer los tipos penales, así como la idea rectora de los órganos dedicados a la persecución penal, si tienen que buscar el precepto penal aplicable en el caso concreto. El punto de vista de la antijuridicidad material permite, además, escalonar el injusto según su gravedad y expresar las diferencias graduales en la medición de la pena.

El orden jurídico penal se encuentra formado por manifestaciones de voluntad del legislador que requieren un concreto comportamiento de los destinatarios. De ahí que sus normas hayan de entenderse como proposiciones de deber dirigidas a cada persona. En las proposiciones jurídicas, al menos cuando se trata de preceptos penales, se establecen deberes públicos que nadie puede cumplir salvo aquella persona a la que afectan en un caso particular. Las normas jurídicas han de entenderse, consiguientemente, como imperativos, y en ese sentido son tomadas por la comunidad. Tarea del derecho es dirigir al hombre hacia un querer correcto en su contenido, y ello antes incluso de que haya realizado una acción que pueda ser valorada como antijurídica. Dado que el Derecho debe actuar en la comunidad, su función como norma de determinación es la preferente. Empero, el Derecho tiene también, simultáneamente, la misión de juzgar como objetivamente desacertado el comportamiento del autor, siendo por ello norma de valoración. De este modo, las proposiciones jurídicas ofrecen un doble carácter: como imperativos son normas de determinación, y como medida de la desaprobación jurídica del comportamiento son normas de valoración.

Con todo, para la antijuridicidad de una acción interesa no solo la voluntad de la acción, sino también sus efectos, pues, sin duda, implica una diferencia para la gravedad del injusto la manera en que se ha manifestado la

voluntad contraria al Derecho y, en especial, si ha lesionado o no el objeto de la acción protegido por el precepto penal. Por eso la norma jurídica no solo es norma de valoración respecto al desvalor de la acción, sino también en cuanto al desvalor del resultado.

En la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción se encierra el desvalor del resultado del hecho, y en la forma y modo de su ejecución el desvalor de la acción. El desvalor de la acción se compone tanto de las modalidades externas del comportamiento del autor como también de las circunstancias que concurren en la persona del autor. De ahí que haya de distinguirse entre desvalor de la acción referido al hecho y referido al autor (personal). Mediante su acogida en el tipo penal, el desvalor del resultado y el de la acción se convierten, respectivamente en el injusto del resultado y de la acción. <sup>15</sup>

#### 1.4.3 Culpabilidad.

La culpabilidad es un juicio sobre el autor que encuentra su límite en el hecho típico-antijurídico, desvalorativo, ejecutado por el autor, y que extrae la medida del reproche del grado de la infracción del deber que se ha manifestado en la comisión del delito; mientras mas evidente sea el apartamiento del autor respecto del mandato normativo,

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, págs. 211 a 217.

mientras menos se haya él dejado influenciar por la función de determinación de la norma, más serio será el reproche de culpabilidad. La desproporción entre la determinabilidad y la accesibilidad del autor y su conducta concretamente contraria a la norma determina la gravedad del reproche. La culpabilidad es la constatación de que el autor ha utilizado erróneamente su capacidad de querer-poder, o sea, que ha formado equivocadamente su voluntad. No es posible responsabilizar al autor por un desarrollo insuficiente de su carácter ni por su ánimo. De ahí que el reproche de culpabilidad no se forme a partir de dichas cualidades o tendencias de los sentimientos del autor, sino sobre la base del producto final que se origina a partir de la contradicción entre sus predisposiciones, sus tendencias conscientes e inconscientes, las representaciones inhibitorias, etc.; este producto final es la voluntad hacia el hecho. El juicio de culpabilidad atañe, luego, al carácter defectuoso de la voluntad; dicho brevemente, toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad.<sup>16</sup>

Para que tenga existencia este otro elemento del delito y que es la culpabilidad, ello va a cristalizarse una vez comprobada la concurrencia de un hecho antijurídico, esto

---

<sup>16</sup> Cfr. Maurach, Reinhart, Derecho Penal, Parte General, 7ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 589.

es, no existe una culpabilidad en si, sino sólo una culpabilidad por el hecho antijurídico.<sup>17</sup>

Así la culpabilidad se fundamenta en el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este "podē̄r en lugar de ello" del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad, ahí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica.<sup>18</sup>

El fundamento del principio de culpabilidad y de responsabilidad, es la capacidad del hombre para decidirse libre y correctamente entre el Derecho y la injusticia. Solamente si existe esta libertad de decisión, tiene sentido reprochar al autor culpabilidad.<sup>19</sup>

A través de las teorías del delito, en que se ha basado la distinción fundamental de antijuricidad y culpabilidad, se han producido distintas concepciones de la

---

<sup>17</sup> Cfr. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 3ª edición, Editorial PPU, Barcelona, 1990, pág. 575.

<sup>18</sup> Cfr. Welzel, Hans, Ob. Cit., pág. 197.

<sup>19</sup> Cfr. Wessels, Johannes, Derecho Penal, Parte General, 6ª edición, Ediciones Palma, Buenos Aires, 1980, pág. 109.



culpabilidad que corresponden a las diversas fases de evolución de la teoría del delito.

El concepto causal-naturalista de delito de Von List y Beling, supuso una concepción psicológica de la culpabilidad: la culpabilidad como relación psicológica entre el hecho y su autor. El ambiente positivista de fines del pasado siglo se plasmó en una construcción de la teoría del delito que, por una parte, partía de la división del mismo en las dos partes que se manifiestan separadas ante la percepción de los sentidos: la parte externa y la parte interna, y, por otra parte, atendía como elemento definidor fundamental a la idea de la causalidad. La parte externa del hecho se identificó con el objeto de la antijuricidad, mientras que la parte interna se atribuyó a la culpabilidad. Esta se presenta como el conjunto de elementos subjetivos del hecho. Por otra parte, así como el injusto se define a partir del concepto de causalidad, como causación de un estado lesivo, la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica, como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto. El dolo y la culpa se ven como las dos formas posibles de esta conexión psíquica entre el autor y su hecho. El delito aparece, pues, como el resultado de una doble vinculación causal: La relación de causalidad material, que da lugar a la antijuricidad, y la conexión de causalidad psíquica en que consiste la culpabilidad.

En esta concepción el dolo y la culpa no sólo pertenecen a la culpabilidad: son las dos clases o especie de culpabilidad, que constituye el género. No sólo son formas de la culpabilidad, porque son la culpabilidad misma en una u otra de sus dos posibles especies. Así el vínculo de voluntad que representa el dolo no constituye sólo un requisito de la culpabilidad, sino que es la culpabilidad específica del delito doloso. Es más concretamente, la especie más perfecta de la culpabilidad, porque supone la relación psíquica completa entre el hecho y su autor. Y la culpa se entiende como una conexión psíquica imperfecta con el hecho. Como presupuesto de la culpabilidad se exige la imputabilidad.

El concepto psicológico de culpabilidad fracasó ante la imprudencia y ante la existencia de causas de exculpación que no excluyen el dolo.

La imprudencia no podía explicarse como relación psicológica. Por de pronto, en la culpa inconsciente no existe ninguna conexión psíquica entre el autor y la lesión, puesto que se caracteriza por la falta de representación de su posibilidad (desconocimiento del peligro). <sup>20</sup>En la culpa consciente se intentaba explicar—su carácter psicológico atendiendo al conocimiento del peligro que supone: en ella no se quiere la lesión, pero se prevé su posibilidad. Por extensión, toda la imprudencia se define en función de la

---

<sup>20</sup>Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, Ob. Cit., pág. 578.

previsibilidad. Se trata de un concepto relacionado con lo psicológico, y de ahí su aceptación en la concepción psicológica de la culpabilidad; pero en realidad no describe ninguna relación psíquica efectiva, sino sólo su posibilidad. Por otra parte, no bastan ni la previsibilidad ni la previsión de la lesión para que la imprudencia exista: lo único decisivo es que se infrinja el deber de cuidado, el cual no obliga a evitar toda conducta previsiblemente lesiva. Así el tráfico rodado es una fuente previsible de lesiones y, sin embargo, no se haya prohibido. En realidad, prácticamente toda lesión es teóricamente previsible que pueda suceder; lo que ocurre es que sólo tenemos el deber de prever las lesiones con cuya posibilidad normalmente contamos. La imprudencia no consiste, pues, en algo psicológico, sino en algo normativo: en la infracción de la norma de cuidado.

En ciertas causas de exculpación es evidente que subsiste el dolo. Así, en el estado de necesidad exculpante o en el miedo insuperable: piénsese en el sujeto que para salvar su vida mata a otro voluntariamente. Sucede entonces que falta la culpabilidad pese a concurrir el nexo psicológico entre el resultado y su autor. Esto solo puede explicarse si se renuncia a identificar la culpabilidad con el vínculo psicológico del sujeto con el hecho.

Pasando a la concepción normativa de la culpabilidad, tenemos que las críticas efectuadas condujeron

a la sustitución de la concepción psicológica de la culpabilidad por su concepción normativa, esto es, que la culpabilidad pasa a entenderse como un juicio de valor: como un juicio principio de reproche por la realización del hecho antijurídico cuando era exigible obrar conforme al Derecho. Esto no significa que el dolo y la culpa no sigan considerándose en la culpabilidad, sino sólo que dejan de verse como la culpabilidad misma (como sus especies), para pasar a constituir elementos necesarios pero no suficientes de la culpabilidad. Puede concurrir el dolo y faltar la culpabilidad, lo que sucede cuando existe una causa de exculpación, porque entonces el dolo no es reprochable en atención a las circunstancias concomitantes. Por otra parte la culpabilidad imprudente puede concurrir sin necesidad de una efectiva relación psicológica, como ocurre en la culpa inconsciente: lo decisivo es que la conducta sea reprochable y en la culpa inconsciente lo es porque el sujeto actúa sin cumplir el deber de advertir el peligro.

Concebida como reprochabilidad por la voluntad defectuosa, la culpabilidad requería, según la concepción normativa originaria: la imputabilidad, como capacidad de culpabilidad, es decir, como presupuesto de una voluntad defectuosa reprochable.

El dolo o la culpa como voluntad defectuosa. El conocimiento propio del dolo, o su posibilidad en la

imprudencia, para ser defectuosos han de referirse tanto a los hechos como a significación antijurídica.

Ausencia de causas de exculpación (como el estado de necesidad exculpante), cuya presencia impediría la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho.

Este constituía el contenido de la culpabilidad en el concepto neoclásico del delito. Se caracterizaba, como se ve, por la introducción de una perspectiva valorativa en la explicación de la esencia de la culpabilidad, pero también por el mantenimiento del contenido psicológico del hecho como objeto de valoración. Más que un cambio de los elementos integrantes de la culpabilidad, que continuaban girando fundamentalmente en torno al dolo y la culpa, se produjo sobre todo una reinterpretación del significado de la culpabilidad. Del mismo modo que el concepto neoclásico del delito no abandonó el concepto causal de acción sino que se limita a entenderla en términos valorativos, mantuvo para la culpabilidad el contenido sistemático propio del causalismo.

Desde el punto de vista del finalismo tendremos que como consecuencia de trasladar la finalidad al centro del injusto, el finalismo de Welzel sustrajo el dolo, así como la infracción del deber objetivo de cuidado base de la imprudencia, de su tradicional sede de la culpabilidad. Todo

el hecho, concebido como unidad definida por lo subjetivo, y no sólo su parte objetiva, se constituye en contenido del injusto. La culpabilidad deja de continuar cobijando la parte subjetiva del hecho. De este modo se consigue abandonar por completo el contenido psicológico de la culpabilidad y convertir la concepción normativa del causalismo en una concepción puramente normativa. Como se ha visto, la anterior concepción normativa no rompió más que parcialmente con el psicologismo al que parecía oponerse: la voluntad defectuosa constituía el centro de la culpabilidad. En cambio para el finalismo la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico. Todo el objeto del reproche se encuentra en el injusto. En la culpabilidad quedan sólo las condiciones que permiten atribuirlo a su autor.

En concreto, el contenido de la culpabilidad queda en el finalismo constituido por los elementos siguientes:

La imputabilidad, sin la cual se entiende que el sujeto carece de libertad para comportarse de otro modo a como lo hace (poder actuar de otro modo). De presupuesto previo de la culpabilidad, esta categoría pasa a erigirse en condición central de la reprochabilidad, puesto que el núcleo de la culpabilidad ya no se ve en la voluntad defectuosa -de la que la imputabilidad sería un presupuesto-, sino en las condiciones de atribuibilidad del injusto, y estas

condiciones giran en torno a la idea del poder actuar de otro modo, esencia que Welsel confiere a la imputabilidad.

La posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho. El dolo pasa al injusto como dolo natural, por lo que no incluye el conocimiento de la prohibición (que en el causalismo pertenece al dolo como *dolus malus*). El examen de este aspecto queda para la culpabilidad, pero no ya como un contenido psicológico de conocimiento efectivo, sino como posibilidad, normativamente determinable, de dicho conocimiento. Del mismo modo que en la imputabilidad se pregunta si el sujeto podría actuar de otro modo, en este punto se comprueba si podía conocer la prohibición del hecho, en cuanto condición del poder adecuar la conducta a la norma. La falta de dicha posibilidad no excluye, pues, el dolo (natural), sino que excluye la culpabilidad (error de prohibición invencible). Si concurre un error de prohibición vencible, puede atenuarse la culpabilidad -lo que no sucederá cuando se trate de un error burdo-.

La ausencia de las causas de exculpación (o de disculpa), como el estado de necesidad exculpante. Si bien reconoce que estas causas no excluyen por completo la posibilidad de actuar de otro modo ni, por tanto, la culpabilidad, se entiende que la disminuyen de forma suficiente como para disculpar (en el sentido de perdonarle

su culpabilidad) al sujeto y eximirle del reproche de su culpabilidad. <sup>21</sup>

#### 1.4.4 Punibilidad.

Una vez que ha quedado asentada la filiación a la corriente finalista y habiendo estructurado el delito compuesto de una conducta típica, antijurídica y culpable, es necesario que para que pueda ser incriminable, ha de estar conminado con la amenaza de una pena, es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquella, legal y necesaria. "Ley sin pena es campana sin badajo" <sup>22</sup>, reza un proverbio alemán. En nuestro derecho se señala al acto o a la omisión para ser delictuosos, el estar sancionados por las leyes penales (artículo 7° del Código Penal), lo que hace que según nuestra ley positiva el concepto de delito se integre con el elemento acción como presupuesto del elemento "punibilidad", que es su predicado.

El requisito de la amenaza penal como elemento constitutivo del concepto de delito ha sido criticado por decirse que está contenido en el tipo de acción punible, antijurídica y culpable; o bien porque, si la pena es consecuencia del delito, no puede constituir elemento integrante de él, pues todo lo que se hace es dar al delito

<sup>21</sup> Cfr. Mir Puig, Santiago, Ob. Cit., págs. 578 a 584.

<sup>22</sup> Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penal Mexicano, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 423.



un sello externo y distintivo de las demás acciones. Debe reconocerse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar. De donde resulta que la punibilidad no es un elemento esencial de la noción jurídica del delito.

Puede decirse que en todos los casos la Ley exige para que exista punibilidad de la acción un conjunto de condiciones objetivas seleccionadas en los tipos, pero en ocasiones también fija otras condiciones objetivas; así las tenemos en el caso de delincuentes que hayan cometido infracción en el extranjero y que deban ser sancionados en la República, para lo cual es requisito que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República (art. 4 fr. III c.p.). En ocasiones también la punibilidad está cualificada por el resultado mismo, más o menos grave, no causado por el infractor; y así tenemos cierta sanción para que el que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de él o de algún vicio, si el delito no se ejecutare, pues en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido (art. 209 c.p.). Todas esas son condiciones objetivas de punibilidad de la acción, ajenas a la acción misma en su aspecto causal físico y pueden

ser consideradas como anexos del tipo, como condicionantes de la penalidad o como condicionantes de la procedibilidad de la acción penal.<sup>23</sup>

En la imputación jurídico-penal no se sigue consecuencia alguna de la circunstancia de que algo sea una acción; más bien, en la imputación al sujeto actuante interesa sólo la acción penal típica. Tampoco se sigue nada sólo de la concurrencia de una acción típica penalmente en lo que se refiere en la imputación al sujeto actuante de la acción en tanto que punible: La consecuencia jurídica "pena" presupone el obrar penalmente típico, antijurídico y culpable.

Esta sola relevancia de la acción típica, antijurídica y culpable no debe inducir a la suposición de que todas las condiciones de la imputación sean equivalentes; lo son únicamente en relación con el resultado final de la punibilidad; para este es indiferente si falta un elemento del tipo o bien un autor está disculpado. Pero el resultado solo se puede averiguar con seguridad si se articulan de determinado modo los presupuestos de la imputación, ello no solo por motivos didácticos. Pues, por una parte, cuando uno de los presupuestos de la imputación, sobre todo los de naturaleza subjetiva, presenta lagunas; el problema de la coordinación de un ámbito no regulado, no cabe resolverlo con

---

<sup>23</sup> Idem, pág. 424.

la idea genérica de que se trata de imputación, sino solo con la distinción de a qué complejo (sectorial) pertenece el problema.

La articulación es también necesaria porque en la determinación de la imputación puede ser importante como cuestión previa un actuar no típico, o típico y antijurídico, pero no culpable, de otra persona.

Es importante en este tema, hacer la distinción sobre los conceptos de punibilidad, punición y pena.

Por punibilidad entendemos la conminación de privación formulada por el legislador para la prevención general, determinada cuantitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste (Poder Legislativo).

La punición será la fijación de la particular y concreta privación del autor del delito, realizada por el Juez, para reafirmar la prevención general y determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad (Poder Judicial).

Y en cuanto a la pena, es la real privación del autor del delito que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la

---

prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad (Poder Ejecutivo).<sup>24</sup>

Como otro tópico podemos citar lo que al respecto señala el Dr. Eduardo López Betancourt<sup>25</sup>, mencionando que "la punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran señaladas en nuestro Código Penal".

En cuanto a la incorporación en la norma penal, nos establece que el término puede tener varios sentidos; puede ser la oportunidad de aplicar una pena, o puede ser la obligación o merecimiento de recibir una pena.

De igual forma, nos menciona que aparejado a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, es necesario señalar también los elementos subjetivos de la punibilidad, los cuales son llamados por el autor como "calificantes psicológicas".

Con base en lo anterior agrega, que un delito genérico puede tener carácter parcialmente punible, le es dable tener diferentes penas dependiendo de la cantidad de

---

<sup>24</sup> Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida, 3ª edición, Editorial Trillas, México, 1991, págs. 24 a 26.

<sup>25</sup> López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994, págs. 253 a 261.

tipos de delitos agravados o atenuados que haya creado la legislación.

En relación a las excusas absolutorias establece que se le llamará de esta forma al aspecto negativo de la punibilidad, haciendo mención de que las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente.

#### 1.5 Delitos de lesión y de peligro.

Según la relación existente entre acción y resultado, se distingue entre delitos de resultado y delitos de simple actividad.

En los delitos de resultado se presupone en el tipo legal la producción de un resultado en el mundo exterior, que pueda deslindarse conceptualmente de la acción, de modo que hay que investigar la relación causal entre acción y resultado.

Forman un grupo especial de delitos de resultado los delitos calificados por el resultado, en que la ley prevé una agravación de la pena si la realización de un delito fundamental determinado (por ejemplo, violencia carnal, lesión corporal dolosa y robo) produce adicionalmente pero,

al menos, culposamente una "consecuencia especial del hecho", por ejemplo, la muerte del lesionado.

Los delitos de simple actividad no presuponen dicho resultado en el mundo exterior; la actividad descrita en la ley ya realiza el correspondiente tipo de lo injusto.<sup>26</sup>

De acuerdo con la intensidad del menoscabo del objeto de la acción se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro (concreto). En los delitos de lesión el tipo requiere un daño del objeto protegido de la acción, mientras que en los delitos de peligro basta, como resultado de la acción, el riesgo de lesión. La producción del resultado constituye un elemento del tipo y ha de acreditarse caso por caso. Por peligro debe entenderse un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción de un daño aparece como probable según las concretas circunstancias existentes, y la posibilidad del mismo resulta obvia.

Para Jiménez de Asúa, son delitos de peligro "aquellos en los que basta para la realización típica que se haga correr un riesgo al objeto protegido como bien o interés jurídico".<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Cfr. Wessels, Johannes, Ob. Cit., pág. 8.

<sup>27</sup> Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, Ob. Cit. T. III pág. 468

De donde podemos desprender que el peligro lo es en atención al bien jurídico protegido, ya que todo va enfocado al ataque de dicho bien, toda vez que si en su consumación típica representa una inmediata lesión del valor, estamos frente a un delito de lesión, y si por el contrario, cuando solo se tenga próximo peligro de la lesión a dicho valor, dando paso al delito de peligro; concluyendo que el daño es la efectiva lesión de un bien jurídico, y el peligro, es solo una probabilidad de daño, una acertada probabilidad de lesión.

En los delitos de peligro a su vez hay que diferenciar los delitos de peligro concreto y abstracto, según si el hecho tiene que haber creado realmente un peligro o si es suficiente que la acción usualmente traiga peligros consigo <sup>28</sup>; los de peligro abstracto constituyen, respecto a los de peligro concreto, un estadio anterior, cuyo merecimiento de pena viene dado ya por la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos. La creación del propio peligro no pertenece aquí al tipo, porque el correspondiente comportamiento "conlleva típicamente la producción de un peligro concreto". Por ello, los indicios de la peligrosidad se encuentran recogidos de forma vinculante en la misma ley, mientras que en los delitos de peligro concreto la concurrencia del peligro, como elemento del tipo, debe ser constatada, en su momento, tanto por el Ministerio

---

<sup>28</sup> Cfr. Welzel, Hans, Ob. Cit., pág. 93.

Público como por el Juez. Son también delitos de peligro abstracto aquellos tipos en los que la comprobación de la peligrosidad general de la acción queda al criterio del juez merced al requisito de la "idoneidad" para la producción de un resultado determinado. La ausencia de toda posibilidad de puesta concreta en peligro puede servir, sin embargo, para prescindir de la punibilidad si la concurrencia del peligro para los objetos de protección conforme al tipo resulta excluida de modo absoluto.<sup>29</sup>

Una vez establecido lo anterior, tendremos que actualmente el tipo penal de peligro del contagio, bajo la perspectiva de la clasificación de los delitos en su estructuración (lesión o de peligro), será un delito de peligro abstracto, porque como ha quedado señalado, este numeral no requiere de un resultado material y su acción -ponga en peligro de contagio la salud de otro- está determinada en el propio tipo penal como elemento conformante del mismo, sin embargo al cristalizarse ese peligro como un ataque al bien jurídico de la salud por el sujeto activo, nos trasladaríamos a un delito de peligro concreto, ya que por esta sola circunstancia de peligro, normativamente se considera idónea para la transgresión del bien jurídico señalado.

---

<sup>29</sup> Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, Ob. Cit., pág. 238.



# C A P I T U L O

## 2

### MARCO

### JURIDICO

- ◆ 2.1 Constitución Política.
  - 2.1.1 Artículo 4.
  - 2.1.2 Artículo 14.
- ◆ 2.2 Código Penal para el D.F.
  - 2.2.1 Artículo 199 bis.
    - 2.2.1.1 Exposición de motivos.
    - 2.2.1.2 Regulación actual.
  - 2.2.2 Artículos 288, 292 y 315.
  - 2.2.3 Códigos Penales de los Estados.
- ◆ 2.3 Código de Procedimientos Penales del D.F.
  - 2.3.1 Medios probatorios.
  - 2.3.2 Artículos 122 y 124.
- ◆ 2.4 Ley General de Salud.
  - 2.4.1 Norma Oficial Mexicana.
- ◆ 2.5 Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados.

## 2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La relación del Derecho penal con el Derecho constitucional es estrecha. En la Constitución se ubica la primera manifestación legal de la política penal y en este marco debe encuadrarse la legislación penal propiamente dicha. Porte Petit citando a Grispigni y a Manzini establece que "el titular del Derecho penal lo es únicamente el Estado, pues es el que tiene la facultad para determinar los delitos, las penas, las medidas de seguridad y para la aplicación de ellas. Por tanto, la relación tan íntima entre el Derecho constitucional y el Derecho penal, donde este último no hace sino reglamentar las bases penales que la Constitución recoge, y de aquí, la diferente orientación que pueden presentar los ordenamientos penales. En otros términos, el papel que juega el Derecho penal, es el de una completa y absoluta subordinación a la carta fundamental de la República".<sup>30</sup>

A continuación se invocarán algunos de los preceptos que tienen relación de manera directa con el presente trabajo de investigación.

---

<sup>30</sup> Porte Petit, Candaudap, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991, pág. 74.

### 2.1.1 Artículo 4.

El artículo 4 de nuestra Carta Magna establece el Derecho a la protección de la salud y nos señala en su párrafo cuarto:

*"Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución."*

Se trata de un derecho que implica una actividad del Estado, ya que por mandato Constitucional es el Estado el obligado a cumplir esta tarea. Y con la finalidad de cumplir adecuadamente con esta obligación se diseñó el Sistema Nacional de Salud en la Ley General de Salud, en donde se asientan las bases para que los gobiernos de los Estados diseñaran sus propios sistemas locales de salud, reflejándose en cada una de sus leyes de la materia.

De dicho dispositivo constitucional deviene que el Estado tiene la obligación de aportar todos los medios y esfuerzos necesarios para conservar y mejorar las condiciones de salud de las personas, porque ello permite un mejor desarrollo de la sociedad.

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

#### 2.1.2 Artículo 14.

Aunque no se trata de un precepto Constitucional relacionado con el problema del SIDA, si en cambio nos establece los marcos jurídicos en donde se conceptualiza el principio de legalidad, del cual a su vez se derivan diversas garantías que dan base de sustentación al Derecho penal, dispositivo Constitucional que a la letra dice:

**Artículo 14.** *A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.*

*Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.*

*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.*

Las garantías que se desprenden de este numeral que consagra el principio de legalidad son:

A.- De la retroactividad e irretroactividad de la ley: "a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna" (párrafo primero).

B.- Del principio de reserva, de legalidad, positividad o concentración legislativa: "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho" (párrafo segundo).

C.- De la garantía de la pena: "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata" (párrafo tercero).

D.- De la garantía del debido proceso: "nadie puede ser privado de la vida, la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho" (párrafo segundo).

Como ha quedado establecido, el principio de los mandatos de este artículo establece la prohibición de

interpretar las leyes retroactivamente en perjuicio de persona alguna, cuestión que ha sido objeto de una abundante discusión tanto doctrinal como jurisprudencial. La propia jurisprudencia ha establecido dos excepciones de dicha prohibición, es decir, tratándose de disposiciones de carácter constitucional o de las de naturaleza procesal. En el primer supuesto de manera ilimitada, y en el último siempre que no menoscaben derechos adquiridos o etapas del procedimiento que se han consumado por precaución.

En el segundo párrafo del artículo 14 configura lo que se conoce como garantía de audiencia, que es la que asume mayor complejidad tanto por lo que se refiere a los derechos tutelados, como a los diversos elementos que integran la citada garantía: los derechos protegidos son la vida, la libertad, propiedades, posesiones y derechos, con lo cual se interpreta toda clase de privación. Empero, una adecuada técnica legislativa sólo debió aludir a la protección de bienes jurídicos, y no casuísticamente como acontece en la especie. Los elementos del Derecho Constitucional de audiencia (de defensa), comprenden los de juicio, tribunales previamente establecidos, y las formalidades esenciales del procedimiento. El juicio se ha entendido en un sentido lato más amplio que el de proceso judicial, puesto que abarca también el administrativo.

La expresión "tribunales previamente establecidos", también debe entenderse en un sentido lato, pues abarca no sólo a los órganos del poder judicial, sino a todos aquéllos que tengan la facultad de decidir controversias de manera imparcial; las formalidades esenciales del procedimiento son las que deben tener todo procedimiento (judicial o administrativo).

El último párrafo del artículo 14, que también tiene gran relación con la materia penal, se refiere a los requisitos de fondo de las resoluciones judiciales, a través del llamado control de legalidad. Por lo que respecta al proceso penal, el tercer párrafo del artículo 14 constitucional prohíbe imponer pena alguna que no esté establecida por una ley exactamente (en realidad estrictamente) aplicable al delito del que se trata, principio esencial del enjuiciamiento criminal, que se conoce tradicionalmente por el aforismo **nullum crimen, nulla poena sine lege**, y como bien indica la doctrina, abarca también el de **nulla poena sine iudiciem**. Facultad consagrada en la fracción VI del artículo 73 Constitucional que nos indica:

**"Artículo 73.-** El congreso tiene facultad:

VI.- Para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal, sometiéndose a las bases siguientes..."

De acuerdo a los principios señalados derivados del precepto constitucional señalado, tenemos que existe la prohibición de aplicar la ley por analogía, esto es, que el objetivo de la analogía consiste en llenar las lagunas de la ley ampliando o desarrollando un precepto, por lo que trasladándonos a la incursión que se hace en la reforma del artículo 199 bis del Código Penal, de fecha 21 de enero de 1991, donde se incluyó el fenómeno del SIDA, en una clase de enfermedades que devienen del contacto sexual -hoy denominadas enfermedades de transmisión sexual-, el caso que nos ocupa no solo puede ser transmisible por este medio, y por tanto esta inclusión no cumple con los requisitos constitucionales sobre su incorporación a dicho artículo. Este tipo penal antes de la reforma aludida, se refería a dos clases únicas de enfermedad; sífilis o mal venéreo, entendido éste como género. Hay que afirmar que la sífilis y el SIDA son dos cosas diferentes, por sus distinciones biológicas y consecuencias, por tanto tratar de asimilarlas se caería en una aplicación analógica en su construcción tipológica, que como dejamos asentado se encuentra expresamente prohibida.

2.2 Código Penal para el D.F. en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.



## 2.2.1 Artículo 199 bis.

El artículo 199 bis por primera vez fue incluido en el Código Sustantivo Penal, a través del Diario Oficial de la Federación de fecha 14 de febrero de 1940, el cual quedaba contemplado dentro del Título Séptimo denominado Delitos Contra la Salud, en el Capítulo II, intitulado Del Peligro del Contagio. Dispositivo que a la letra señalaba:

**Artículo 199 bis.-** *El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de tres años y multa hasta de tres mil pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio.*

*Cuando se trate de cónyuges, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.*

Resalta de este artículo la parte final del párrafo primero, donde señala "sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio", circunstancia que nos revela el conocimiento latente del daño que se pudiera producir, esto es, que en el mismo artículo había dos hipótesis: a) el delito de peligro, y b) en el supuesto de materializarse como un delito de resultado material: el contagio.

### 2.2.1.1 Exposición de motivos.

A continuación se transcribe la exposición de motivos llevada a cabo en la Cámara de Diputados, para la reforma penal de fecha 21 de enero de 1991, que sufriera éste artículo 199 bis del Código Sustantivo Penal.

#### DISCUSIONES PARLAMENTARIAS.

"Propuestas de reformas, adiciones y derogaciones a diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal.

"Por lo que hace al delito de peligro de contagio, esta comisión consideró conveniente revisar la estructura del tipo penal que se propone reformar en la iniciativa, pues ésta sugiere reducir su alcance al contagio de enfermedades venéreas por medio de relaciones sexuales. Para esta comisión resulta evidente que existen enfermedades tales como el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida que tiene periodos infectantes que pueden transmitirse por medios distintos a las de las relaciones sexuales, que ciertamente dan lugar a conductas peligrosas para el contagio.

"El delito que nos ocupa es necesariamente intencional, sin que para su configuración sea indispensable que se produzca el daño de contagio, en cuyo caso se trataría de un delito de lesión y no de peligro, que como su nombre lo indica, simplemente tutela la amenaza del bien jurídico protegido: la salud pública.

"En cuanto a la sanción, esta comisión consideró conveniente conservar la pena privativa de la libertad leve, para que el juzgador, a su prudente arbitrio, determine si el tratamiento curativo del sujeto activo se da en prisión o se administra en libertad o semilibertad.

"Asimismo se juzgó prudente ampliar a todo servidor público que por su encargo tenga conocimiento de estos casos, el deber de informar de inmediato a las autoridades correspondientes.

"Consideramos que la apreciación que se hace en la iniciativa sobre los peligros de contagio que puedan

transmitirse por las relaciones sexuales, y conocido en el actual código como transmisión de enfermedades venéreas, es constitutiva del delito de lesiones, cuando se efectúa intencional o imprudencialmente, pero en la redacción actual este delito queda supeditado a la conjetura de la premeditación, porque el contaminador por su ciego ímpetu erótico, obra sin mayor reflexión ni análisis del propósito. Dada la evaluación social o los peligros de contagio con los adelantos modernos y la manera de transmisión de enfermedades de este tipo, la reforma contempla enfermedades transmitibles en forma mortal, como es el caso de los enfermos del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida que a sabiendas de su mortal padecimiento, en forma vengativa continúan infectando.

#### COMUNICADO

"El Presidente: - Antes de recoger la votación nominal, la secretaria tiene un comunicado de la Comisión de Justicia.

"Proceda a la lectura del comunicado de la Comisión de Justicia.

"La secretaria diputada Guadalupe Gómez Maganda de Anaya:

"Comisión de Justicia."

"Ciudadanos secretarios de la honorable Cámara de Diputados.- Presentes.

"En reunión de la Comisión de Justicia celebrada el 11 de julio del presente año, se acordó modificar los artículos 199-bis y 263 del dictamen que contiene el proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, en los términos siguientes:

"Artículo 199 bis. El que a sabiendas... Si la enfermedad..."; para posteriormente incorporar el párrafo que se pretendía incluir hasta la reunión de la Comisión de Justicia celebrada el 11 de julio del presente año (1990), donde se acordó modificar el artículo a estudio, disponiendo dicho párrafo: "El servidor público que en virtud de su encargo tenga noticias del hecho, deberá dar aviso de inmediato a las autoridades sanitarias, en los términos a que hace referencia la Ley General de Salud.

"Artículo 199-bis. El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días multa.

"Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

"Cuando se trata de cónyuges, concubenarios o concubinas, solo podrá procederse por querrela del ofendido.

"Se abre el registro de oradores para la discusión del artículo 199-bis. Tiene la palabra el Diputado Ernesto Jiménez.

"El diputado Ernesto Aureliano Jiménez Mendoza: - Señor Presidente; compañeros diputados: He tenido a bien tomar el uso de la palabra para referirme al artículo 199-bis, que describe una situación que se iguala a lo que es la tentativa de lesiones o tentativa del delito de contagio venéreo.

"Realmente, a pesar de estar en la subcomisión que trató esto y que lo estudiamos conjuntamente con otros compañeros, hicimos oportunamente las indicaciones necesarias para que aquí el bien jurídico protegido fuera el contagio venéreo, que es el que frecuentemente se da en la sociedad mexicana. Sin embargo, no fuimos oídos en nuestra petición y se insistió en seguir reglamentando en la misma manera como lo hacia el código anterior, el peligro de contagio, es decir, el momento anterior al contagio y que no se da dicho contagio. Por lo tanto, esa conducta encuadra perfectamente en la tentativa de lesiones o si se reglamenta la tentativa de contagio venéreo.

"Por otra parte, tenemos un agregado a este antiguo artículo del peligro del contagio venéreo y ese agregado peca de extremista o de ambicioso y generalmente, según lo manifiesta la comisión, se refieren a la famosa enfermedad del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, sin tomar en cuenta un peritaje médico o un dictamen de alguien conocedor de la materia, la comisión se aventura en realizar esta reglamentación y yo preguntaría a la comisión: ¿Cómo haría para tipificar, en algún momento, el peligro del contagio venéreo, si una persona enferma de Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, si no al

decir de algunos expertos, hasta los cinco años se hace este tipo de revelación de los síntomas? ¿Cómo es posible que ya se instale en un artículo esta situación, preventiva a lo mejor con muy buena intención, pero con muy mala redacción y a pesar de insistirles en la comisión al respecto?

"Con todo esto, vemos que si se tratara de la enfermedad del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, aquí hay un agregado en el artículo que dice: "Si la enfermedad padecida fuera incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión". Vamos a pensar que una persona enferma de Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida contagia a otro o a otra de la enfermedad, en ese caso se trataría hasta este momento, de un homicidio a largo plazo, una situación, una conducta fatal, de consecuencias inusitadas y tarde que temprano tendría que morir esa persona. ¿Cómo es posible que se le condene con seis meses a cinco años de prisión? Sería, en principio, alcanzaría fianza y en seguida, sería el medio más moderno de cometer el homicidio.

"Por lo tanto, es importante anotar o dejar asentado en el Diario de los Debates, este tipo de observaciones, ya que lamentablemente en la comisión no fui oído y espero el sentido común de los compañeros diputados para que pudiéramos reflexionar esto y al menos cuando nos pregunten por qué apoyamos o por qué aprobamos determinada ley, digamos que hubo salvedades, siquiera para el bien de la misma Cámara de Diputados

"Tiene la palabra el diputado Javier Vega Memije: Este precepto en la doctrina, se dice que hay por los resultados del delito dos tipos y tenemos los delitos de peligro y precisamente los delitos de daño. Aquí lo que debe quedar muy claro para todos nosotros, es que estamos frente a un delito de peligro, es decir, ¿qué quiere decir, qué quiere señalar la ley con esto y la comisión poner a la consideración de todos ustedes?. Ya decíamos que el Código Penal tiene como función intimidar, tiene como función tratar de que se lleve bien y se desenvuelva la persona en la sociedad: una manera es intimidando y aquí entra el delito, la tipificación de aquel que es, como en el caso del 199 bis, simplemente de peligro. Aquí se sanciona exclusivamente la intención, es un delito intencional.

"Por eso en el proyecto estamos comentando, no como erróneamente lo señala el diputado que me antecedió en el uso de la palabra, que se refiere a que es una

tentativa de lesión. No, señores. Aquí, insistimos en la clasificación: delitos de peligro y delitos con daño o resultado material. Si se produce un daño o un resultado material, entonces se sanciona con una pena más dura, más fuerte. Aquí únicamente lo que se pretende es señalar la intención de dañar y reglamentar ese posible daño.

"Es falso cuando él dice que "el bien protegido es el contagio venéreo". No es cierto, el bien protegido en este artículo es la salud pública. Por eso, si leemos actualmente el artículo 199-bis, estaremos señalando y desde su título lo observamos: "Capítulo II. Del peligro del contagio. El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante ponga en peligro de contagio la salud de otro, por medio de relaciones sexuales, será sancionado". Y viene aquí la sanción.

"Por eso es que ahora la comisión propone a ustedes, ampliando el tipo: "El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad". Es decir, no solamente limitarlo como está en el actual. "Otra enfermedad grave en periodo infectante ponga en peligro de contagio". Aquí está: ¡peligro de contagio! "La salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible". Que es la segunda parte también que señala el diputado que nos antecedió en el uso de la palabra.

"No es que se requiera así, ni que estemos diciendo que ese otro medio necesariamente tendrá que ser el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida y que no tenga aquí el juzgador un dictamen médico. El señala que cómo le haría la comisión para determinar esto. Nosotros no lo vamos a determinar, es obligación de nosotros pretender regular los diversos supuestos o hipótesis que se puedan presentar para que sea el juzgador, a su prudente arbitrio, el que lo determine.

"El dice que es irrisoria la sanción que se pone si la enfermedad padecida fuera incurable. El dice: "¿Cómo es posible que si es incurable se imponga de seis meses a cinco años de prisión?" Volvemos a insistir, aquí incurre en otro error, no estamos aquí en el supuesto de que el delito o el mal se produzca; aquí estamos ante un delito que está señalando simplemente ese peligro, esa intención.

"Si el daño se produce, en el caso del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida como él lo refirió, estamos en el supuesto de homicidio y si el sujeto

activo lo hace a sabiendas, con conocimiento, como se señala aquí, puede ser un homicidio hasta con agravantes y todos ustedes saben como se sanciona un homicidio.

"Entonces, la comisión tiene que dar información muy clara a todos ustedes. No estamos ante un tipo que sancione un delito de resultado, estamos ante un tipo que sanciona o pretende sancionar, regular un delito de peligro, es decir, es con intención, la simple intención que tenga el sujeto activo de actuar está regulada por este artículo y eso es lo que se está sancionando. Si se produce ese daño, y es lo que tampoco por técnica legislativa puede quedar en este precepto, aquí están las reglas generales, deberá irse a las reglas de las lesiones y si el daño en el caso de la enfermedad fuere incurable, estaríamos no en una tentativa, estaríamos en el delito de homicidio.

"Espero pues que haya quedado claro el comentario sobre el 199-bis, la diferencia entre un delito de peligro y el que produce un daño. Cuando se produzca un daño estaremos ante una sanción más severa, éste es simplemente de intención y por ello someto a la consideración estos comentarios que hace la comisión sobre este artículo 199-bis..

"Pregunta del diputado Ernesto Aureliano Jiménez Mendoza: ¿En el caso del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, que está usted abordando, podría usted decirnos si cuando una persona infecta a otra o le transmite la enfermedad, como usted nos está diciendo, se trataría de un homicidio, sin que éste hubiera todavía muerto?

"Responde el diputado CARLOS JAVIER VEGA MEMIJE: - Estamos, repito, insisto, pretendemos en la comisión ser muy claros doctor Jiménez, si el sujeto es, a sabiendas de él, estamos tipificando un delito de peligro. Si después de darse todo el procedimiento, que no va a hacer la comisión, sino que se da todo el procedimiento, ve el prudente arbitrio judicial que se dan los supuestos del tipo y ya fue un padecimiento normal, obvio que estaremos ante un homicidio, pero esto será después de toda la secuela judicial, la comisión no lo va a determinar.

"La comisión lo que le propone a todos ustedes, es simplemente regular, actualizar el tipo 199-bis en cuanto a un delito de daño (sic) frente a otro de resultado, que es el caso que usted pone y el juez tendrá que ver cual es la sanción, cuál es el delito

que le produjo. Si es mortal, obviamente, en nuestra opinión, estamos en el supuesto de homicidio.

"¿Otra pregunta, señor diputado?

"El diputado Ernesto Aureliano Jiménez Mendoza (desde su curul): Señor diputado: Cuando hice mi intervención, me referí a que la comisión no se asesoró de expertos en la materia para hablar del contagio, es decir, en el caso del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida y que únicamente se llevó por los impulsos personales. Es decir, no se apoyó para legislar sobre la materia. A eso me refiero.

"El diputado Carlos Javier Vega Memije:

"Falso, desafortunadamente para usted, doctor Jiménez. Aquí, con toda contundencia a la asamblea, le explicaré que comparecieron por iniciativa fundamentalmente de nuestras compañeras diputadas los doctores en derecho: Ricardo Franco Guzmán, el procesalista Jesús Zamora Pierce, el doctor Moisés Moreno, la doctora Lima, y el Procurador Ignacio Morales Lechuga.

"No fue un trabajo sobre las rodillas. Fue un trabajo que se estuvo haciendo con la intervención de muchos diputados y con asesoramiento de expertos en la materia.

"El Presidente: ¿Acepta otra pregunta del diputado Juan Jaime Hernández?

El diputado Carlos Javier Vega Memije:

"Sí

El diputado Juan Jaime Hernández (desde su curul): Se le preguntó si en la comisión se asesoraron de peritos en la materia, esto es, de médicos, no de doctores en derecho. Le pregunto a usted ¿asistieron médicos especializados en la materia de enfermedad del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida y del Herpes?

"El diputado Carlos Javier Vega Memije:

"Señores diputados, la intención que tuvimos en la comisión, y fue el compromiso que hicimos en nuestras compañeras diputadas, es apoyarlas en un trabajo serio, técnicamente hablando.

"Yo entiendo que atrás de una Procuraduría General de la República o de una Procuraduría General del



Distrito Federal, existen más de un médico, más de un experto que estuvo viendo todos estos asuntos.

"Yo no quisiera entrar a otro terreno, como tener que decirle a los comisionados del Partido Auténtico de la Revolución Mexicana que desafortunadamente no estuvieron más que en la primera reunión de esta comisión, quizá de 20 que llevamos a cabo, y que no pudieron estar atendiendo todas las personas que nos acompañaron. No quisiera descender en este tipo de comentarios, simplemente, en forma técnica le señalo que estuvo totalmente asesorada esta comisión para poder presentar a usted un trabajo serio, como se merece la asamblea.

"El Presidente: Consulte la secretaria a la asamblea si el artículo 199 bis se encuentra suficientemente discutido.

"La secretaria diputada María Teresa Dorantes Jaramillo: Por instrucciones de la Presidencia se pregunta, en votación económica, si el artículo 199 bis se encuentra suficientemente discutido.

"Los que estén por la afirmativa, sírvanse manifestarlo... Suficientemente discutido, señor Presidente.

"El Presidente: Se reserva para su votación nominal en conjunto con los otros artículos impugnados.

De esta exposición de motivos se aprecian que los puntos torales de los sustentantes de la misma estriban en que:

A.- El delito es considerado de peligro.

B.- La comisión de este delito no se da sólo a través de relaciones sexuales.

C.- Se sanciona exclusivamente la "intención", porque siempre estuvo latente la idea de que es un delito "intencional".

Por su parte aquellos que no estaban de acuerdo con esta reforma, expusieron sus inconformidades siendo en forma concreta que:

A.- El tipo penal a estudio se equipara a un delito de tentativa de lesiones.

B.- El bien jurídico que se protege es el "contagio venéreo".

C.- Señalan la problemática para poder acreditar pericialmente el síndrome del SIDA en el sujeto pasivo.

Además resulta relevante que dentro de la discusión se propuso el aumento de la sanción por que se argumentaba que la enfermedad era incurable (grupo opositor, que estimaba que estábamos frente a un delito de daño); sin embargo, se adujo que no se incrementaba por que estábamos frente a un delito de peligro.

Resalta también que esta comisión legislativa advierta por una parte, la mortalidad de este fenómeno, sin embargo, en la modificación del artículo en comento, solo

adujeron a una "enfermedad incurable", sin que ello sea sinónimo de mortal, y por otra parte, también se aprecia la visión de un delito de resultado material -en la anterior exposición de motivos- al argumentar "que a sabiendas de su mortal padecimiento, en forma vengativa continúan infectando", esto es, esta presente el hecho que después del contagio, se produce la transgresión de otros bienes jurídicos (lesiones u homicidio -calificados-).

Otro aspecto que es interesante señalar, es aquél punto toral o razón de ser de esta reforma, referente a que lo que pretende sancionar por este delito es "la simple intención que tenga el sujeto activo de actuar está regulada por este artículo y eso es lo que se está sancionando".

#### 2.2.1.2 Regulación actual.

Así por medio del diario Oficial de fecha 21 de enero de 1991 se reformó el numeral en cita, para quedar como actualmente se encuentra regulado y que a la letra dice:

**Artículo 199 bis.-** El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si la enfermedad padecida fuere incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

*Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, podrá sólo procederse por querrela del ofendido.*

Artículo que siguió ubicándose en el Título Séptimo denominado "Delitos Contra la Salud", abriéndose en la parte inicial del párrafo primero a otro tipo de enfermedades al señalar "u otra enfermedad grave", agregándose en el mismo que el medio comisivo lo podrían ser además de las relaciones sexuales por cualquier "otro medio transmisible"; se modifica la pena pecuniaria, para ahora establecerla con base a días multa; e incrementándose la punibilidad con respecto al siguiente párrafo anexado, esto es, cuando la enfermedad padecida fuera incurable.

Se añade a concubinos de igual forma el requisito de procedibilidad, ya que antes se contemplaba únicamente a cónyuges, esto es, que la formalidad que lo será por querrela del ofendido.

#### 2.2.2 Artículos 288, 292 y 315.

Invocamos estos artículos por su interrelación con el tema que nos ocupa, así tenemos que todos ellos se encuentran en el Título Decimonoveno, Libro Segundo, siendo que los dos primeros se localizan en el Capítulo I, bajo el rubro genérico de "Delitos contra la vida y la integridad corporal", y el tercero de los numerales, en el Capítulo III,

intitulado "Reglas comunes para Lesiones y Homicidio", y que a la letra dicen:

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

**Artículo 292.** Se impondrá de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica, o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

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

Por su parte el artículo 315 que también se ubica en el mismo Título Décimo Noveno, en el Capítulo III denominado "Reglas Comunes para Lesiones y Homicidio" y el cual dispone:

**Artículo 315.** Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometen con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición.

Hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.

*Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes, o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad.*

La característica de estos artículos para su interrelación con el presente tema, es que han permanecido incólumes antes y después de la última reforma al artículo 199 bis del citado ordenamiento punitivo penal, en donde se incursionó "cuando la enfermedad padecida fuere incurable". Por lo cual y concretamente relacionando este artículo con el 292 del mismo ordenamiento penal, tenemos que en éste último ya se hace alusión a una enfermedad "segura o probablemente incurable", que tendría los mismos efectos que el fenómeno del SIDA, en cuanto a su incurabilidad, sin embargo, faltaría el rasgo distintivo de que dicha enfermedad incurable sea mortal.

Y por lo que respecta al artículo 315, aquí debemos plantearnos el contagio venéreo como presunción de premeditación en el delito de lesiones, y la razón que motiva esta presunción la encontramos en la teoría de la disminuida defensa. Conforme a ella, la premeditación agrava el delito porque al sujeto pasivo le es más difícil defenderse del individuo que premedita la agresión. En palabras de Jiménez Huerta, se expresa de la siguiente forma:

"Pues cuando el agente se vale del influjo amoroso que ejerce sobre su víctima para en la conjunción carnal lesionarla transmitiéndole la enfermedad venérea que le aqueja, se anula defensa que la víctima pudiera oponer, habida cuenta de la suprema insidia puesta en juego por el agente al encubrir en el placer la semilla del dolor. Empero sólo en la lesión venérea causada por dolo directo puede ser apreciada esta presunción, pues la premeditación es conceptualmente incompatible con las demás formas de culpabilidad." <sup>31</sup>

Y reafirmando que el contagio venéreo debe tomarse como circunstancia calificativa del delito de lesiones expone:

"Es a nuestro juicio jurídicamente imposible privar de la vida a otro, mediante contagio venéreo, cuenta habida que el medio elegido no es típicamente adecuado para la consumación de dicho resultado. No discutimos que una persona con la más páfida intención y previa la ideación más reflexiva, realice un ayuntamiento carnal con el propósito de transmitir la enfermedad venérea que le aqueja y ocasionar la muerte: negamos empero que la conducta puesta en funcionamiento por el agente para la causación del homicidio, sea típicamente adecuada para la producción del resultado de

---

<sup>31</sup> Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, La Tutela Penal de la Vida e Integridad Humana, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1979, pág. 323.

muerte recogido en el artículo 302 del Código Penal, pues no es posible desconocer que ni aun en los casos de mayor virulencia del proceso infeccioso, es patológicamente posible "que la muerte del ofendido se verifique dentro de los sesenta días contados desde que fue lesionado" (artículo 303, fracción II)."<sup>32</sup>

### 2.2.3 Códigos Penales de los Estados.

En seguida y haciendo uso del método comparativo se transcriben los diversos artículos de las legislaciones Estatales, de la forma en cómo contemplan el delito de Peligro de Contagio.

#### Aguascalientes.

Título: Delitos de peligro.

**Artículo 275.** El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en peligro infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de las relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de 3 años y multa hasta de \$3,000.00 pesos, sin perjuicio de la sanción que corresponda si causa el contagio.

#### Baja California.

Título: Delitos contra la salud.

**Artículo 165.** El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de 3 años y multa hasta de \$3,000.00 pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio.

---

<sup>32</sup> Ibidem, pág. 114.



## Baja California Sur.

Título décimo: Delitos contra la seguridad de la sociedad.

**Artículo 299.** Es delito en peligro de contagio la salud de otra por medio de relaciones sexuales sabiendo que se está enfermo de un mal venéreo en periodo infectable.

**Artículo 300.** Se impondrá al responsable prisión de 1 mes a 2 años y multa de 60 días salario sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio.

Quando se trata de cónyuges...

## Campeche.

Título: Delitos contra la salud.

**Artículo 173.** El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de 3 años y multa de \$3,000.00 pesos, sin perjuicio de la pena que corresponda si se causa el contagio.

**Artículo 174.** Se impondrá prisión de 1 a 5 años, a los que valiéndose de medios eficaces, intenten propagar enfermedades.

## Chiapas.

Título: Delitos contra la salud.

**Artículo 174.** Al que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, o de alguna enfermedad fácilmente transmisible, tenga relación sexual con alguna persona o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio la salud de ésta, se le impondrá prisión hasta de 5 años y multa hasta de 30 días de salario, sin perjuicio de la sanción correspondiente, cuando se trata de cónyuges sólo podrá procederse por querrela del sujeto pasivo.

Se presume el conocimiento de la enfermedad cuando el sujeto activo presenta lesiones o manifestaciones externas provocadas por la misma, fácilmente perceptibles o cuando, conocedor de su padecimiento, esté siendo tratado médicamente.

**Artículo 175.** Se impondrá prisión de 2 a 8 años y multa de 20 a 100 días de salario, independientemente de la sanción que resulte por el ilícito que ocasione: 1. al que intencionalmente propague cualquiera otra enfermedad, sean cuales

fueren los medios de que se valga; y II. al que intencional... a los cultivos agrícolas.

Chihuahua.

No lo contiene.

Coahuila.

Título: Delitos de peligro contra la vida y la salud de las personas.

**Artículo 297.** Se aplicará prisión de 3 días a 2 años de y multa de 100 a 400 pesos, al que sabiendo que padece cualquier enfermedad venérea en periodo infectante, ponga en peligro de contagio a otra.

Colima.

No lo contiene.

Distrito Federal.

Título: Delitos contra la salud.

**Artículo 199 bis.-** El que a sabiendas de que está enfermo de un mal venéreo u otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro, por relaciones sexuales u otro medio transmisible, será sancionado de tres días a tres años de prisión y hasta cuarenta días de multa.

Si la enfermedad padecida fuere incurable se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión.

Cuando se trate de cónyuges, concubenarios o concubinas, podrá sólo procederse por querrela del ofendido.

Durango.

Título: Delitos de peligro para la vida o la salud personal.

**Artículo 144.** El que sabiendo, que padece cualquier enfermedad grave y en periodo infectante ponga en peligro de contagio la salud de otro, será sancionado de 5 días a 3 años, sin perjuicio de su reclusión en un establecimiento adecuado hasta que cese el periodo infectante.

Guanajuato.

Título: Delitos contra la vida y la salud personal.

Capítulo de peligro para la vida y la salud.

**Artículo 233.** El que sabiendo que padece cualquier enfermedad grave y en periodo infectante ponga en peligro de contagio a otro, será sancionado con prisión de 3 días a 2 años y multa de 100 a 2,000.00 pesos.

Guerrero.

No lo contiene.

Hidalgo.

Título: Delitos de peligro contra las personas.

**Artículo 171.** El que sabiendo que padece un mal venéreo o cualquiera otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro la salud de otro, mediante relaciones sexuales, será penado con prisión hasta de 2 años y multa hasta de 2,000.00 pesos.

Jalisco.

No lo contiene

México.

Subtítulo: Delitos de peligro contra las personas.

**Artículo 261.** Se impondrá de 3 días a 2 años de prisión y de 3 a 150 días de multa, al que sabiendo que padece un mal venéreo o cualquier otra enfermedad grave en periodo infectante, ponga en peligro la salud de otro mediante relaciones sexuales.

Michoacán.

Título: Delitos de peligro para la vida y la salud.

**Artículo 298.** El que sabiendo que padece cualquier enfermedad grave y en periodo infectante ponga en peligro de contagio la salud de otro, será sancionado con prisión de 3 días a 3 años y multa de 100 a 3,000 pesos, sin perjuicio de reclusión en un establecimiento hasta que cese el periodo infectante.

Morelos.

Título: De los delitos de peligro.

**Artículo 270.** El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales, será sancionado con prisión hasta de 3 años y multa hasta de 50 a 100 veces el salario mínimo, sin perjuicio de la sanción que corresponda si causa el contagio.

Nayarit.

Título: Delitos contra la salud pública.

**Artículo 190.** El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante o de una enfermedad grave y fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales y así ponga en simple peligro de contagio la salud de otro, será sancionado con prisión de 3 meses a 2 años y multa de 1 a 10 días de salario, sin perjuicio de su reclusión en un hospital hasta que cese el periodo infectante.

Las mismas sanciones e igual reclusión se impondrán a la mujer que padeciendo una de las enfermedades citadas en el párrafo anterior, amamante a un hijo extraño, salvo el caso de que el niño amamantado padeciere desde antes la misma enfermedad y a los padres o tutores que a sabiendas que su hijo o pupilo padece alguna de las citadas enfermedades en periodo infectante, lo entreguen a una nodriza para que los amamante.

La madre que estando enferma de sífilis por contagio posterior al parto, amamante a su propio hijo, si pudiera darle alimentación artificial o de nodriza, se le aplicarán las mismas sanciones que señala el artículo anterior.

**Artículo 191.** A la mujer no sifilítica que sabiendo que un niño se encuentra enfermo de sífilis congénita lo amamante si además está amamantando a otro u otros niños, se le aplicarán las mismas sanciones que señala el artículo anterior.

**Artículo 192.** Si se efectuare el contagio en cualquiera de los dos artículos anteriores se impondrá además, la sanción correspondiente al delito que resulte. Se presumirá el conocimiento de la enfermedad, cuando el agente o niño amamantado presenten lesiones o manifestaciones externas de aquella, fácilmente apreciables.

**Artículo 194.** Se impondrá prisión de 1 a 6 años y multa de 1 a 10 días de salario al que utilice medios directos y eficaces de propagación de una

enfermedad. Si el infractor fuere médico, biólogo o farmacéutico, o se dedicare a la venta de medicamentos la sanción será de 2 a 12 años de prisión y multa de 5 a 30 días de salario, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por la responsabilidad médica o técnica si se realiza el daño.

Nuevo León.

No lo contiene.

Oaxaca.

Título: Delitos contra la salud. Contagio y propagación de enfermedades

**Artículo 192.** Al que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante o de alguna enfermedad fácilmente transmisible, tenga cópula con alguna persona o por cualquier otro medio directo ponga en peligro la salud de ésta, se le impondrá prisión de 6 meses a 3 años y multa de 300 a 3,000 pesos, sin perjuicio de la pena correspondiente si se causa el contagio y será sometido al tratamiento adecuado a la dolencia que padezca. Cuando se trate del cónyuge, sólo podrá procederse por querrela del ofendido.

Se presume el conocimiento de la dolencia cuando el agente presente lesiones o manifestaciones externas de la enfermedad fácilmente perceptibles.

**Artículo 193.** Se impondrá prisión de 1 a 6 años:

I. Al que intencionalmente propague cualquier enfermedad sean cuales fueren los medios de que se valga;

II. Al que intencionalmente propague una epizootia o una plaga o parásitos o gérmenes nocivos a los cultivos agrícolas o forestales.

Puebla.

Título: Delitos contra la salud.

**Artículo 183.** Al que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, o de una enfermedad grave o fácilmente transmisible, tenga cópula o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio, la salud de otra persona, se le impondrá prisión de 8 días a un año, y además será recluido en un hospital hasta que cese el periodo infectante.

Se presumirá el conocimiento de la dolencia cuando el agente presente lesiones o manifestaciones externas de enfermedad fácilmente perceptibles.

**Artículo 184.** Se impondrá prisión de 1 a 6 años y multa de 100 a 1,000 pesos, al que utilice medios directos y eficaces de propagación de enfermedades. Si el infractor fuere médico o se dedicara al expendio y venta de medicamentos, la sanción anterior podrá aumentarse hasta una mitad más de su duración.

**Artículo 185.** Las sanciones a que se refiere el artículo 183 de este Código, serán sin perjuicio de imponer la sanción que corresponda si resultare causado algún daño.

Querétaro.

No lo contiene.

Quintana Roo.

No lo contiene.

San Luis Potosí.

No lo contiene.

Sinaloa.

No lo contiene.

Sonora.

Título: Delitos contra la vida y la salud.

**Artículo 245.** El que sabiéndose afectado de enfermedad venérea en periodo contagioso, o de algún otro mal grave y fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales, amamante, o de cualquier otra manera directa, ponga en peligro de contagio a otro, será sancionado con multa de 50 a 500 pesos y recluido en establecimiento adecuado por el tiempo necesario, hasta obtener su curación o la inocuidad del sujeto.

**Artículo 247.** Cuando el contagio llegare a consumarse, el responsable será sancionado en los términos que para el delito de lesiones fija este código.

Tabasco.

Título: Delitos contra la salud pública.

**Artículo 186.** El que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, o de alguna enfermedad grave y fácilmente transmisible, tenga cópula o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio la salud de otro, será sancionado con prisión de 8 días a 2 años y multa de 10 a 1,000 pesos sin perjuicio de su reclusión en un hospital hasta que cese el periodo infectante.

En caso de reincidencia será sancionado además, con prisión hasta de 3 años y multa hasta de 3,000 pesos.

Las sanciones que se imponen en los párrafos precedentes se entienden sin perjuicio de la pena que corresponda si causa el contagio.

Se presumirá el conocimiento de la dolencia, cuando el agente presente lesiones o manifestaciones externas de enfermedad fácilmente perceptibles.

**Artículo 187.** Se impondrá prisión de 1 a 6 años y multa de 100 a 2,000 pesos al que utilice medios directos y eficaces de propagación de una enfermedad. Si el infractor fuere médico, biólogo, farmacéutico, o se dedicare al expendio y venta de medicamentos, la sanción anterior podrá aumentarse hasta una mitad más de su duración, sin perjuicio de las penas que correspondan por la responsabilidad médica o técnica, si se realiza el daño.

Tamaulipas.

Título: Delitos contra la Salud Pública.

**Artículo 177.** Se aplicarán de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 50 a 500 pesos al que transmita a otra persona por contagio provocado en acto carnal, o en cualquiera otro impúdico, la sífilis, la blenorragia o ambas. Los jueces atendiendo las circunstancias previstas en los artículos 53 y 54 de este código, tendrán en cuenta para determinar la sanción, la gravedad y las consecuencias de la infección, que será calificada razonadamente por peritos.

**Artículo 178.** La sanción prevista en el artículo anterior se aplicará al que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, ponga en peligro de contagio la salud de otro por medio de relaciones sexuales. Los delitos de contagio y peligro de contagio venéreo sólo se perseguirán por querrela del ofendido cuando se cometa entre cónyuges.

Tlaxcala.

Título quinto: Delitos contra la salud pública.

**Artículo 156.** El que sabiendo que está enfermo de un mal venéreo en periodo infectante o de una enfermedad grave fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales y así ponga en simple peligro de contagio la salud de otro, será sancionado con prisión de 8 días a 2 años y multa hasta de 20 días de salario, sin perjuicio de su reclusión en un hospital hasta que cese el periodo infectante.

Las mismas sanciones se impondrán a la mujer que padeciendo una de las enfermedades citadas en el párrafo anterior, amamante a un hijo extraño o propio si en este último caso contrajo la enfermedad después del parto, salvo el caso de que el niño padeciere desde antes la misma enfermedad; y a los padres o tutores que a sabiendas de que su hijo o pupilo padecen alguna de las citadas enfermedades en periodo infectante, los entreguen a una nodriza para que los amamante.

**Artículo 157.** A la mujer sana que sabiendo que un niño se encuentra enfermo de sífilis congénita lo amamante, si además está amamantando a otro u otros niños, se le aplicarán las mismas sanciones que señala el artículo anterior.

**Artículo 158.** Si se efectuare el contagio en cualquiera de los casos de los dos artículos anteriores, se impondrá además, la sanción correspondiente al delito que resulte.

Se presumirá el conocimiento de la enfermedad, cuando el agente o el niño amamantado presenten lesiones o manifestaciones externas de aquella fácilmente apreciables.

Veracruz (1980)

Título Delitos de peligro para la vida o la salud personal.

**Artículo 138.** Al que padeciendo alguna enfermedad grave y transmisible, ponga en peligro de contagio a otro, violando un deber de cuidado, será sancionado con multa hasta de 3,000 pesos y recluido en el establecimiento adecuado hasta obtener su curación.

Yucatán.

Título: Delitos contra la salud pública.



**Artículo 180.** Al que, sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante, o de alguna enfermedad grave o fácilmente transmisible, tenga cópula o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio la salud de otras personas, se le impondrá prisión de 3 meses a 2 años y, además, será recluido en un hospital hasta que cese el periodo infectante. Se presumirá el conocimiento de la dolencia cuando el inculpado presente lesiones o manifestaciones externas de la enfermedad fácilmente perceptibles.

Zacatecas.

**Artículo 173.** El que sabiendo que está enfermo de sífilis o de un mal venéreo en periodo infectante o de una enfermedad grave fácilmente transmisible, tenga relaciones sexuales y en esta forma ponga en simple peligro de contagio la salud de otro, será sancionado con prisión de 3 meses a 2 años y multa de 5 a 10 cuotas, sin perjuicio de su reclusión en un hospital para su curación hasta que cese el periodo infectante.

Las mismas sanciones e igual reclusión se impondrán a la mujer que padeciendo una de las enfermedades citadas en el párrafo anterior, amamante a un hijo extraño, salvo el caso de que el niño amamantado padeciere desde antes la misma enfermedad, y a los padres o tutores que a sabiendas de que su hijo o pupilo padecen alguna de las citadas enfermedades en periodo infectante, los entreguen a una nodriza para que los amamante. La madre que estando enferma de sífilis por contagio posterior al parto, amamante a su propio hijo, si pudiere darle alimentación artificial o de nodriza, se le aplicarán las mismas sanciones de que habla el primer párrafo de este artículo.

**Artículo 174.** La mujer no sifilítica que sabiendo que un niño se encuentra enfermo de sífilis congénita, lo amamante, si además está amamantando a otro u otros niños, se le aplicarán las mismas sanciones que señala el artículo anterior.

**Artículo 175.** Si se efectuare el contagio en cualquiera de los casos anteriores, se impondrá además, la sanción correspondiente al delito que resulte. Se presumirá el conocimiento de la enfermedad, cuando el agente o el niño amamantado presenten lesiones o manifestaciones externas de aquella, fácilmente apreciables.

Una vez habiendo transitado por los diversos Códigos represivos de nuestra República Mexicana, observamos dos aspectos torales sobre la perspectiva de cada entidad federativa, de acuerdo a los alcances de la presente investigación:

A.- Existen dos vertientes en cuanto a su ubicación de su contexto penal respectivo: "Delitos contra la salud pública" y otros como "Delitos contra la vida y salud personal", siendo los Estados de esta segunda dirección: Coahuila, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Sonora y Veracruz. Y por exclusión los Estados restantes se refieren a la primera directriz.

Haciéndose notar que el Estado de Tamaulipas contempla estas dos circunstancias de considerar al delito como de peligro y como de lesión.

B.- Independientemente de la pena de prisión impuesta y/o multa, algunos de los Estados establecen una medida de seguridad relativa a la reclusión en un hospital para su curación, y los cuales son: Michoacán, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

## 2.3 Código de Procedimientos Penales para el D.F.

La relevancia de este ordenamiento es que contiene la reglas de valoración de los elementos probatorios a través de las cuales los medios de prueba establecidos en dicho código procesal, van a dar certidumbre y seguridad jurídica para en su momento acreditar o no los elementos típicos del delito que nos ocupa, situación contemplada en el artículo 135.

Por otra parte tenemos como pilar para la estructuración de los elementos típicos el artículo 122 y paralelamente al mismo el numeral 124, como regla genérica de comprobación de los elementos del tipo penal y la probable o plena responsabilidad del inculpado.

### 2.3.1 Medios probatorios.

Los medios de prueba que dispone el numeral 135 son:

**Artículo 135.-** La ley reconoce como medios de prueba:

I.- La confesión.  
II.- Los documentos públicos y privados.  
III.- Los dictámenes de peritos.  
IV.- La inspección ministerial y la judicial.

V.- Las declaraciones de los testigos; y  
VI.- Las presunciones.

Se admitirá como prueba en los términos del Artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del Ministerio Público, juez o tribunal. Cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial lo estimen necesario, podrán, por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

De los medios probatorios reseñados, resulta ser el de mayor relevancia o utilidad para el trabajo que se investiga, el denominado "Los dictámenes de peritos", toda vez que son la prueba idónea para el examen a dilucidar, esto es, son indispensables los conocimientos especiales en materia de medicina forense para el esclarecimiento y en su momento procesal el acreditamiento de determinados hechos.

Por la naturaleza de los hechos, es necesaria e indispensable la participación de terceros versados en el conocimientos de tales acontecimientos, ya que tanto más técnica sea la esfera de conocimiento sobre los hechos discutidos, cuanto mayor será la utilidad de la pericia.<sup>33</sup>

Por tanto la apreciación de este fenómeno del SIDA requiere de parte del observador una preparación especial, obtenida por el estudio científico de la materia a que se refiere, concretándose la misma en la pericial de química forense, para estar en posibilidad de dictaminar principalmente la seropositividad de una persona, así como los nexos de transmisión, bajo el contexto de la temporalidad del contagio.

Definiéndose la química forense como rama de la Ciencia Química que se encarga del análisis, clasificación y

---

<sup>33</sup> Días de León, Marco Antonio, Tratado Sobre las Pruebas Penales, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991, pág. 395.

determinación de aquellos elementos o sustancias que pudieran relacionarse con la comisión de un ilícito.

La importancia que ha adquirido con el paso del tiempo la Química Analítica en la investigación criminalística proviene de su estrecha relación con estudios periciales como son la Balística, **Hematología**, Genética Forense, Grafoscopia, Incendios y Explosivos. Así la química esta presente cuando existe la necesidad de conocer la naturaleza intrínseca de cualquier sustancia o elemento, y más aún, cuando sirve para auxiliar en la investigación científica de los delitos, por lo cual los peritos químicos son requeridos para participar en diferentes situaciones durante el proceso penal.

Así la hematología forense nos auxilia, primeramente para determinar si un líquido es sangre, posteriormente, si se trata de sangre animal o humana, y en este último rubro, se determina el grupo sanguíneo, el factor Rh, el sexo del individuo, la presencia de SIDA, etcétera.

Una vez concluido el perito, generalmente asienta los resultados de las diversas reacciones químicas efectuadas en los laboratorios en términos: negativo o positivo.

Aunada a esta rama de la química forense, también se liga la medicina forense, que viene a ser la aplicación de los conocimientos médicos a los problemas judiciales.

En ambas ramas del área forense, lo plasmarán en un dictamen o informe, para lo cual se hace necesario señalar la conceptualización de ambos.

El informe es la notificación mediante la cual, el perito que interviene en atención a un requerimiento de la autoridad, comunica a aquella que solicitara su intervención, porque no existe posibilidad de emitir un dictamen, en virtud de que no se lograron reunir los elementos suficientes y necesarios que hubieran permitido asentar la opinión del perito con fundamentos técnico-científicos.

Por su parte el dictamen es el juicio con fundamento técnico-científico que emite un especialista de una rama de la ciencia o el saber dirigida a una autoridad y responde a un planteamiento determinado.

El dictamen se emitirá siempre por escrito, a fin de que tenga validez oficial. Responderá a cuestiones específicas aplicables a un caso controvertido y que tenga injerencia en una averiguación previa o una actuación judicial.

El dictamen deberá dirigirse a una autoridad determinada. Deberá contestar a un planteamiento preciso.

De manera general esta compuesto por las siguientes partes:

- Anotación de la averiguación previa, oficio de designación, expediente o partida.

- Consignatario.

- Planteamiento del problema.

- Material de estudio.

- Metodología.

- Observaciones.

- Consideraciones generales.

- Conclusiones.

Concluyéndose que el dictamen es sólo un elemento auxiliar para ampliar el criterio de la autoridad juzgadora y estar en posibilidad de determinar la litis planteada.

## 2.3.2 Artículos 122 y 124.

**Artículo 122.-** El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

**I.-** La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

**II.-** La forma de intervención de los sujetos activos; y

**III.-** La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obran datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

**Artículo 124.-** Para la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable o plena responsabilidad del inculpado, en su caso, el Ministerio Público y el juez gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estimen conducentes, según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que esos medios no estén reprobados por ésta.

Inicialmente el primer dispositivo procesal nos establece la estructuración de los elementos típicos del delito que se trate, así como el acreditamiento de la probable o plena culpabilidad; para posteriormente en el párrafo final concluye, que ello se acreditará "por cualquier medio



probatorio que señale la ley", situación que nos retrotrae al artículo 135 procedimental aludido. Y así subsecuentemente el artículo posterior -124- alude a los medios probatorios, en donde se otorga facultad discrecional al Ministerio Público o Juez, para emplear los medios de prueba reglamentados u otros medios que no estén en contra de los lineamientos procesales de valoración de pruebas.

#### 2.4 Ley General de Salud.

El SIDA constituye un fenómeno con directa implicación en la legislación sanitaria; en consecuencia, procede un análisis de las disposiciones correspondientes de la Ley General de Salud, y concretamente aquellas relativas con el presente fenómeno.

La Ley General de Salud reglamentaria del artículo 4, párrafo tercero Constitucional, constituye un avance muy significativo en materia de salubridad y seguridad social para el país porque busca la aplicación del principio de universalidad en la materia, que señala que la seguridad social debe proteger a todos los hombres sin distinción.

Conjuntamente con los avances sobre seguridad social, la Ley General de Salud reglamenta lo referente a salubridad general, lo cual tiene implicaciones directas dentro de nuestro sistema jurídico de la seguridad social, en

virtud de que resulta menos difícil la protección de la salud y la lucha contra riesgos y contingencias en un ambiente salubre y favorable.

Las acciones sanitarias son indirectamente operaciones de seguridad social e inciden directamente en el bienestar de la población. En estas acciones deben participar todas las instituciones implicadas con los seguros sociales, los programas de asistencia social, de previsión social, de solidaridad social e incluso los seguros privados.

A continuación señalamos aquellos artículos que tienen implicación con el SIDA, dentro de los contenidos de la Ley General de Salud; esto es, destacamos las disposiciones más directamente aplicables a efecto de señalar las acciones que implementa el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la epidemia del SIDA.

Son aplicables al SIDA fundamentalmente, del título primero, los artículos 3, fracciones XV, XXVI y el 4.

El 3 señala que en los términos de esta ley, es materia de salubridad general;

Fracción XV. La prevención y el control de enfermedades transmisibles.

Fracción XXVI. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

Fracción XXVII. La sanidad internacional.

Este artículo incluye en su fracción XV como materia de salubridad general la prevención y el control de enfermedades transmisibles.

La fracción XXVI al referirse al control sanitario de cadáveres involucra a los cadáveres cuya muerte se deriva del SIDA, y su vinculación es obvia con la fracción XXVII que se refiere a la sanidad internacional que implica el tratamiento que se da al traslado de cadáveres de un país a otro, conforme a las disposiciones aplicables y en especial las contenidas en el Reglamento Sanitario Internacional.

El artículo 4 define como autoridades sanitarias al presidente de la República, al Consejo de Salubridad General, a la Secretaría de Salubridad y Asistencia y los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el del Departamento del Distrito Federal, lo cual constituye el punto de referencia para la puesta en práctica de las acciones requeridas para hacer frente a todas las implicaciones del SIDA.

Dentro de la competencia del Consejo de Salubridad General en las nuevas fracciones del artículo 17, no se

precisa la prevención y el control de enfermedades transmisibles, no obstante que el artículo 3° los señala como materia de salubridad general; en consecuencia, procede también la adición de este artículo a efecto de que el Consejo de Salubridad General tenga explícitas facultades para prevenir y controlar el SIDA y la prostitución.

El título tercero se refiere a la prestación de servicios de salud, y son aplicables al presente estudio los artículos 24 y 27. El artículo 24 clasifica los servicios de salud en: servicios de atención médica, de salud pública y de asistencia social; para efectos de nuestro estudio nos interesan los servicios de salud pública que incluyen los relacionados con la propagación del SIDA, y sus medios entre los cuales incluimos a la prostitución.

El artículo 27 considera como servicio básico de salud la prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria como es el caso del SIDA.

Con relación al título octavo, con el rubro "Prevención y control de enfermedades y accidentes", son aplicables al SIDA los artículos 133 al 157, que se refieren al Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica y a las enfermedades transmisibles, entre las cuales se incluye al

SIDA conforme a las reformas a la Ley publicada en el Diario Oficial, el 27 de mayo de 1987.

Dentro del capítulo II del título que comentamos destacan los contenidos del artículo 145 que señala que la Secretaría de Salud establecerá las normas técnicas para el control de las personas que se dediquen a trabajos o actividades mediante las cuales se puedan propagar algunas de las enfermedades transmisibles. Esta disposición alude directamente a la prostitución y al SIDA.

El rubro del título decimoquinto que comprende los artículos 351 al 367 se refiere a la sanidad internacional con directa aplicación al SIDA.

El título decimosexto que se refiere a autorizaciones y certificados también es aplicable al objeto del presente estudio; comprende los artículos del 368 al 392.

Entre las autorizaciones sanitarias las tarjetas de control sanitario podrán sustituirse por los certificados de salud especiales para diversos efectos, entre los que podrían figurar los certificados de salud especial respecto del SIDA, los certificados de salud respecto a enfermedades venéreas, etcétera.

El artículo 337 señala que la autoridad sanitaria competente podrá requerir tarjeta de control sanitario a las personas que realicen actividades mediante las cuales se pueda propagar alguna enfermedad transmisible, en los casos y bajo las condiciones que establezcan las disposiciones aplicables. Este artículo es aplicable implícitamente al SIDA.

El artículo 411 señala que: "las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la inmediata suspensión de trabajos o de servicios o la prohibición de actos de uso cuando, de continuar aquéllos se ponga en peligro la salud de las personas".

Esta disposición no es muy explícita respecto al SIDA, por lo que resulta conveniente entender en su sentido amplio lo relativo a "trabajos o servicios".

Esta ley que acabamos de citar como podrá observarse contempla en forma general aquellos aspectos para el control y prevención de la transmisión del virus del VIH; esto es, que atingentemente aborda los aspectos de salud general, implementando y señalando concretamente las directrices que han de realizarse para frenar y combatir el fenómeno del SIDA.

#### 2.4.1 Norma Oficial Mexicana.

México está viviendo un proceso de modernización en todos los órdenes, con el propósito explícito de insertarse en una economía global a partir de una opción clara de competencia entre iguales, en cuanto a la calidad de los productos y servicios que pone a la disposición de los mexicanos y de la comunidad internacional.

Como parte de este proceso se identifica la necesidad de adecuar los marcos normativos que regulan el quehacer nacional, a fin de que respondan a las exigencias de la competencia entre países. Para lograrlo, se actualizó la Ley General sobre Metrología y Normalización, la cual entró en vigor el 1° de julio de 1992 que señala, entre otras, las bases para la elaboración de las Normas Oficiales Mexicanas que sustituyen a partir del 16 de octubre de 1993 a las normas técnicas que hasta entonces indicaran las características que debieran reunir los servicios y productos que se elaboran y consumen en el país.

Las actividades de salud, y dentro de ellas los servicios del CONASIDA, constituyen una de las materias objeto de la actualización normativa, por su importancia para la vida de la población, su extensa cobertura de uso y la

trascendencia que reviste para la calidad de vida de los mexicanos.

Esta Norma Oficial Mexicana para la Prevención y Control de la Infección por Virus de Inmunodeficiencia Humana, aglutina los puntos de vista, propuestas y resultados de investigaciones que diversos organismos, tanto gubernamentales, no gubernamentales y privados han realizado en los diversos ámbitos que ha generado la epidemia.

Básicamente la presente Norma señala que su objetivo estriba en que sus disposiciones son de orden público e interés social, y tienen por objeto uniformar los principios y criterios de operación de los componentes del Sistema Nacional de Salud, respecto de las actividades relacionadas con la prevención y control de la infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana en virtud de que constituye, por su magnitud y trascendencia, un grave problema de la salud pública. Además enumera las definiciones y especificación de los conceptos afines, medidas de prevención, medidas de control; y la concordancia que tiene con otras normas a nivel internacional.



## 2.5 Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Como última fase del procedimiento penal, tenemos la ejecución de sentencia y ello se trasluce de cómo ha de enfocarse el artículo 18 Constitucional, en la readaptación social de los sentenciados por el delito de SIDA, ya que las características de este tipo de sentenciados tienen una connotación que los hace distintos y por ello su readaptación será distinta.

Así la presente Ley en el Capítulo III denominado Sistemas, en su artículo 6 señala:

**Artículo 6.** El tratamiento será individualizado, como aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales.

Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, se clasificará a los reos en: Instituciones especializadas, entre las que podrá figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para **infecciosos** en instituciones abiertas.

De este ordenamiento de acuerdo a la fase en que se encuentra el procedimiento penal (reincorporación social del sujeto) ejecución de sentencia, se aprecia esa clasificación cualitativa de los sujetos a reinsertar a la sociedad.

---

División que es acertada dada la potencialidad de contaminar a la demás población carcelaria, siendo correcta su segregación a instituciones especializadas, separación que no debe verse como discriminación, sino por el contrario para dar el tratamiento médico en instituciones especializadas para ello.

# C A P I T U L O

## 3

### ASPECTOS SOCIOLOGICOS

- ◆ 3.1 Estadísticas del sector salud.
- ◆ 3.2 Estadísticas de la P.G.J.D.F.
- ◆ 3.3 Enfoque penitenciario.

### 3.1 Estadísticas del sector salud.

Según informes de la Organización Mundial de la Salud, de las personas actualmente infectadas en América, más de la mitad corresponden a América Latina, y el 60% restante se concentra en Brasil.

Las tasas de infección revelan que los países más afectados, relacionando el número de habitantes con el de casos, serían los siguientes: Haití, Brasil, República Dominicana, Honduras, Costa Rica, Uruguay, Panamá, El Salvador, Colombia, Argentina, México, Venezuela, Chile, Perú, Guatemala, Ecuador, Cuba, Bolivia, Paraguay, Nicaragua y Belice, aproximadamente en ese orden.

Todos los países de nuestra área tienen prácticamente los mismos problemas para enfrentar la expansión de la pandemia y casi todos carecen de normas de carácter general para luchar contra ella.<sup>34</sup>

En el mes de agosto de 1997 la Secretaría de Salud emitió un Programa de Reforma del Sector Salud denominado MEXICO SALUD - 2000. Documento en el cual se exponen los indicadores sobre algunos aspectos de la salud de la

---

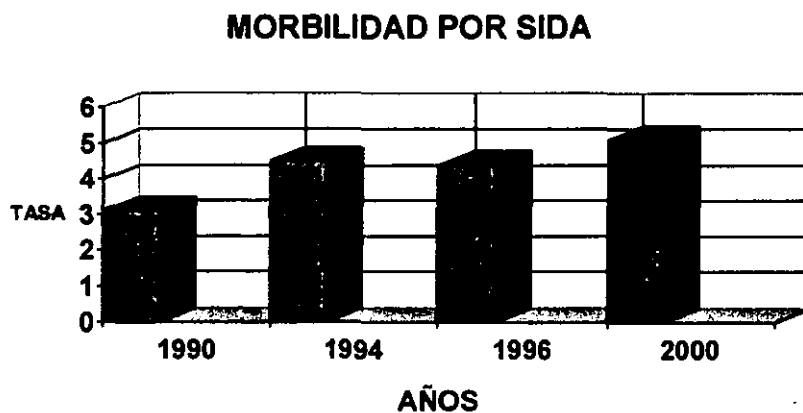
<sup>34</sup> Puccinelli, Oscar Raúl, Derechos Humanos y SIDA, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 102.

población mexicana, enfoques que se realizan sobre las metas fijadas para el año 2000.

Dentro de estas metas destacan primordialmente las de prevención y control de enfermedades, entre ellas lo referente a la presente investigación que es sobre el SIDA.

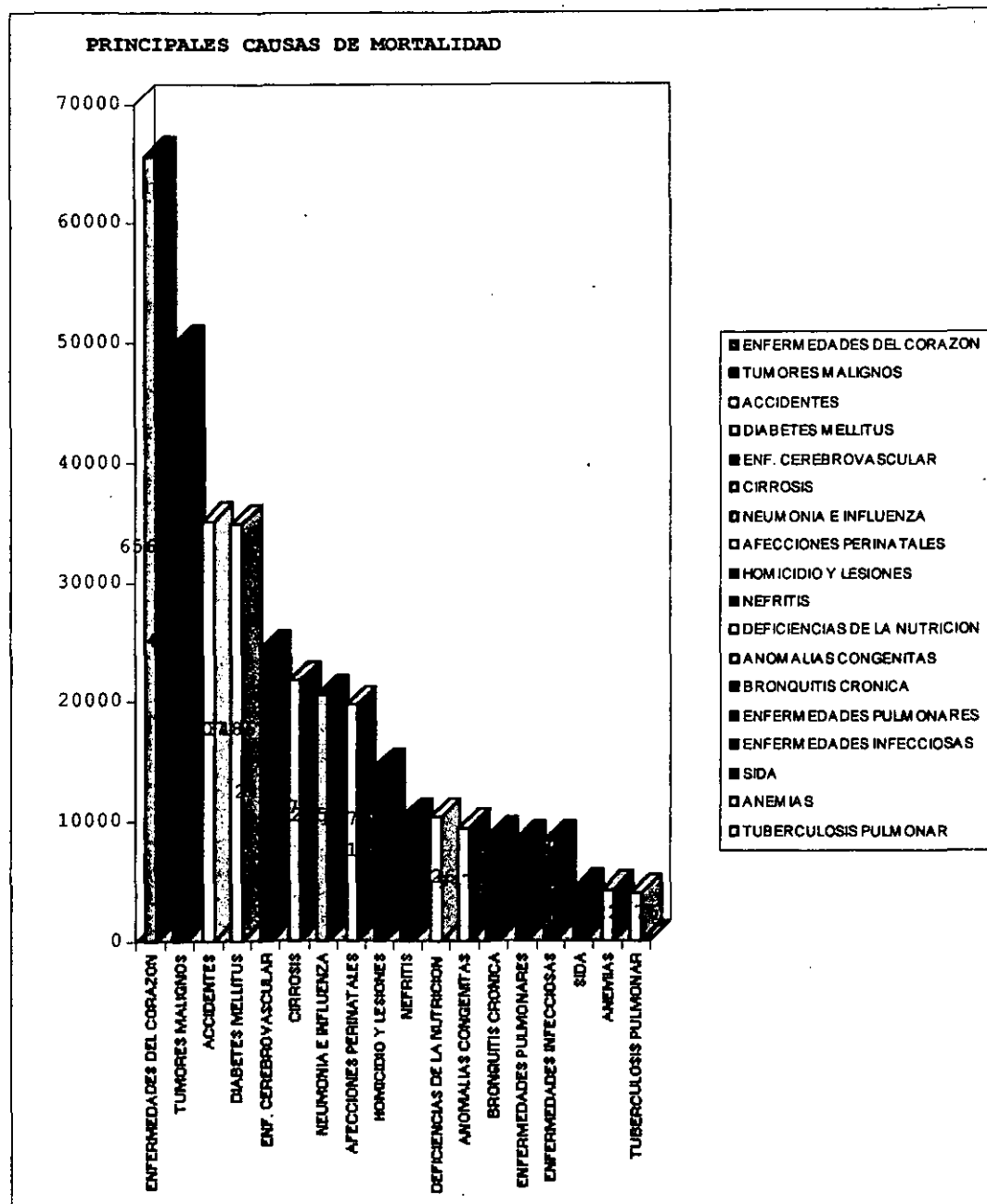
Indicadores que nos muestran de dónde venimos, en dónde estamos y a dónde nos proponemos llegar en materia de salud pública.

Por lo que respecta al rubro Morbilidad por SIDA, tenemos que las medidas preventivas, de educación y de comunicación entre padres, maestros y jóvenes son el conducto para controlar la epidemia. El programa de Prevención y Control del SIDA se orienta en esta dirección:



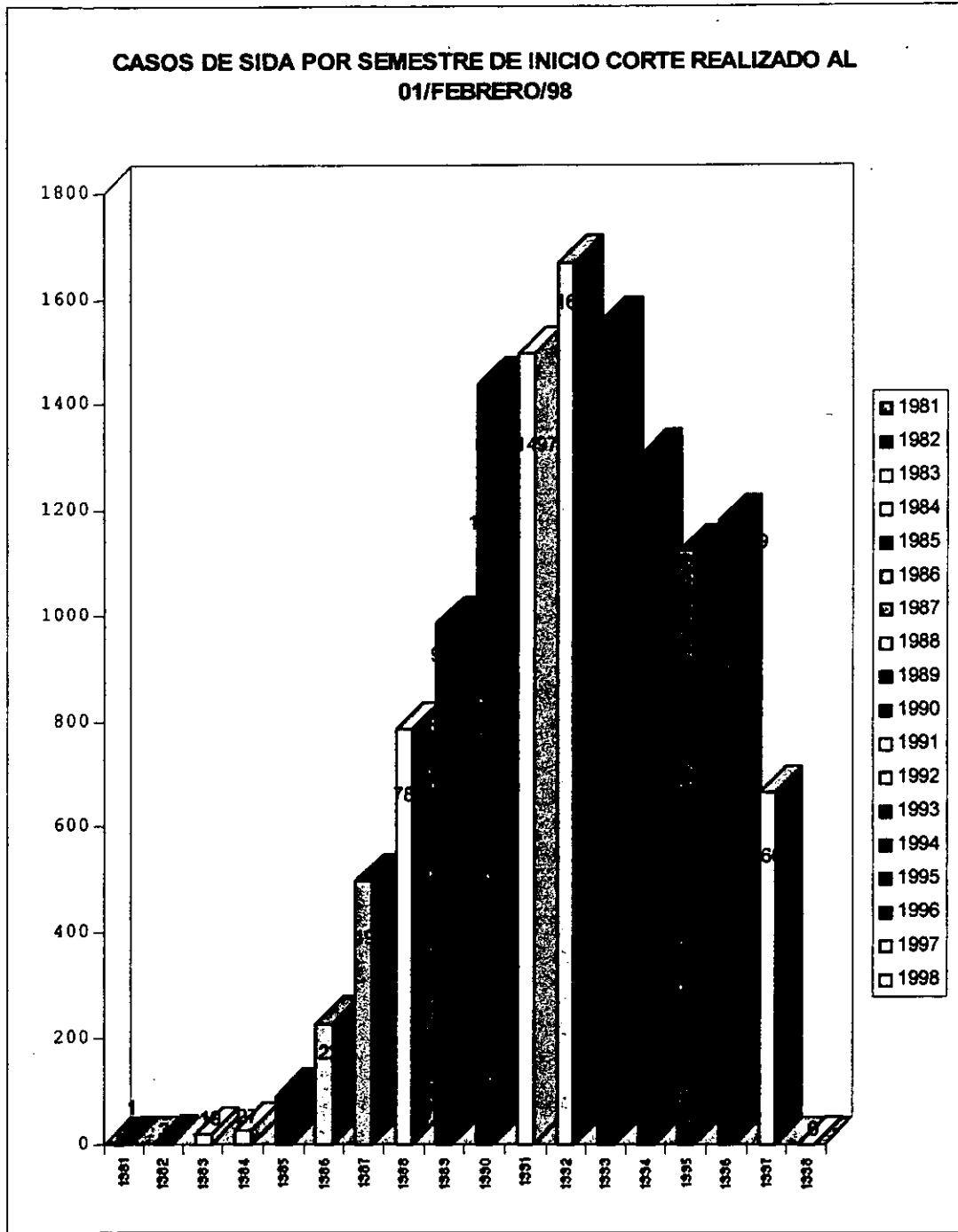
Fuente: Programa de Reforma del Sector Salud.

Es importante señalar que dentro de las principales causas de mortalidad el SIDA ocupa el 16° lugar, situación que llama la atención para determinar las causas de dicha mortalidad, como efecto de los contactos ilícitos, la transmisión del virus.



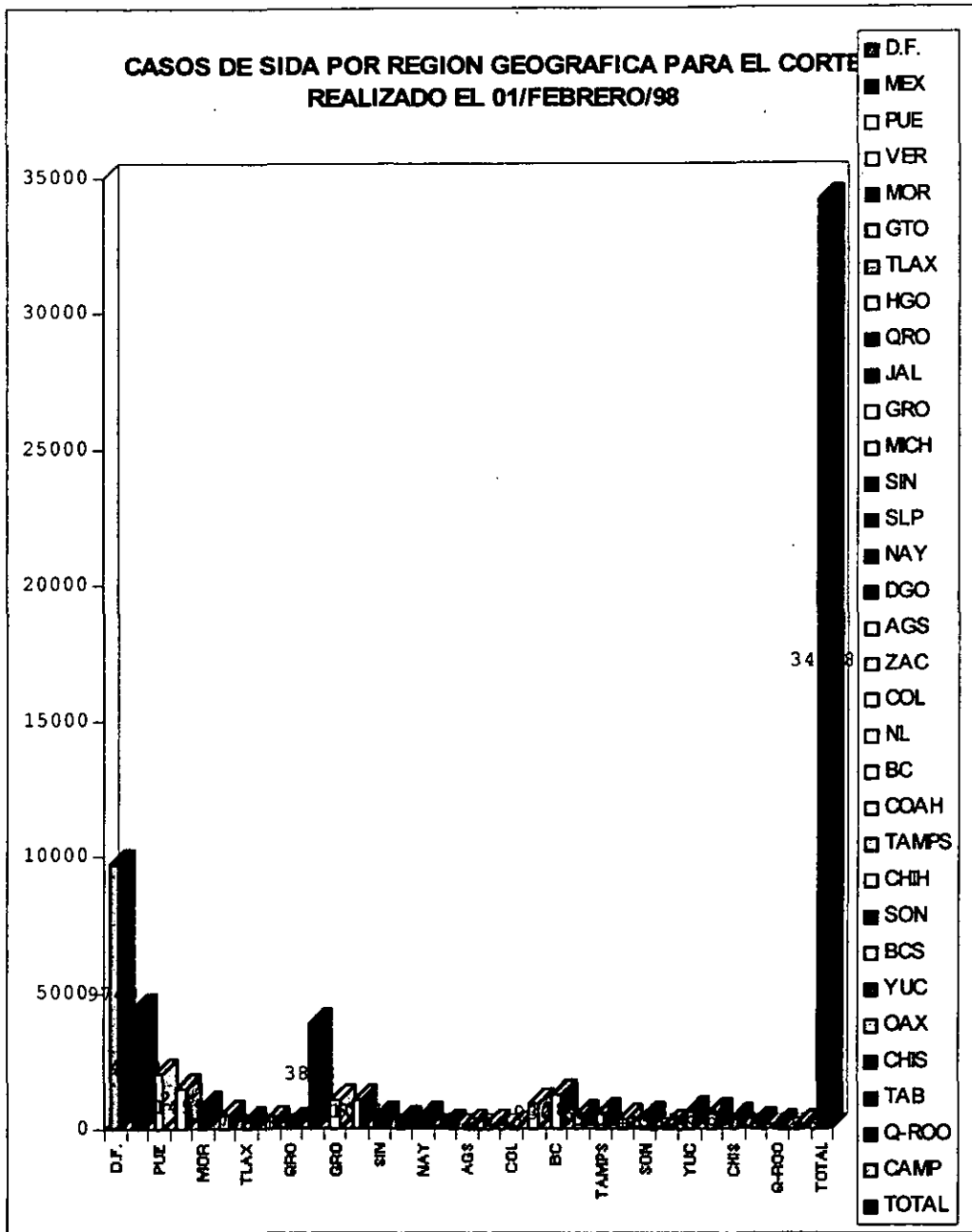
\*FUENTE: INEGI

La siguiente gráfica nos establece la detección desde el primer caso de SIDA, hasta los últimos datos recabados, observándose la mayor incidencia entre los años 1992 y 1993.



\* FUENTE: CONASIDA

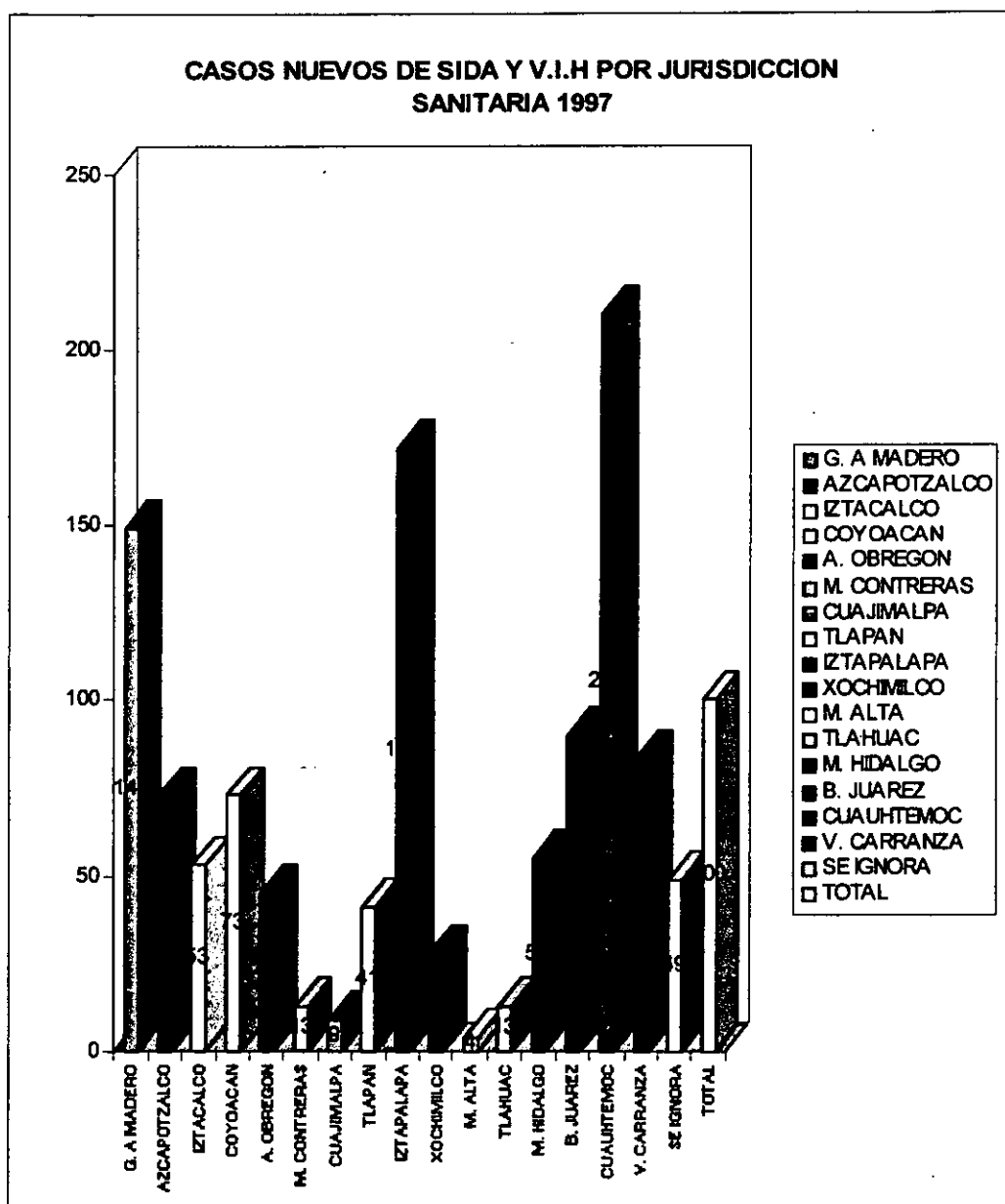
En forma deductiva se esquematiza la visualización de este fenómeno del SIDA a nivel nacional donde se aprecia su mayor incidencia en el Distrito Federal.



\*FUENTE: CONASIDA

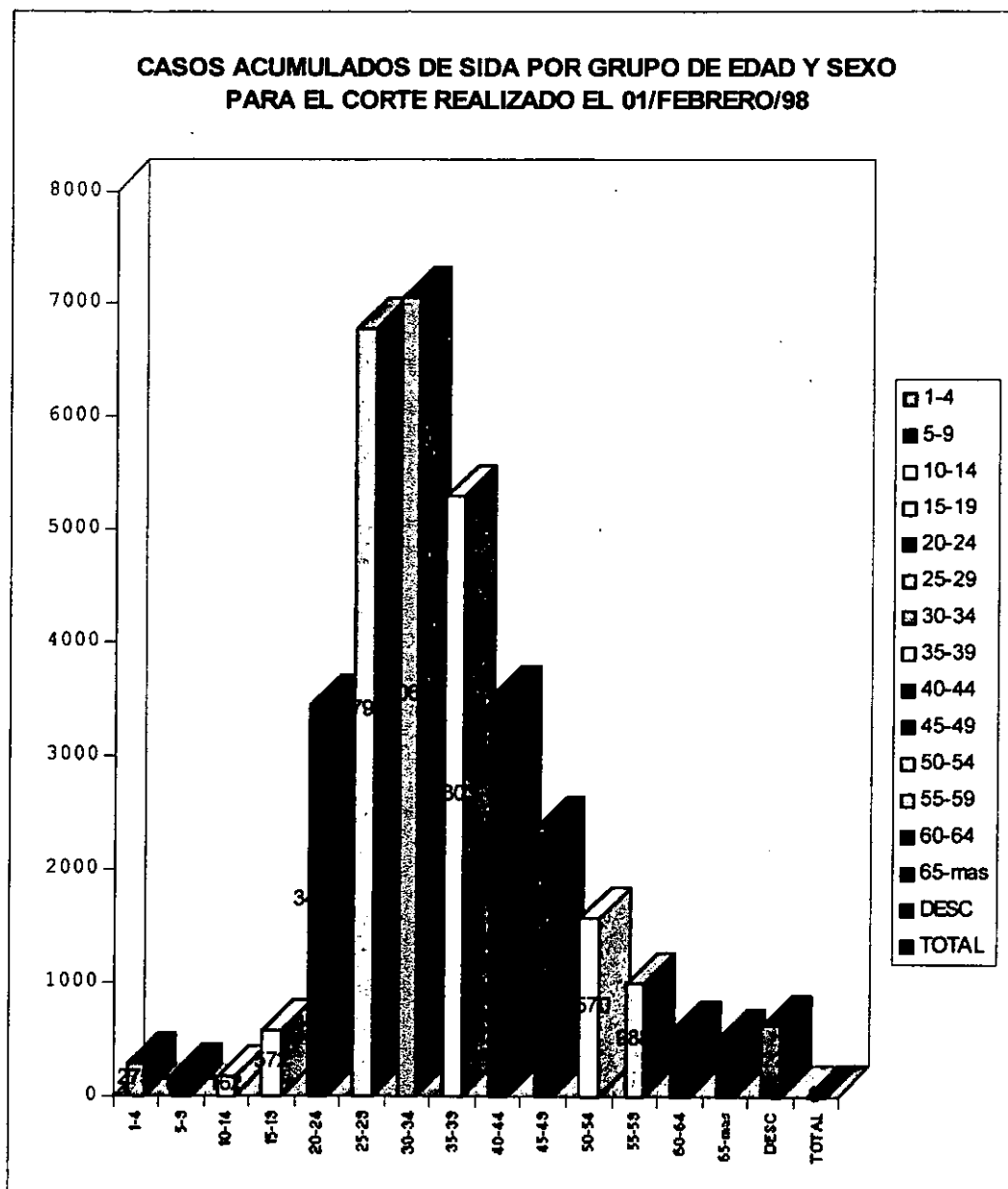


Posteriormente se muestra la gráfica a nivel del Distrito Federal por división política delegacional, localizándose el mayor número de casos en las Delegaciones de Cuauhtémoc, Iztapalapa y Gustavo A. Madero.



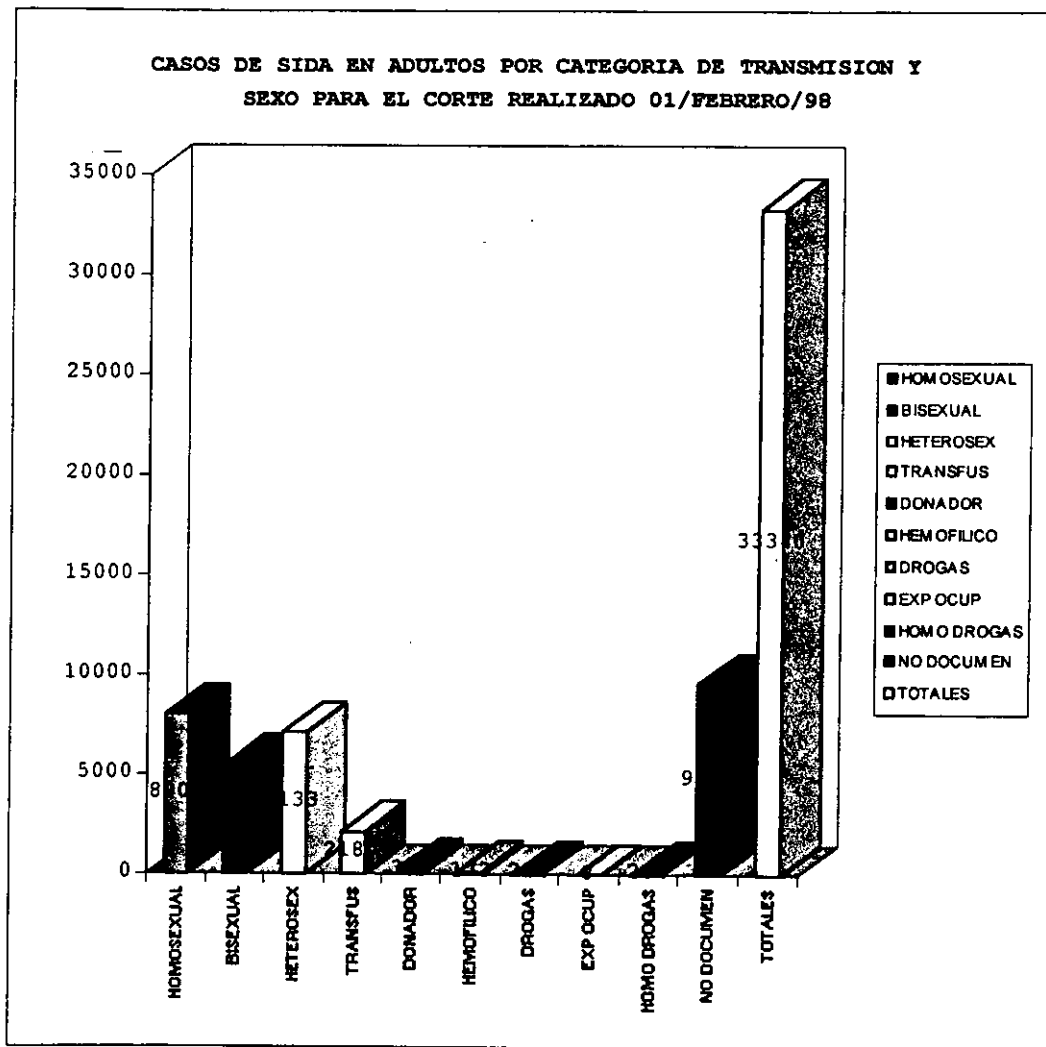
\*FUENTE: CONASIDA

Finalmente y más detalladamente se hace la clasificación de los casos detectados de SIDA en razón al grupo de edad, en donde puede observarse que el mayor porcentaje se ubica entre los 20 a 44 años de edad, parámetros donde tienen cabida las conductas penalmente relevantes para el Derecho penal.



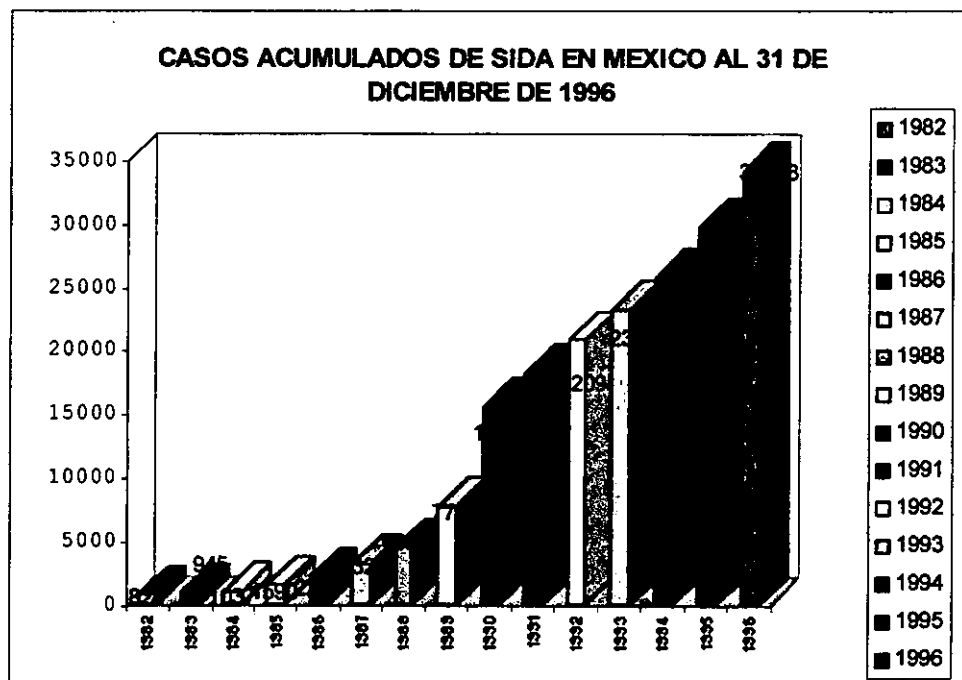
\*FUENTE: CONASIDA

Concluyéndose con una clasificación en relación al sujeto portador del virus IH, en razón a su categoría de transmisión ubicándose la mayor incidencia sobre aquellos sujetos en su aspecto sexual como son los homosexuales, heterosexuales y bisexuales.



\*FUENTE: CONASIDA

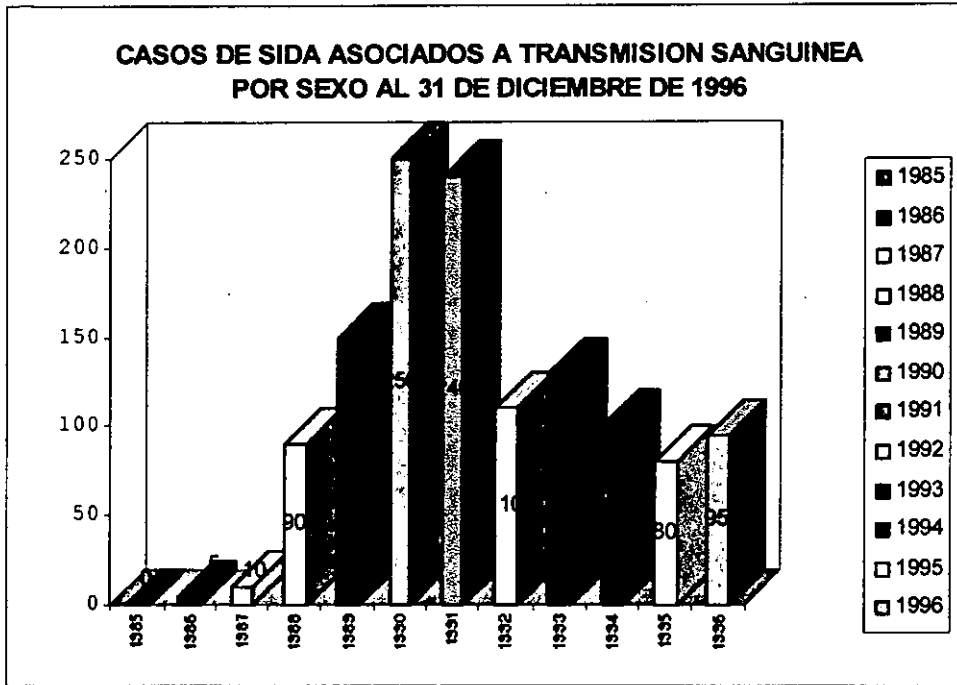
La epidemia de SIDA en México ha presentado tres tendencias en la primera, hasta 1986, el incremento fue lento; entre 1987 a 1990, fue exponencial, y a partir de 1991, se ha amortiguado y presentado periodos de duplicación de 16 meses. Sin embargo, este crecimiento se observa principalmente en las áreas metropolitanas del país (el Distrito Federal y los estados de México y Jalisco acumulan más de 54.8% de los casos), en tanto que en las entidades del Pacífico, Centro y Sur, acusan periodos de duplicación de sólo ocho a diez meses. El análisis comparativo de las prevalencias muestran los estudios centinela realizados por la Secretaría de Salud a través del CONASIDA, considerando dos periodos de cinco años cada uno (1985-1990 y 1991-1996).



\*FUENTE: CONASIDA

En México, además de las disposiciones legales que prohíben la venta de sangre y obligan a que toda la sangre transfundida haya sido previamente analizada, se realizan actividades educativas dirigidas a los donadores con la finalidad de evitar que personas con prácticas de riesgo donen sangre. Se advierte que la prevalencia de infección en donadores ha descendido durante estos últimos años, ya que en 1990 fue de 0.06% y en 1995 fue de 0.05% a nivel nacional.

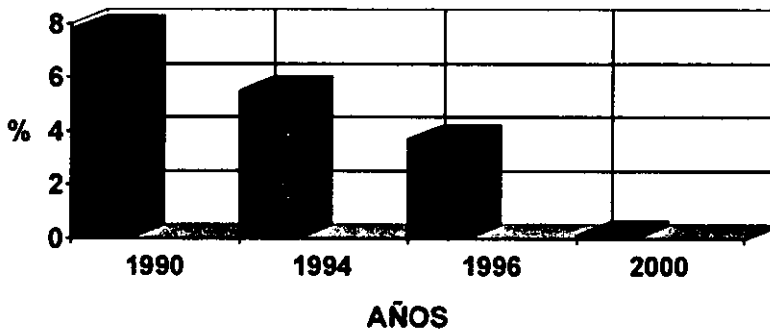
La prevalencia en donadores comunes y donadores altruistas varía por región geográfica; así en la región Centro Oriente fue de 0.09%, seguida en orden de importancia por la del Sur con 0.06%, el Distrito Federal con 0.04%, la del Norte con 0.03% y, por último la Centro Occidente con 0.01%. Por entidades federativas, Hidalgo ocupa el primer lugar, con una prevalencia de 0.4%, Yucatán con 0.3%, Chihuahua con 0.16%, Veracruz con 0.13% y Baja California con 0.1%. Cabe destacar que, durante 1995 en 50% de las entidades no se presentaron casos entre donadores. La transmisión sanguínea ha mostrado un marcado descenso. El porcentaje más alto por transmisión fue de 17% en 1989, y disminuyó a partir de 1991, hasta representar sólo 8.4% del total para 1996. Entre mujeres el impacto de SIDA postransfusional fue mayor que en hombres, por lo que la disminución en ellas fue más significativa.



\*FUENTE: CONASIDA

Otra estadística importante del programa mencionado es aquella que nos muestra el porcentaje de casos de SIDA debidos a transfusión de sangre y hemoderivados. El control de los bancos de sangre y la legislación para disponer de sangre segura permiten anticipar la eliminación de casos de SIDA por esta vía. Panorámica que se aprecia de esta manera:

### TRANSFUSION DE SANGRE

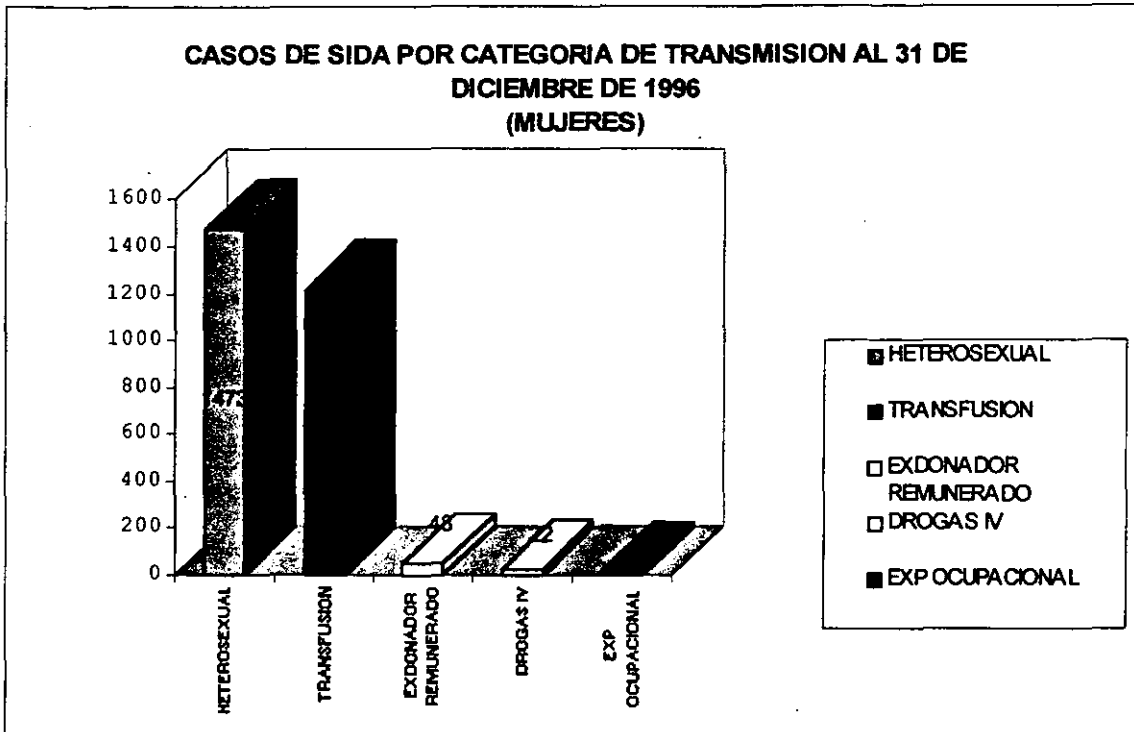


\*FUENTE: Programa de Reforma del Sector Salud.

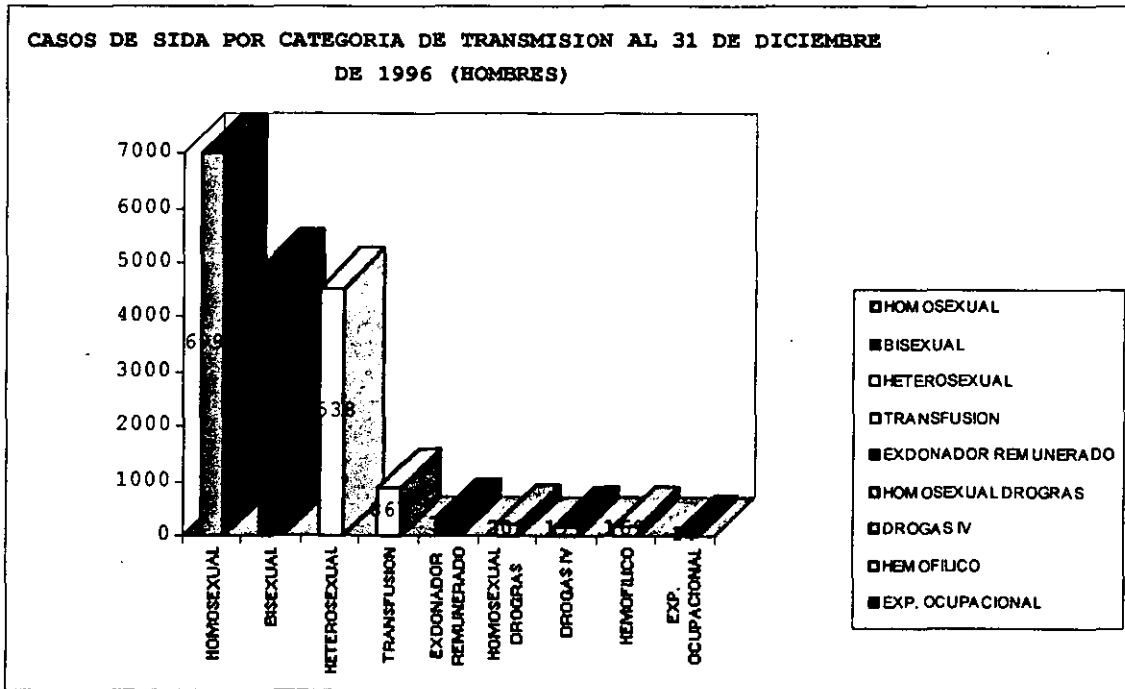
La epidemia de SIDA es predominantemente una enfermedad de transmisión sexual (ETS) con una proporción de casos atribuibles a transmisión sexual en hombres de 90.5% y, en mujeres de 53.3%. Dentro de los hombres los más afectados han sido los homosexuales, y se observa un aumento discreto de la transmisión en hombres heterosexuales.

Los múltiples estudios realizados en mujeres trabajadoras del sexo comercial arrojan prevalencias bajas: en 1986, uno de éstos mostró una seroprevalencia de 0.4%; la Dirección General de Epidemiología, entre 1987 y 1988, realizó otro estudio en varias ciudades, determinando una seroprevalencia de 0.9%.

En 1990, un estudio en varias ciudades de la República encontró una seroprevalencia de 0.4%. Finalmente, en mujeres trabajadoras sexuales que acuden al centro de información del CONASIDA en la Ciudad de México han sido en 1990, 0.2%; en 1991, 0.4%; en 1992, 0.05%; en 1993, 0.04%; en 1994, 0.02%. Los resultados publicados muestran que en general, se ha mantenido una seroprevalencia relativamente baja (0.04%) en trabajadoras sexuales.



\*FUENTE: CONASIDA



\*FUENTE: CONASIDA



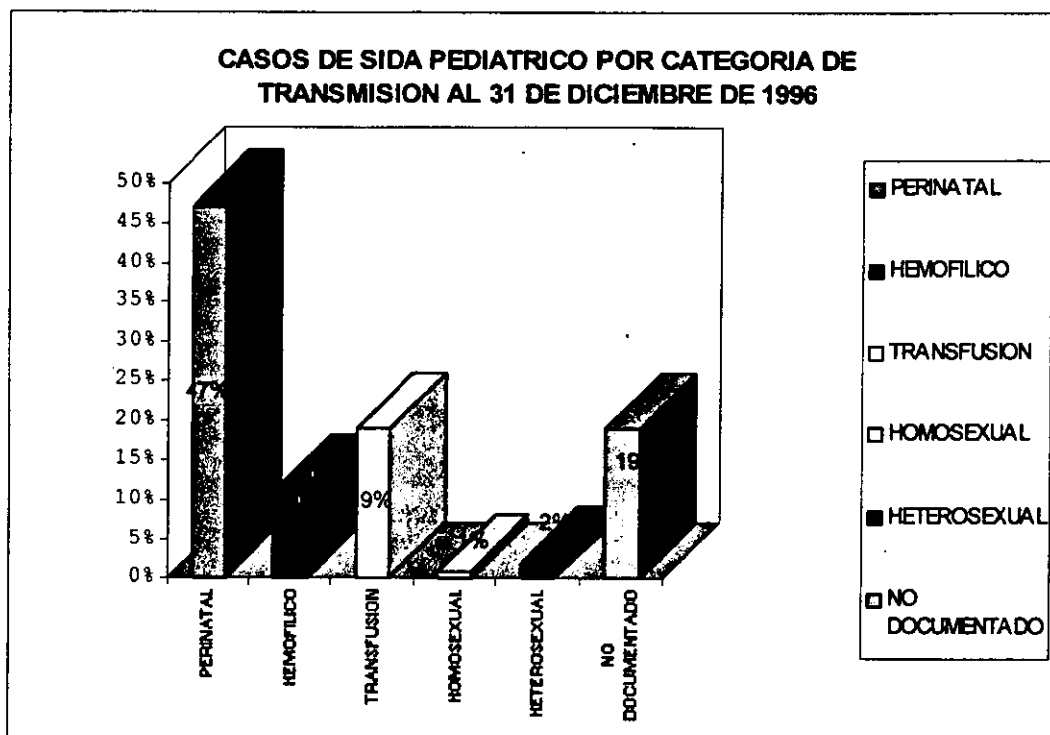
Al observarse un incremento de los casos de VIH/SIDA por transmisión heterosexual, se da un aumento concomitante de los casos en niños, por transmisión perinatal, de acuerdo con las tasas de natalidad registradas en cada país. Para finales de 1995, existía 1.5 millones de niños infectados por el VIH en el mundo y se calcula que para el año 2000 se habrá acumulado un total de 10 millones.

Hasta el 31 de Diciembre de 1996, se registraron en México 795 casos acumulados en menores de 15 años (2.7 % del total acumulado de casos), de los cuales 47% fueron infectados por transmisión perinatal. En países en vías de desarrollo, la posibilidad de que una madre infectada por el VIH transmitiera la infección a su producto es de 25% al 30% en promedio, y varía de acuerdo con factores maternos que favorecen la transmisión perinatal, como la presencia de corioamnioititis, otras ETS concomitantes, uso continuo de drogas intravenosas, ruptura prematura de membranas, bajo nivel de anticuerpos neutralizantes, nivel bajo de linfocitos CD4+maternos, eventos obstétricos y el fenotipo viral.

La transmisión del VIH de la madre infectada al hijo, puede ocurrir durante el embarazo desde la octava semana de la gestación, durante el parto y a través de la lactancia materna. Los estudios realizados demuestran que por

lo menos 50% de las infecciones ocurren en fecha muy cercana a la del parto.

Diversas encuestas centinela realizadas en mujeres embarazadas de 12 entidades encontraron una prevalencia de 0.04%, igual a la observada en la población general.



\*FUENTE: CONASIDA

De acuerdo con el Registro Nacional de Casos de SIDA de México hasta el 1° de octubre de 1996 había un total de 401 (2%) casos a nivel nacional, cuya categoría de

transmisión está asociada a UDIV. Después de Jalisco, los estados con mayor número de esta categoría de transmisión son Baja California y Sonora con 70, 68 y 36 casos respectivamente.

La relación del total de casos de SIDA en Baja California frente al total nacional es de 3.5%, mientras que la relación de casos de SIDA por UDIV respecto al total nacional es de 16.9%. Como puede apreciarse, el comportamiento en esta región guarda mayor semejanza con el patrón de los Estados Unidos que con el de México, resultando evidente de la vecindad geográfica.

En un estudio epidemiológico realizado en grupos de hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, reclusos, mujeres trabajadoras del sexo comercial y UDIV en Tijuana B.C., se encontró que la prevalencia del VIH entre estos últimos fue de 1.92% frente al 11.6% en hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, 9.5% en reclusos y 2% en mujeres trabajadoras del sexo comercial. A través de la vigilancia centinela de la prevalencia de infección en Tijuana y Mexicali, en 1995 se obtuvo una prevalencia de 9% para VIH en usuarios (as) de drogas intravenosas de Baja California y, en 1996, en Ciudad Juárez se encontró una prevalencia de 6%.

Las ETS en conjunto constituyen una de las 10 primeras causas de atención en el primer nivel, con un promedio de 220,000 casos anuales y con el tercer lugar de incidencia entre las enfermedades infecciosas, superadas solamente por las infecciones respiratorias agudas y las gastrointestinales.

Las llamadas ETS clásicas: Sífilis, Gonorrea, Chancro blando y Linfogranuloma venéreo, son enfermedades bacterianas para las que existe tratamiento médico, por lo que su tendencia es descendente, a diferencia de las llamadas de nueva generación: Hepatitis B, Herpes genital, infecciones por el virus del papiloma (VPH) y por Chlamydia trachomatis, las cuales, a excepción de esta última son padecimientos que no se curan, sólo se previenen, y únicamente se cuenta con la opción de vacuna para el virus de la hepatitis B (VHB).

Es por ello que actualmente al igual que en el caso de la infección por VIH su tendencia es ascendente, a este grupo se deben incorporar otros padecimientos que comparten la particularidad de transmitirse principalmente por vía sexual como son la Tricomoniasis y Candidiasis urogenital.

El comportamiento de las ETS en la República Mexicana, de 1986 a 1996 presenta dos vertientes: disminución

de las ETS clásicas; Sífilis adquirida de 6.3 a 1.4\*, Sífilis congénita de 0.2 a 0.1\*, Linfogranuloma venéreo de 0.5 a 0.2, Chancro blando de 1.2 a 0.6\* y Gonorrea de 19.1 a 12\*, y un incremento de las nuevas ETS; Candidiasis de 53 a 118.5\*, Tricomoniasis urogenital de 31.6 a 95.3\* y Herpes Genital de 1.1 a 2.7\*, exceptuando la hepatitis B que disminuyó de 0.6 a 0.5\*. \*Tasa por 100,000 habitantes.

Las entidades que presentan una mayor incidencia por ETS son: Tlaxcala, Morelos, Quintana Roo, Baja California, Nayarit, Aguascalientes, Zacatecas y Tabasco, correspondiendo a los municipios más afectados por incidencias y áreas de riesgo los relacionados con movimiento poblacional, sea por mayor emigración o inmigración principalmente a zonas de maquiladoras, industrias de la construcción, siderúrgicas, zonas de trabajadoras sexuales, portuaria, turísticas, urbanas, o por ser vía de paso a los Estados Unidos. La población más expuesta al igual que el caso de VIH, se compone en su mayor parte de jóvenes; según datos del anuario de morbilidad de la DGE, el grupo etáreo de 15 a 24 años es el más afectado en un 3.4%, seguido del de 25 a 44 años.

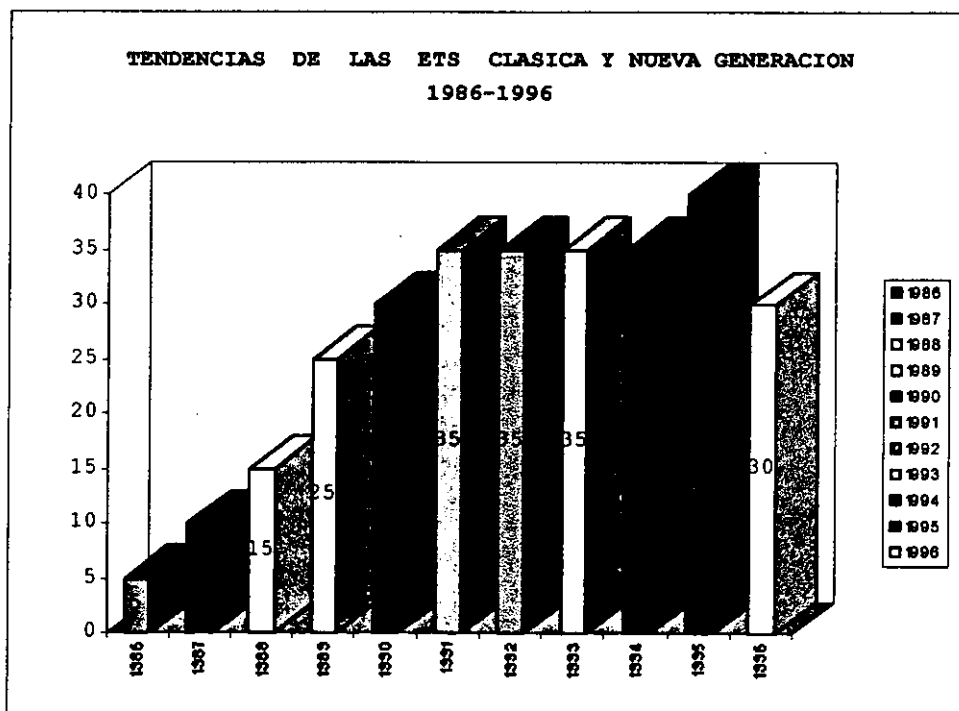
En datos obtenidos en una Encuesta sobre Comportamiento Sexual en la Ciudad de México, realizada por

el CONASIDA en 1992-1993, en una población muestra de 6,675 personas con vida sexual activa coital, se encontró que 10.8% ha padecido alguna ETS en toda su vida. Los grupos etáreos con mayor incidencia fueron los de 30-34 años con 11.1%, 35-39 años con 13.6% y el grupo de 40 a 44 años con el 13.7%, 45-49 años con 17.4% y 50 a 54 con el 17.7%. De acuerdo al estudio marital, la población que está casada o que vive en unión libre presenta mayor incidencia (19.1%) de haber padecido alguna ETS en algún momento de su vida. Los resultados por prácticas sexuales muestran que la mayor incidencia de ETS se presenta en población que tiene práctica bisexual (31.7%), mientras que la incidencia en la población que tiene prácticas homosexuales es de 14.3% y la de población heterosexual es de 10%, es decir, que la población que tiene práctica bisexual reportó mayor incidencia de ETS.

La mortalidad por ETS ha descendido de 1990 a 1994, con una tasa por 100,000 habitantes de 0.17 a 0.05, correspondiendo 90% de las defunciones a la Sífilis y de este porcentaje 50% corresponde a la Sífilis congénita. En 1990 se agregó el registro de Hepatitis B, representando 60% de la mortalidad, seguida de 35% por Sífilis adquirida y congénita; la Gonorrea y otras no definidas constituyen 5% restante de las defunciones.

Se ha establecido la presencia de algunas ETS como factor determinante en la infección por el VIH, asimismo, se ha asociado al virus del papiloma como factor condicionante en la producción del cáncer cervicouterino y también se ha establecido el contacto sexual como una importante vía de transmisión de la hepatitis B, la cual se asocia con 30% de muertes por cáncer hepatocelular a nivel nacional.

Esto determina la importancia de ampliar el acceso de la población a mejores servicios de atención integral de las ETS, como una estrategia fundamental para disminuir la incidencia de la infección por VIH.



\* FUENTE: CONASIDA

### 3.2 Estadísticas de la P.G.J.D.F.

Es muy escaso la receptación de este tipo penal en nuestra Procuraduría Capitalina, ya que por lo que respecta a la información recabada durante el año de 1997, tenemos que solamente una averiguación previa transitó por dicha institución.

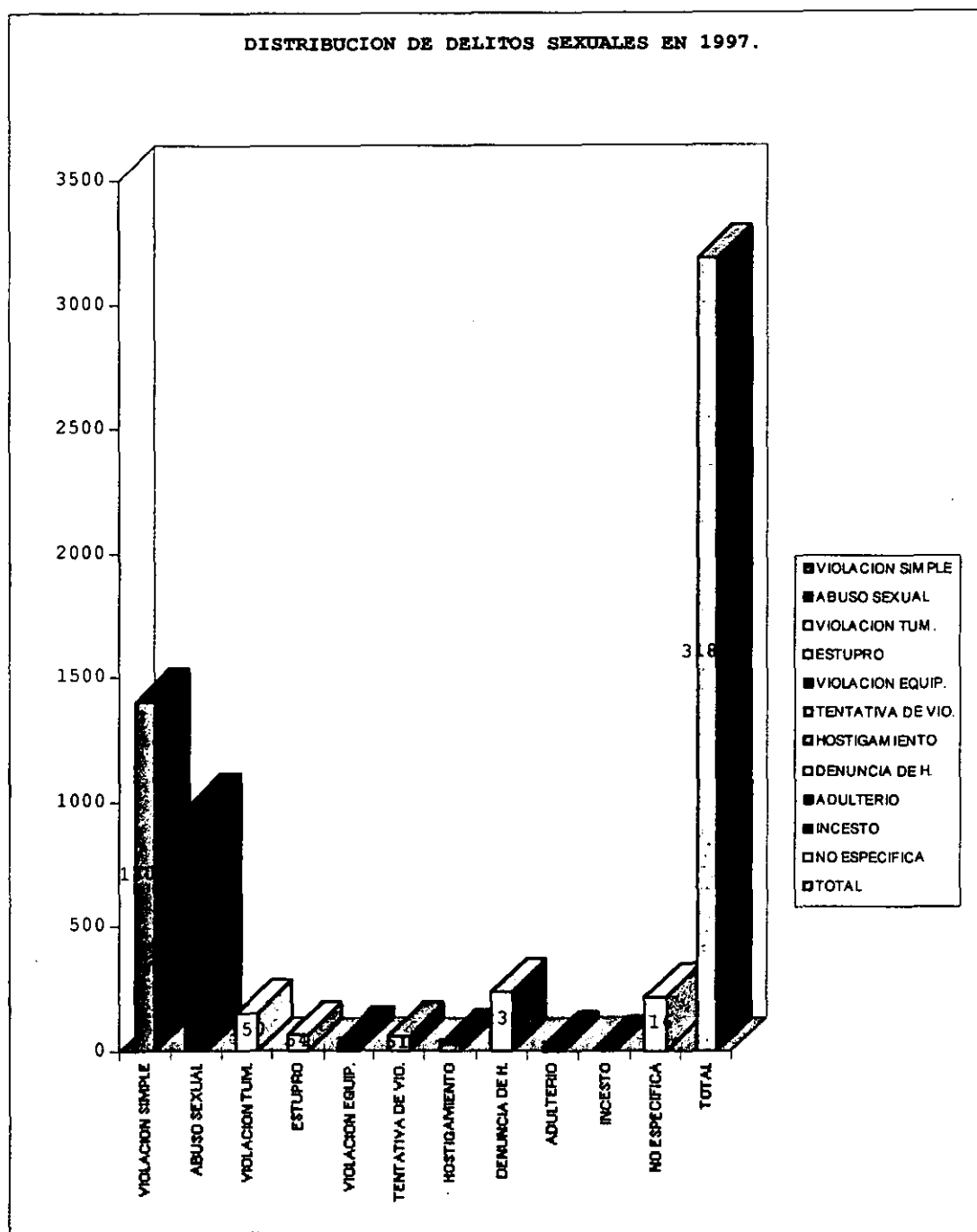
Dato que se corrobora con el oficio número 402-400/05/98-01, emitido por la Dirección General "C" de Consignaciones, de fecha 15 de enero de 1998, relativo a la devolución de la averiguación previa número 47/474/95-07, por el delito de PELIGRO DE CONTAGIO, siendo el inculpado FRANCISCO ZETINA LOPEZ.

Haciéndose notar que la indagatoria citada tuvo inicio desde el mes de julio de 1995, sin embargo, hasta la fecha la misma no se ha podido integrar para poder hacer la consignación correspondiente.

Por otra parte y de acuerdo a los datos arrojados por la institución mencionada, en el año de 1997, tenemos que de acuerdo a la división en la estructuración de los delitos Sexuales -donde podría tener incidencia el delito de PELIGRO DE CONTAGIO- que hace la dependencia de mérito, no hay alguna subdivisión en donde se mencione el tipo penal a estudio, lo cual corrobora la nula invocación de este tipo de conductas ilícitas.



Ilustrando lo anterior a través de la siguiente gráfica:



\* FUENTE: P.G.J.D.F.

### 3.3 Enfoque penitenciario.

La fuente de obligación de los centros carcelarios u hospitalarios, para colocarlos como garantes de las personas privadas de libertad, especialmente de presos preventivos o sentenciados, sometidos al cumplimiento de medidas de seguridad de internamiento, está en el deber de protección y por tanto poseen la calidad de garantes, por lo cual están conminados a evitar los peligros, los contagios posibles, por esas limitadas posibilidades de autoprotección de la población señalada.

Así el interno de una institución penitenciaria u hospitalaria cerrada ha de ser protegido, pues por la dirección de la misma de los riesgos específicos de una infección de V.I.H., de los que él mismo no puede defenderse a causa de su privación de libertad, y a la inversa (y en su caso al mismo tiempo) la dirección del establecimiento ha de cuidar de que los ya infectados no contagien a otros. Y ello lo es por el alto grado de infecciosidad de V.I.H. de reclusos en establecimientos, por lo cual el riesgo de transmisión del V.I.H. en establecimientos cerrados ha de considerarse como extraordinariamente alto (consumo de drogas intravenosas, pluralidad de usos de las jeringas, contactos homosexuales, peleas violentas con exposición de lesiones, etc.), por lo que los medios de protección fácilmente disponibles (preservativos, jeringuillas de un uso) sólo

pueden reducirlo fácticamente, no bajarlo hasta el nivel social general.

Concluyéndose que esta posición de garante de los funcionarios carcelarios, en orden a evitar la difusión del SIDA representan en cierto modo el elemento más dinámico dentro del complejo normativo referido al SIDA, pues no permiten que la solución del problema de la contusión del SIDA quede relegada a la responsabilidad personal del individuo en peligro, advirtiéndose que esta posición de garante no es, por supuesto, ninguna panacea que permita obtener recetas acabadas que aseguran el éxito en la lucha contra el SIDA. Pero contrariamente a ello, una pasividad en el ámbito ejecutivo será en todo caso contrario al deber de garante, lo que constituye una razón más para que estén destinados al fracaso todos los intentos por considerar la difusión del virus VIH como un espacio libre de Derecho.

La transmisión del SIDA en prisión constituye un riesgo muy elevado que en otros ámbitos sociales y ello es así, por los diferentes factores potenciadores de difusión, entre otros, a saber:

A.- El consumo de drogas de los internos por vía intravenosa, apreciándose una alta concentración de individuos pertenecientes a este grupo de alto riesgo; en relación con la infección del V.I.H.

B.- Las prácticas homosexuales, ya sean consentidas o forzadas, con lo cual se constata un segundo grupo de individuos con conductas de alto riesgo.

C.- El hacinamiento en prisiones, con la consiguiente pérdida de mínima intimidad y la falta de higiene.

D.- El desconocimiento de los reclusos sobre los medios de contagio y finalmente el clima conflictivo de los centros penitenciarios, donde se propician frecuentemente riñas y agresiones con derramamiento de sangre.

Por lo cual es acertada la norma de esta ley donde se hace la clasificación de estos sentenciados por el delito de lesiones por SIDA, ya que un individuo que ingresa a prisión, ya sea en calidad de preso preventivo, ve significativamente incrementadas las posibilidades de contagiarse por el virus de I.H.

Disposición que más que una medida administrativa debe considerarse como un imperativo para las autoridades carcelarias para poner la atención debida a este tipo de sentenciados; por la alta posibilidad de contagio en dichos centros carcelarios.

Pasando en particular a los centros carcelarios, tenemos que en el Centro Femenil de Readaptación Social de Tepepan, sólo se tuvo el conocimiento hasta el mes de enero de 1998, de 4 internas por sentencias ejecutorias, por los delitos de Homicidio en Razón del Parentesco, quienes efectivamente están identificadas como portadoras del VIH, y por tal motivo fuera de los parámetros legales, están conminadas en el "área de castigo", lo cual rompe con el tratamiento y readaptación social de este tipo de sentenciados (no en relación al delito por el cual fueron sentenciadas, sino en cuanto a que su contagio fue ajeno a ello).

Por su parte en la Penitenciaría de Santa Martha, hasta el mes de enero de 1998 mil novecientos noventa y ocho, se tiene noticia de cinco sentenciados, quienes permanecen en el Hospital de dicha institución.

En cuanto al Reclusorio Preventivo Norte, tenemos que a éste tipo de sentenciados que son portadores del VIH, se encuentran en las áreas 10 y 5, siendo la primera denominada de "castigo" y la segunda "normal".

Cabe hacer notar que ni en los CERESOS ni en las Penitenciarías, se hace algún análisis para detectar oportunamente aquellos internos que pudieran tener el virus de VIH, ya que al momento de su recepción, solamente se les

realiza una exploración física externa, sin que se lleven a cabo exámenes de laboratorio para estar en posibilidad de su detección. Sin embargo se llega a la percepción de estas personas infectadas casi, cuando se encuentran desarrollando la enfermedad del SIDA, esto es, en su fase terminal.

Encontrándose únicamente en el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, los siguientes artículos donde se menciona el procedimiento para la recepción de los internos en esos centros penitenciarios.

**Artículo 16.-** *En las instalaciones de reclusión se establecerá un sistema administrativo para registrar a los internos. El registro deberá comprender, entre otros, los datos siguientes:*

**I.-** *Nombre, sexo, edad, lugar de origen, domicilio, estado civil, profesión u oficio e información sobre la familia;*

**II.-** *Fecha y hora de ingreso y salida, así como las constancias que acrediten su fundamento;*

**III.-** *Identificación dactiloantropométrica;*

**IV.-** *Identificación fotográfica de frente y de perfil;*

**V.-** *Autoridad que ha determinado la privación de la libertad y motivos de ésta; y*

**VI.-** Depósito e inventario de sus pertenencias.

Las Fracciones III y IV, no serán aplicables a los registros de los Reclusorios destinados a cumplimiento de arrestos. No a los de indiciados.

**Artículo 31.-** Toda información contenida en los expedientes de los internos que obren en los archivos de los reclusorios será incorporada al sistema general de información y estadística.

A través de este artículo se abre al exterior la información sobre aquellos internos que se les haya detectado el virus de IH, receptando esta clase de información el Sector Salud, donde se asienta el registro correspondiente de estos infectados.

**Artículo 40.-** Al ingresar a los reclusorios preventivos, los indiciados serán invariablemente examinados por el médico del establecimiento, a fin de conocer con precisión su estado físico y mental.

Cuando por la información recibida, el estudio y la exploración realizada en el interno, el médico encuentre signos o síntomas de golpes, malos tratos o torturas, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Director de la Institución para los efectos de dar parte al Juez de la causa y al Ministerio Público, a los que remitirá certificaciones del caso y asentará los datos relativos en el expediente que corresponda, el cual quedará a disposición de los defensores del interno, quienes podrán obtener certificación de las constancias que figuren en el expediente.

Si como resultado del examen médico fuere conveniente un tratamiento especializado, el Director

del Reclusorio, dictará las medidas necesarias para que el interno sea trasladado al Centro Médico de los Reclusorios, lo que comunicará por escrito a los familiares, defensores o personas de su confianza dentro de las 24 horas siguientes.

**Artículo 56.-** Al ingresar los internos a reclusorios para la ejecución de penas, serán inmediatamente sometidos a examen médico, aplicándose en lo conducente lo dispuesto por el artículo 40 de este Reglamento.

**Artículo 94.-** Los responsables de los servicios médicos, además de las actividades inherentes a su función, coadyuvarán en la elaboración y ejecución de los programas nutricionales y de prevención de enfermedades en los internos y, vigilarán que sean adecuadas las condiciones sanitarias de los reclusorios.

Es responsabilidad de los servicios médicos de cada establecimiento, aplicar periódicamente pruebas de enfermedades infecto-contagiosas; así como realizar campañas de orientación sexual y hábitos de higiene.

El responsable de los servicios médicos procurará que exista material quirúrgico y medicamentos necesarios.

Como podemos observar en los artículos anteriores, solamente se estipula un examen médico en la receptación de los internos, sin que se indique algún otro tipo de examen de laboratorio, para estar en la posibilidad de detectar algún portador del virus de IH.

Por tanto se recomienda se amplíe ese examen médico a pruebas de laboratorio, para estar en posibilidad de detectar a tiempo si algún interno es poseedor de este virus, y así brindar una mejor prevención por parte de las autoridades carcelarias hacia los internos que se encuentran bajo su custodia.



# C A P I T U L O

## 4

### **ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DEL PELIGRO DE CONTAGIO**

- ◆ 4.1 Elementos objetivos.
  - 4.1.1 La conducta.
    - 4.1.1.1 Acción.
    - 4.1.1.2 Omisión.
  - 4.1.2 Bien jurídico.
    - 4.1.2.1 Salud general.
    - 4.1.2.2 Salud individual.
  - 4.1.3 Sujetos.
    - 4.1.3.1 Activo.
      - 4.1.3.1.1 Portador del V.I.H.
      - 4.1.3.1.2 Enfermo de Sida.
    - 4.1.3.2 Pasivo.
      - 4.1.3.2.1 Personas comunes.
      - 4.1.3.2.2 Cónyuges.
      - 4.1.3.2.3 Concubinos.
  - 4.1.4 Medio comisivo.
    - 4.1.4.1 Relaciones sexuales.
    - 4.1.4.2 Cualquier medio transmisible.
- ◆ 4.2 Elementos normativos.
  - 4.2.1 Enfermedad grave.
  - 4.2.2 Período infectante.
  - 4.2.3 Peligro de contagio.
- ◆ 4.3 Elementos subjetivos.
  - 4.3.1 Dolo.
    - 4.3.1.1 Sabedor de que esta infectado.
  - 4.3.2 Culpa.
    - 4.3.2.1 Artículo 60 del Código Penal.

#### 4.1 Elementos objetivos.

El tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito. La objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las circunstancias del hecho objetivas, que pertenecen al tipo objetivo. Este llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo externo puramente objetivo, que estuviera absolutamente libre de momentos subjetivo-anímicos. El tipo objetivo comprende aquello del tipo que tiene que encontrarse objetivado en el mundo exterior.

El núcleo objetivo de todo delito es la acción, ordinariamente junto a una lesión o puesta en peligro de un Bien Jurídico que constituyen las circunstancias de resultado de la acción.

A la acción se agregan, dado el caso, los medios especiales y las modalidades especiales de la acción, como otras circunstancias objetivas del hecho de determinados delitos. La distinción en particular es tarea en la parte especial del Derecho penal. En algunos casos es punible la

mera acción como tal, en los casos que el acto como tal es impuro o reprochable desde un punto de vista ético-social.<sup>35</sup>

Por tanto los elementos objetivos serán la cimentación externa del hecho que tendrá que calificarse penalmente relevante para el Derecho, los cuales deberán estar precisamente plasmados dentro del tipo penal a estudio.

#### 4.1.1 Conducta.

Lo primero que debe darse para que estemos en posibilidad de que el delito exista, es que sea producto de una conducta humana. La conducta es, así un requisito *sine que non*, como elemento básico del delito. La cual consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre (a contrario *sensu*, si no es producido por el hombre esa conducta no será penalmente relevante para el Derecho penal). Si es positiva consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o peligro de cambio (caso en el cual estaremos frente a una tentativa) en el mundo exterior, físico o psíquico, esto es, una acción o en su caso, si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento

---

<sup>35</sup> Cfr. Welzel, Hans, Ob. Cit., pág. 933.

corporal esperado, lo que también causará un resultado, dando paso a la omisión.<sup>36</sup>

Ambas formas de aparición del delito están reglamentadas por nuestro Código Penal en su artículo 7º, en donde nos define lo que es el delito y que a la letra dice: "*Delito es el acto u omisión que sancionan nuestras leyes penales*", definición vista desde un enfoque meramente legalista.

#### 4.1.1.1 Acción.

El concepto de acción debe incorporar como atributos los elementos del tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad, situación en la que no se debe ver como consideraciones gramático-constructivas, sino como una estructura técnico jurídica del delito, esto es, porque existe un interés teórico en la caracterización positiva del comportamiento humano jurídico penalmente significativo, porque de la acción se infiere el límite extremo de la imputabilidad de un hecho como producto del ser humano. También el concepto de acción debe ofrecer un interés práctico, ya que desde un inicio queda fuera de contexto, todo lo que no puede ser de importancia para el juicio jurídico penal.

---

<sup>36</sup> Cfr. Carrancá y Rivas, Raúl, Ob. Cit., pág. 275.

La acción desde el punto de vista de clasificación, serán las diversas modalidades del actuar del ser humano que de alguna manera pueden ser de importancia para el Derecho penal, por lo cual deben tener cabida en el concepto de acción.

Por otra parte en función de la definición deberá contener los conceptos jurídico penales de tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Los cuales se encuentran entrelazados o unidos, ya que de lo contrario se volverían a disolverse en el terreno genérico de la imputación. También este concepto de acción, debe prescindir de aquellas formas del comportamiento que en ningún caso aparecen como merecedoras de pena, como lo serían conductas que no son penalmente relevantes para el Derecho penal.<sup>37</sup>

La acción dentro del tipo penal que nos ocupa, consiste en propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas. Entendiéndose por propagar el transmitir a un número indeterminado de personas o a una persona en particular, enfermedad que debe tener la característica de que sea transmisible, contagiosa para las personas<sup>38</sup>, y por exclusión quedan fuera de ello los contagios de animales.

---

<sup>37</sup> Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich, Ob. Cit., pág. 195.

<sup>38</sup> Cfr. Fontan Balestra, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 604.

Como podrá observarse esta transmisión o propagación de enfermedades, constriéndose al virus del V.I.H., no tiene cabida, ya que este contagio, tiene lugar de manera directa, esto es, que dada la naturaleza de su transmisión, esta no puede darse de manera masiva, o sea diseminando concomitantemente a un número indeterminado de personas, por tanto las vías de transmisión lo será de manera personalizada.

#### 4.1.1.2 Omisión.

Para hablar de esta forma de comisión del delito (infracción del deber de actuar, impuesto por la ley penal), tiene que haber como un presupuesto, un comportamiento humano externo constituido generalmente por una actividad positiva, esto es, la no realización de la conducta descrita por la ley tiene lugar así casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva distinta a aquélla, importándole al derecho no ésta acción positiva, sino aquélla que dejó de hacer y que estaba obligado a ello <sup>39</sup>, así nuestra legislación punitiva, al respecto establece en el artículo 7° *"En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de*

<sup>39</sup> Cfr. Mir Puig, Santiago, Ob. Cit., pág. 177.

*actuar para ello, derivado de una ley, contrato o de su propio actuar precedente".*

Una vez contemplado este elemento del tipo objetivo que lo fue la conducta, señalamos que al seguir contemplando el delito de Peligro del Contagio como un delito de peligro, en contraposición a los delitos de lesión, nos conlleva indefectiblemente a concluir, que el hombre por el simple hecho de ser portador del V.I.H. se le estaría limitando su actuar, ya que por ese hecho y al encontrarse inmerso en una sociedad, por consiguiente sus contactos de índole sexual -entre otros, como sería la transfusión sanguínea, perinatal, etc.- que pudiera tener con los conformantes de dicha sociedad, se estaría restringiendo su actuar por el solo hecho de ser un portador del V.I.H., retrocediendo así a la fase del Derecho penal en que se sancionaba a una persona por lo que es y no por la conducta penalmente que hubiere realizado. Por lo cual el Derecho penal sólo debe actuar en el momento en que hay una conducta penalmente relevante, al transgredir el bien jurídico de la salud personal -lesiones-, y si bien un portador de tal virus podría ser considerado potencialmente dañino para la sociedad, déjese al sector salud que se encargue de la fase anterior a la comisión del evento delictual a través de la medicina preventiva.

#### 4.1.2 Bien jurídico.

El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas -especialmente las jurídico-constitucionales.

La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso -aún contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la transgresión, firmeza frente a las transgresiones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora *bien jurídico-penal*.



Al emplear de este modo el concepto puede sorprender de entrada la estrecha conexión con las normas penales, pues los bienes se pueden definir también sin este rodeo normativo nombrando lo que el autor -desde luego en caso de un delito de lesión en sentido material- destruye: vida, salud, propiedad, pudiendo quedar relegada por el momento la cuestión de si los objetos mencionados deben ser bienes por sí mismos o por su utilidad para una persona o para la sociedad. Tampoco se debe poner en duda que tales objetos pueden llamarse razonablemente bienes, pues son situaciones valoradas positivamente y por tanto "buenas" para el que valora.

Sin embargo, los bienes de esta clase pueden resultar menoscabados también mediante sucesos naturales (enfermedad, "cansancio" de los materiales), y asimismo mediante procesos en los que ciertamente intervienen personas, pero que no son evitables (ni dolosos ni imprudentes). Esto puede carecer de importancia para su entendimiento como bienes, pero no para su calificación como bienes jurídicos-penales. Ejemplificando se podría decir que se denominan bienes jurídicos-penales sin más a las situaciones valoradas positivamente, se deriva la extraña consecuencia de que el Derecho penal a veces (e incluso en algunos ámbitos casi siempre) no se preocupa de las pérdidas de sus bienes: la muerte por decrepitud senil, que una cosa se estropee con el tiempo, etc., representan pérdidas de

bienes en el sentido mencionado, pero no realizan ningún tipo penal. Así pues, el Derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a ataques de determinada clase. Si el fundamento de esta abstención se impusiese al Derecho penal desde fuera, sería adecuado llamar bienes jurídico-penales a objetos de la clase mencionada por sí mismos o por su utilidad para personas o para la sociedad, pues se señalaría jurídico-penalmente una protección amplia que se limitaría a determinadas formas de ataque sólo por motivos ajenos al Derecho penal. Con este modo de entender, sin embargo, toda destrucción de un bien en el sentido indicado, suceda como suceda, debe ser una perturbación penalmente relevante. Con lo absurdo de esta concepción (¿Es toda enfermedad un ataque a bienes jurídico-penales?), se pone de manifiesto cuan limitada es la utilidad de tal concepto de bien: Es verdad que acierta en designar qué situaciones han de considerarse bienes, pero pasa por alto la misión específica del Derecho penal, al confundir indebidamente bajo el mismo razonamiento "perturbación por haber lesionado el bien", las fuerzas de la naturaleza, o el comportamiento humano no evitable con el comportamiento imputable -el único que interesa al Derecho penal-. Como consecuencia, desde luego en caso de bienes que no pierden su función por la evolución social, sino que perecen por condicionantes físicos (debilidad senil), el pasado se convierte en un gigantesco cementerio de bienes jurídicos, que demuestra claramente que en caso de lesión de

un bien en el sentido indicado no se alcanza el nivel en el que se desenvuelve el Derecho penal.

Al Derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva. Esto sólo puede tener lugar mediante un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar la valoración positiva. Lo que constituye una lesión de bien *jurídico-penal* no es la causación de la muerte (ésta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable. El homicidio evitable tiene el sentido de una oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio, porque al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o previsibilidad del resultado (culpa), de haber elegido realizar el comportamiento que acarrearía consecuencias en lugar de la alternativa inocua. La norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma.

Sólo este punto de vista eleva el bien *jurídico-penal* a la esfera en que se desarrolla la interacción social que interesa al Derecho penal: la esfera de la *significación* del comportamiento (delictivo) en tanto que negación del

significado de normas y el reforzamiento de preservar en el significado de la norma por medio de la reacción punitiva. Así tenemos que en el delito de lesiones, el bien jurídico-penal es la validez del contenido de la norma que hay que respetar la integridad corporal ajena, concluyéndose que el bien jurídico-penal es la vinculatoriedad práctica de la norma.

El bien jurídico-penal en el sentido indicado no puede ser atacado por un comportamiento como suceso externo, sino sólo por un comportamiento en tanto que suceso significativo. En virtud del principio del hecho, desde luego sólo concurre un hecho penal cuando tiene lugar un suceso externo, perceptible por los sentidos. Pero el objeto de este comportamiento exterior no es el bien jurídico-penal, sino que más bien han de distinguirse bien jurídico-penal y objeto de la acción (sería más exacto decir: objeto del comportamiento).

En la medida en que no se valore jurídicamente de modo negativo el objeto de la acción se le puede denominar *objeto de ataque*. A su vez, algunos objetos de ataque se pueden definir como bienes antepuestos al bien que realmente importa, mientras que otros representan sólo el ataque contra un bien.

El nivel de referencia del bien jurídico-penal del que se ha tratado hasta ahora, al debatir el problema "el Derecho penal como protección de bienes jurídicos" (o "el hecho punible como lesión del bien jurídico") no se suele hallar en primer plano. Se trata más bien de sí las normas jurídicas (y con ellas sólo indirectamente también el propio Derecho penal) sólo son legítimas si protegen bienes jurídicos, sin que esté especialmente claro lo que es un bien jurídico en este contexto. El bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto. A partir de aquí se entenderá como *bien jurídico* el objeto de protección de una norma, en contraposición de la propia validez de una norma como bien jurídico-penal.

Lo que se discute es desde qué punto de vista ha de establecerse lo que se tiene en cuenta como objeto de protección de la norma, e incluso si debe utilizar un único criterio (teorías monistas), o si puede cambiar las perspectivas (teorías dualistas). Junto a la asignación (monista) de todos los bienes jurídicos al ciudadano individual se encuentran otras asignaciones a la sociedad y a través de ella al ciudadano, así como asignaciones (dualistas), que en los casos de bienes jurídicos individuales se dirigen al ciudadano o en caso de bienes jurídicos estatales o supraindividuales se dirigen a la

sociedad o al Estado, y finalmente asignaciones (de nuevo monistas) sólo a la "comunidad jurídica".

La discusión se refiere a dos ámbitos de problemas que han de separarse convenientemente.

De entrada se trata de quién es el favorecido en definitiva por la "función protectora". Aquí cabe sostener que incluso la protección del individuo (vida, libertad, etc.), es necesaria sólo porque la sociedad necesita personas con capacidad de acción, o porque, a la inversa, la protección del Estado (la alta traición) o de las instituciones de la sociedad en su conjunto sólo se verifica porque el individuo necesita para sobrevivir el auxilio del Estado. Esta disputa acerca de la finalidad del Estado no se puede dirimir en relación con las normas jurídicos-penales, y menos aún limitándose al concepto de bien jurídico. De todos modos, se descartan las soluciones radicales: Las normas penales están garantizadas mediante la conminación de reacciones formales, y por ello son tan poco concebibles sin una orden formal entre los individuos singulares como a la inversa una sociedad sin miembros.

Además, cabe preguntarse desde qué punto de vista ha de establecerse qué bienes se asignen, y a quién se asignen, son dignos de protección y la necesitan. Este punto de vista es el público, aún cuando se trate de la protección

de bienes privados, pues cuando se eleva algo a bien jurídico de una norma penal, ello quiere decir por definición que su protección se convierte en una tarea pública. Con ello, sin embargo, no se ha determinado qué bienes privados deben ser protegidos bajo tutela pública y que bienes públicos necesitan protección penal. La doctrina de los bienes sirve poco para decidir esta cuestión. La respuesta depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva, con la que no se corresponde necesariamente la disvaloración del comportamiento lesivo para los bienes.

Por último, ha de establecerse la capacidad para disponer de un bien en tanto que se le encuentra digno de protección y necesitado de ella. La decisión no queda prejuzgada por la suposición de quién es el favorecido en definitiva. Así, en un modelo según el cual la protección de la propiedad no deba servir al individuo, sino a la vida económica general y a través de ello favorecer al Estado, se puede dejar la capacidad para disponer al ciudadano singular. A la inversa, en un modelo en virtud del cual la protección del bien debe llevarse a cabo en favor del individuo, puede estar sujeta su capacidad para disponer. Pero, ante todo, los bienes que deben servir a todos los individuos sólo se pueden gestionar en común, de modo que incluso con un criterio individualista al reconocer los bienes no se puede soslayar la capacidad de disposición del Estado.

Con arreglo al Derecho vigente, la determinación de la capacidad se lleva a cabo de modo dualista -a excepción de los bienes absolutamente indisponibles- junto a los bienes cuya capacidad de disponer corresponde al individuo o a una agrupación de individuos, aparecen los bienes que pertenecen al Estado o a otra persona jurídica de Derecho Público, y los bienes cuya capacidad corresponde a la sociedad en general. De la capacidad de disposición depende el efecto (excluyente del tipo o justificante) del consentimiento.

Cuanto más decrece la confianza en que los presupuestos de la vida y de la configuración de la vida de los ciudadanos se ajustarán por vías naturales mediante autorregulación del mercado o de otra forma, tanto más asume el Estado la administración de tales presupuestos y extiende, en su regulación final, la protección penal a estos presupuestos, que alcanzan el rango de bienes jurídicos: medio ambiente, salud pública, etc. En cuanto al principio, esto no constituye ninguna novedad; en puridad, toda institucionalización de la actividad estatal puede convertirse en bien jurídico; en esa medida los modernos fines del Estado no se diferencian de los clásicos (seguridad externa e interna). Pero los nuevos bienes presentan especialidades cuantitativas que diluyen el concepto de bien jurídico; su límite con lo adecuado socialmente es, cuando claro, objetivamente arbitrario (drogas prohibidas contra drogas permitidas), y en los demás casos un producto tan vago



del arbitrio del Gobierno y de la Administración que la protección del bien amenaza con desaparecer detrás de la protección de la ejecutabilidad de las decisiones (medio ambiente). Pero no se ha determinado si el Estado social que administra la calidad de vida podría renunciar libremente a la protección de tales bienes jurídicos.

Ahora bien, como concepto de bien jurídico, podemos señalar que es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de situación se entiende, en este contexto, en sentido amplio, comprendiendo no sólo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica. Sin embargo, podría argumentarse que la protección jurídica constituye prueba suficiente y decisiva de valoración positiva de la situación. El bien jurídico se determina entonces de modo positivista y el concepto abarca "todo lo que a los ojos de la ley, en tanto que condición de la vida sana de la comunidad jurídica, es valioso para ésta". La concreción de esta determinación conduce a una (enumeración un tanto desordenada de los "activos del ordenamiento jurídico"), es decir, como fruto de la enumeración no cabe extraer teoría alguna de la sociedad, sino sólo las oscilaciones y compromisos en la práctica, también en esta variante positivista se halla aún un aspecto crítico para con el Derecho positivo: Si ha de existir un bien jurídico es que la ley debe considerar ya alguna situación como valiosa para

la "vida sana", lo que falta cuando la ley regula modos de conducta cuyo rendimiento no es algo con valor, sino que constituye un valor por sí mismo, especialmente cuando la ley prescribe un comportamiento moral como tal. De todos modos, este resto crítico del concepto de bien jurídico se puede reducir también concibiendo la definición del concepto tan elásticamente que incluya todo fin de regulación. El bien jurídico ha de entenderse entonces como "sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares" o como "abreviatura de la idea de fin".

Sin embargo, al concepto de bien jurídico le asigna la doctrina mayoritaria una función más fuertemente crítica. El valor de situación no debe ser renunciable -el que el "mero actuar contra las buenas costumbres" o la "mera inmoralidad" por falta de lesión de bien jurídico no quepa definirlo como hecho punible se puede señalar como una de las principales metas de la doctrina del bien jurídico- y tampoco hay que atenerse para la determinación del valor a los ojos de la ley. Más bien, la bondad del bien jurídico debe ser ya un interés vital a la condición de bien jurídico, aún cuando no queda claro en virtud de qué criterios el Derecho positivo distingue entre los intereses que han de reconocerse y los que han de rechazarse. Si se quiere conocer cómo han surgido los intereses, hay que estudiar la Historia de la Cultura, pero no se debe olvidar que algunos intereses fundamentales

son innatos a la propia naturaleza humana y tal es el caso de la vida y salud personal.

Ultimamente los esfuerzos se dirigen a conservar para el concepto de bien jurídico la relación (comprendida en el interés valorable positivamente) entre una persona y una situación, pero sin imponer al concepto la función de designar a las fuentes de estas relaciones valorativas (vida, cultura, ordenamiento constitucional, etc.). Con esta inclusión de la persona en el concepto de bien jurídico se puede encontrar lo valioso del bien jurídico mejor que mediante la mera enumeración de objetos. Desde luego que así pierde claridad el concepto, pero hay que aceptarlo, porque ciertamente no existe posibilidad de definirlo con mayor claridad. No obstante, la inclusión de la persona hay que precisarla aún. No se trata del acto de valoración realizado por la persona (que no necesita protección penal), sino la posibilidad que una persona realice sus intereses. La posibilidad asignada a una persona, referida a ella, consistente en el uso y disfrute de una situación valorada positivamente: eso es el bien jurídico.

En este concepto, se pone de manifiesto que no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano. Este concepto evita, además, el malentendido de

que un bien jurídico deba referirse a algo perceptible sensorialmente o a un objeto similar.

Para algunos autores la acción de propagar es un delito de daño que "entraña un peligro"; de daño, porque alguien debe verse afectado por la enfermedad (tiene que haberse producido una pluralidad de afecciones o basta con que una persona se haya visto afectada), al paso que el peligro estriba en la probabilidad, o por lo menos en la posibilidad de que la enfermedad sea transmitida a otras personas no afectadas todavía. Para otros no es indispensable que alguien se vea afectado, sino que ya propaga el que realiza actos idóneos de transmisión de la enfermedad, "creando el peligro de que la enfermedad se disemine". Pero parece válido sostener que lo que el tipo prohíbe es la propagación de la enfermedad (es decir, la multiplicidad de afectados con posibilidad de que otras personas lo sean) no la creación del peligro de propagación. Propaga, por tanto, el que logra que una pluralidad de personas se vea afectada por la enfermedad que pueda seguir difundiéndose a otros, cualquiera que sea el procedimiento adoptado para conseguirlo y que pueda ser el contagio (transmisión directa o indirecta de la enfermedad que padece el propio agente u otra persona a terceros) o la difusión en general de los gérmenes.

La consumación de este tipo de ilícito depende del criterio que se adopte con relación al concepto típico de la

acción de propagar. Aquellos que lo consideran hecho de puro peligro, piensa que para la consumación es suficiente el "acto de propagación", entendiéndose por tal el de difusión de los gérmenes, aunque no se hubiese afectado a persona alguna, al paso que los que lo conciben como un hecho de daño, requieren que se haya producido ya la afección en alguna persona o en una pluralidad de ellas; para estos el acto de difusión de los gérmenes sólo podría aparecer, en su caso, como tentativa. <sup>40</sup>

Podemos señalar que en nuestra Ley Sustantiva Penal, hay dos bienes jurídicos que son considerados de la mayor importancia, porque de ellos depende la existencia natural de otros muchos. El primero, el bien jurídico por antonomasia, lo es la vida, ya que para el común de las personas es evidente que si no existe vida tampoco pueden darse otros varios bienes.

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

---

<sup>40</sup> Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 75.

Sin embargo, y siendo el bien jurídico que nos ocupa en el presente trabajo la salud, sobre el particular puede decirse que tiene una visión amplísima, ya que la ley reconoce la necesidad de protegerla en forma amplia y estricta, es decir, como idea permite la generalización y al mismo tiempo la singularización. Enfoques que se desarrollarán en los siguientes apartados.

#### 4.1.2.1 Salud general.

Los atentados contra la salud son delitos contra la seguridad común como creadores de peligro para una comunidad, es decir, para la salud pública, entendiéndose por tal aquella de la que goza el público en general, indeterminadamente. En otras palabras: es el estado sanitario de la población lo que se protege.

La salud pública como valor comunitario inmanente a la convivencia humana, ha empezado a preocupar al Estado en fechas relativamente recientes. En la antigüedad los problemas referentes a la higiene y sanidad sociales estaban fuertemente influidos por ideas religiosas o mágicas, en la creencia de que la enfermedad y la muerte eran castigos divinos o fenómenos independientes de la voluntad humana ante los cuales al hombre no le quedaba otro recurso que sufrirlas.

Estas ideas fueron cambiando con el progreso de la medicina moderna que puso de relieve las causas de muchas epidemias que hasta entonces había azotado a la humanidad y ofreció los remedios para prevenirlas y combatirlas.

A partir de entonces el poder público consideró como una de sus funciones fundamentales la regulación de la sanidad pública, dando normas, de tipo administrativo sobre todo, para su regulación.

Actualmente el progreso de la medicina e higiene social han logrado mantener dentro de límites soportables un mínimo de sanidad y erradicar en los países civilizados las enfermedades sociales, previniendo, con las vacunaciones y los controles sanitarios, cualquier causa que pueda desencadenarlas.

El Código Penal sanciona las transgresiones de bienes jurídicos más graves de las normas sanitarias, entre otras, delitos Contra la Salud (narcotráfico) y Del peligro del Contagio (enfermedades de transmisión sexual), siendo estas últimas transmisibles a las personas que pueden poner en peligro la salud pública.

La naturaleza de estos delitos es compleja. Por un lado, desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales, se construyen como delitos de —peligro

abstracto, por cuanto el motivo de su incriminación no es otro que el salvaguardar la vida o la salud de las personas, pero no se exige su puesta en peligro en el caso concreto para castigarlos. Dogmáticamente son, sin embargo, delitos de peligro común, por cuanto en la mayoría de los casos se exige la puesta en peligro, siquiera de un modo general, de la salud pública. En estos casos no basta, pues, con que la acción encaje formalmente en la descripción típica; es preciso establecer, además, su nocividad para la salud pública, siquiera como potencial o hipotética.

La acción consiste en propagar, es decir, en transmitir una enfermedad a una pluralidad de personas o a una persona concreta. La propagación también puede llevarse a cabo en forma indirecta a través de objetos.

Por tanto el legislador ha considerado necesario proteger la salud de todos y cada uno de los habitantes, sin distinción ni diferenciación alguna. Por el hecho de estar vivos, los habitantes de nuestra nación tienen una salud que requiere de protección -artículo 4° Constitucional-. Estamos así frente aquellos casos en los que ciertos tipos penales se refieren, como objeto de la tutela jurídica, a una salud entendida en forma amplia y genérica, ya que en el caso concreto que nos ocupa no existe -bajo la perspectiva del bien jurídico que protege el tipo penal a estudio- estrictamente un sujeto pasivo determinado, ya que el



artículo 199 bis del Código Penal, no ha sido creado por el legislador pensando en las personas en lo individual, sino en ellas en su conjunto. Sin desconocer que en todo caso de delito, normalmente habrá posibilidad de identificar al pasivo, también es indiscutible la visión genérica del legislador, ya que basta asomarse a los artículos anteriores enclavados en mismo Título Séptimo Capítulo I (artículos 193 a 199) del ordenamiento penal citado, todo ello relativo a los delitos contra la salud (narcotráfico), en donde se evidencia el aspecto amplio que ha considerado el legislador al crear estos tipos penales, todo ello dirigidos a una salud colectiva, sin que haya de referirse a un sujeto pasivo determinado.

Finalizando podríamos establecer que el Estado toma las medidas necesarias para evitar riesgos en la salud, creando para ello mecanismos adecuados para evitar daños y conservar lo que de bueno haya (Artículo 4° Constitucional); en otras palabras, estos medios funcionan en forma preventiva y, al mismo tiempo curativa. Ya que es sabido que la mejor medicina es la curativa. Con lo cual si en Derecho penal es el último instrumento para mantener la armonía en la sociedad, debemos seguir manteniendo su mínima intervención para las actividades dentro de un marco democrático de derecho y dejar completamente este aspecto de la Salud General, tal y como se plantea en el presente fenómeno del SIDA, a la Salud General y para ello el Estado ha abordado

atingentemente este aspecto a través del Sector Salud y otros organismos afines.

#### 4.1.2.2 Salud individual.

Como se ha hecho referencia la salud también es atendida por el legislador en otros tipos penales, pero ahora partiendo de una perspectiva concreta y con referencia a personas determinadas. Hay un conjunto de hipótesis legales que están en el Capítulo I del Título Decimonoveno del mismo Libro Segundo, donde, bajo el nombre de Lesiones, se comprenden todas las conductas que producen una alteración en la salud, siendo relevante mencionar que el Título del Código Penal que se ha mencionado corresponde al rubro de "Delitos contra la vida y la integridad corporal", que debe de interpretarse referido a las personas en particular, ya que se ha sostenido en forma invariable que el bien jurídico que se protege en estos casos (referido a las lesiones ) lo es la salud personal.

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

Así tenemos que nuestro ordenamiento punitivo penal en el Título Decimonoveno, Capítulo I del Libro Segundo, bajo el rubro genérico de "Delitos contra la vida y la integridad corporal" y el específico de lesiones, dice:

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

La integridad personal puede dañarse en el delito de lesiones anatómica y funcionalmente. El daño anatómico está enumerado casuísticamente en el citado artículo 288: "heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras... y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano". En opinión de algunos autores, es falta de técnica legislativa el referirse casuísticamente a lo que deba entenderse por lesiones, porque es suficiente con la expresión "alteración de la salud", por significar ésta "el rompimiento del estado de equilibrio de las funciones fisiológicas del cuerpo", y al daño funcional hace referencia la frase "toda alteración en la salud". Conviene anotar que tanto el daño anatómico como el funcional suelen ser coincidentes, sobre todo en aquellas lesiones que revisten alguna intensidad.

El Código Penal no especifica el medio, el modo y la forma de ocasionar la lesión, lo cual implica que en su

pensamiento quedan comprendidas abstracta y latentemente todas las conductas productoras de un daño anatómico o funcional para la integridad humana. Puede cometerse el delito de lesiones tanto mediante actos positivos como omisivos.

El delito requiere para su integración un resultado material. La mutación del mudo externo que implica el resultado material en el delito de lesiones consiste, desde el punto de vista genérico que contempla el artículo 288, en un daño que deja huella material en el cuerpo humano o en una alteración en la salud; y en el aspecto específico considerado en los artículos 289, 290, 291, 292 y 293 del Código Penal en las transformaciones anatómicas o en los trastornos funcionales que mencionan en los mismos. Empero, como las penas que se establecen en los artículos se aplicarán "al que infiera una lesión..." para la integración del delito tiene que existir un nexo causal entre la conducta del agente y el resultado acontecido.

El Código no contiene precepto alguno del alcance general en orden al problema, ni tampoco disposición alguna especial relativa a la causalidad en el delito de lesiones. Para establecer esta adecuación se ha de proceder, en primer término, a comprobar que la conducta del sujeto es *conditio sine qua non* de la alteración anatómica o funcional que aqueja al sujeto pasivo. Una vez establecido que la conducta

del agente ha sido la condición sin la cual no se hubiera producido el resultado, hay que dilucidar si el nexo que liga a ambos es, en el caso concreto, racionalmente adecuado para producir dicho resultado típico.

No es necesario para la existencia del nexo causal que la lesión haya sido directa y exclusivamente debida a la conducta del agente, pues dicho nexo subsiste aun en el caso que en la producción del evento hubieran concurrido otras causas previstas, utilizadas o aprovechadas por el culpable como complemento de su acción.

El delito de lesiones es una sola entidad jurídica que abarca múltiples consecuencias fácticas lesivas para la integridad personal. Los varios resultados que le caracterizan han motivado que las legislaciones y los penalistas hayan aglutinado los distintos pero homogéneos resultados en diversos grupos diferenciados entre sí por la intensidad de la pena, según la menor o mayor importancia de las lesiones que integran cada uno. Y así surgió y se mantiene la tradicional división de las lesiones en: levisimas, leves, graves y gravisimas. El Código no las clasifica expresamente de esta forma pero la reconstrucción dogmática de los artículos 289 a 293 nos confirma que la reconoce, esquematizando en forma ascendente el *quantum* de la punibilidad en relación a la clasificación de cada lesión.

El Código en la parte primera del artículo 289 hace referencia a las lesiones levisimas, cuando sanciona "al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días...". Nos encontramos ante dos circunstancias -una negativa y otra positiva- que integran esta clase de lesiones: 1) que no pongan en peligro al vida del ofendido, y 2) que ésta tarde en sanar menos de quince días.

La única diferencia que existe con las lesiones leves graves radica en que mientras en aquéllas el ofendido ha de sanar antes de los quince días, en éstas la sanidad se produce después de dicho plazo.

Las lesiones graves pueden revestir dos formas, la primera está constituida por la lesión que deje en el ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable (artículo 290) y la segunda por la "que perturbe para siempre la vista o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna o cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales" (artículo 291).

Dentro de las lesiones gravísimas se comprenden aquellos ataques al bien jurídico de la integridad humana que producen consecuencias de la más extrema importancia. Dichas lesiones no están unificadas en orden a la pena, pues el

ordenamiento positivo les establece privaciones de libertad de distinta duración. Esta variedad revela que la ley juzga diversa la intensidad lesiva de cada uno de los tres grupos que integran esta clase de lesiones. El primer grupo está constituido por aquellas a que hace referencia el primer párrafo del artículo 292; esto es, por la lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquier función orgánica, o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Lo que parece aquí ser importante para nuestro presente estudio es lo relativo a *enfermedad segura o probablemente incurable*. La enfermedad que tenga curación, aunque fuere lenta y tardía, queda excluida del concepto en examen. La declaración de que una enfermedad es incurable ha de formularla el Juzgador con base en dictámenes médicos valorados según la experiencia, la cual inequívocadamente revela que existen enfermedades de las que casi nunca se llega a sanar. Como el precepto indicado requiere el dictamen médico de la probabilidad o seguridad de que la enfermedad sea incurable, los mismos deberán ser valorados por el Juez con extrema cautela, ya que el pronóstico de que una enfermedad es incurable es muy susceptible de error dada la multiplicidad de factores en que ha de fundarse.

Sin embargo, en el artículo en comento si bien señala una enfermedad segura e incurable, ello no es sinónimo de que sea mortal (tal y como se propone en la nueva creación de un tipo penal *-riesgo de producir la muerte-*, como se abordará en el siguiente capítulo), por tanto el presente estudio no encuadraría en éste artículo para que contemplara el fenómeno del SIDA.

Algunas lesiones venéreas -hoy denominadas enfermedades de transmisión sexual- dejan como secuela una enfermedad segura o probablemente incurable. Las más importante son la parálisis progresiva y la lues cerebral causadas por la sífilis. Esta, ya de por sí, puede considerarse independientemente de sus consecuencias, como una enfermedad segura o probablemente incurable. Cabe anotar aquí que aunque la más grave de las lesiones venéreas conduce a la parálisis progresiva, como ésta no aparece inmediatamente sino que pasan varios años antes de que llegue a manifestarse, la realidad es que no llega a adquirir relevancia típica pues el juicio penal ya ha determinado para cuando se exterioriza.

El segundo grupo de lesiones gravísimas está constituido por aquellas otras consecuencias descritas en el segundo párrafo del artículo 292: "incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales".



El tercer grupo está integrado por aquellas que ponen en peligro la vida. En esta última hipótesis nos hallamos ante un delito de lesiones de doble resultado, ya que el artículo 293 establece que "al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de 3 a 6 años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan según los artículos anteriores". Ponen en peligro la vida aquellas lesiones de las que surge la probabilidad real y efectiva de muerte inmediata. Esta probabilidad deberá evidenciarse por concretas e inequívocas manifestaciones externas del proceso patológico originado por la lesión, sin que sean admisibles los juicios de probabilidad basados en datos estadísticos abstractos, esto es, en heridas que la experiencia revela que son frecuentemente mortales. El tiempo en que tarda en sanar la lesión que pone en peligro la vida es indiferente, pues aun en el caso en que la sanidad completa se lograra antes de los quince días, es aplicable el artículo 293.

#### 4.2 Elementos normativos.

Los tipos penales en ocasiones describen aparentemente en forma exacta el hecho ilícito, sin embargo están compuestos de desiguales elementos. Es usual distinguir entre los elementos descriptivos y los normativos, sin que haya resultado posible diferenciarlos en forma precisa. Es tarea de los primeros describir un tipo en lo posible de

manera concluyente, absoluta, con exclusión de la variable valoración judicial; así ocurre, por ejemplo, cuando la ley se sirve de expresiones tan genéricas como "cosa", "mueble", "sustraer", "hombre". Al contrario, se habla de elementos normativos cuando el Juez, de manera expresa o tácita, y para efectuar una valoración de los conceptos dados por los métodos de interpretación de que él dispone, se lo remite a normas y padrones valorativos extrañas al tipo penal.<sup>41</sup>

Así tendremos los siguientes elementos normativos que describe el tipo penal a estudio, siendo: enfermedad grave, período infectante y peligro de contagio.

#### 4.2.1 Enfermedad grave.

Retomando los conceptos invocados en el Capítulo 1, inciso 1.3, tenemos que enfermedad grave es el proceso patológico que afecta al cuerpo humano, modificando su estadio preexistente y la gravedad de ella será la clasificación de la alteración de la salud del pasivo, alteración que se pronostica en razón a la mayor o menor duración de la misma, sin embargo en el caso del virus VIH, está diagnosticado como aquel estado de salud que ya no tiene retroceso y por lo cual se califica la enfermedad como incurable; declaración que ha de formularla el Ministerio Público o el Juez, con base en la valoración de los

---

<sup>41</sup> Cfr. Maurach, Reinhart, Ob. Cit., pág. 365.

dictámenes médicos que determinan inequívocamente que esa enfermedad nunca llegará a sanar (enfermedad segura e incurable) y además su característica de ser mortal.

#### 4.2.2 Período infectante.

Como se indicó en el Capítulo 2, inciso 2.2.1, este concepto es reminiscencia del original artículo 199 bis, por tanto este concepto de "período infectante" se refería en concreto a las manifestaciones externas (secreciones) de las enfermedades de transmisión sexual (sífilis, blenorragia, etc.), situación que no acontece con este fenómeno del SIDA, el cual como se analizó en el Capítulo 1, inciso 1.2, una vez que se es seropositivo, al inicio esa alteración en la salud se presenta asintomática, sin embargo, dicho sujeto ya es portador del virus VIH.

#### 4.2.3 Peligro de contagio.

Cuando se abordó este concepto al inicio del presente trabajo, se dejó asentado que peligro de contagio es la puesta en peligro del bien jurídico de la salud general, por un sujeto activo que padece de una enfermedad grave en período infectante, y que lo realice por cualquier medio o concretamente por relaciones sexuales.

Con lo cual el tipo penal a estudio se cristaliza solamente con la exposición al peligro de la salud pública, al poner en peligro, el sujeto activo portador del virus del VIH, con su conducta realizada.

#### 4.3 Elementos subjetivos.

Al tipo subjetivo pertenecen precisamente aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica; es decir, dolo y culpa, así como aquellos otros elementos subjetivos del injusto que menciona la ley para caracterizar el injusto o establecer un quantum de injusto. El tipo subjetivo debe concurrir en el momento de emprenderse la acción ejecutiva. La acción ejecutiva es la realización de aquella acción con la que el autor deja salir de su ámbito de organización el curso causal conducente al resultado, realmente (consumación) o según su representación (tentativa).

Dado que todos los elementos del tipo subjetivo son requisito del injusto, o son una forma específica de injusto, o una especial cantidad de injusto, este injusto no puede ser a su vez objeto del tipo subjetivo. El conocimiento o cognocibilidad del injusto no es ya parte del dolo o de la culpa, sino que solo pertenece a la culpabilidad.

Paralelamente, un elemento subjetivo del injusto no puede definirse mediante la especial relación del autor con el injusto del hecho. Naturalmente, en algunos elementos normativos del tipo se pondrá de manifiesto que la relación subjetiva del autor con la realización del tipo no siempre se puede separar en la práctica de la relación subjetiva con el injusto.

#### 4.3.1 Dolo.

Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere -el momento intelectual- y por la decisión al respecto de querer realizarla -el momento volitivo-. Ambos momentos, conjuntamente, como factores configuradores de una acción típica real forman el dolo. La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en sus comienzos, dando paso la tentativa. Si la decisión al hecho es ejecutada adecuadamente hasta el término, el hecho está consumado. En este caso, el hecho total no sólo ha sido querido dolosamente, sino también ejecutado dolosamente. Aquí, el dolo es un elemento final de la acción, en todo su contenido.

El dolo como mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el Derecho penal no puede alcanzar al puro ánimo. Sólo en los casos en que conduzca a un hecho real

y lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es sólo la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo. Esta función final-objetiva del dolo para la acción se presupone siempre en el Derecho penal, cuando se define el dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho.

En tanto se emplee el dolo como concepto jurídico penal (como dolo de tipo), su objeto es la realización del tipo objetivo de un delito. Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. De esto se desprende que también hay acciones no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana. También pertenecen a ellas las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado.

Como se dijo anteriormente el dolo tiene un aspecto intelectual y uno volitivo (conforme a la voluntad). La parte intelectual comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal. No es suficiente que el autor conociera potencialmente las circunstancias del hecho, es decir, que pudiera hacerlas aflorar en su conciencia. Mucho más, ha debido tener

realmente la conciencia de ellas en el instante de su hecho, habérselas representado, haberlas percibido, haber pensado en ellas, siendo eso sí, diferente la intensidad de la conciencia, según si se trata del fin, de los medios o de una circunstancia concomitante.

La parte volitiva del dolo es la voluntad incondicionada de realizar el tipo (voluntad de realización). El "querer" condicionado, es decir aquél aún no decidido, no es todavía dolo de ningún modo.

Ya que el "querer" es gramaticalmente un verbo auxiliar, necesita para su precisión inequívoca de un verbo principal y puesto que en el Derecho penal está prohibida la realización del tipo objetivo de un delito, el querer en el Derecho penal es la voluntad de realización referente al tipo de un delito. Por lo tanto, en el Derecho penal, "querer" no significa querer "tener" o querer "alcanzar" (en el sentido de aspirar), sino querer "realizar".

La voluntad de realización se dirige primero (fundamentalmente) e inmediatamente al fin propuesto, desde él, como objeto a realizar, parte la voluntad de realización. Es indiferente si considera la consecución del fin como segura o sólo como posible.

Los medios de acción elegidos para la consecución del fin son abarcados también inmediatamente por la voluntad de realización. Pues son elegidos precisamente para la consecución del fin, como los factores causales requeridos para ello.

Por el contrario, los resultados concomitantes son admitidos (incluidos) sólo en forma secundaria y mediata en la voluntad de realización, y en la medida en que el autor los reconozca como partes del complejo general a realizarse. Esta diferencia frente al fin y los medios (o entre el fin y los resultados concomitantes) se hace evidente en el análisis finalista de acción. Mientras el autor elige los medios en un proceso de retroceso desde el fin propuesto, como aquellos factores causales que -de acuerdo a su criterio- son apropiados para realizar el fin y por ello son abarcados en forma inmediata por la voluntad de acción dirigida a la consecución del fin, los resultados concomitantes quedan en un principio fuera de su voluntad de realización. Entran en la voluntad de realización sólo en forma secundaria -igualmente desde afuera- y en la medida en que el autor reconozca, anticipando mentalmente desde los medios a las consecuencias, que el medio, junto o independientemente del fin, lleva consigo otras consecuencias. <sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Cfr. Welzel, Hans, Ob. Cit., pág. 94.



Esto es, no basta que el tipo subjetivo concorra sólo antes de la acción ejecutiva (no existe el *dolus antecedens*). Tampoco el correlato subjetivo del tipo aparece tras la realización del hecho complementa el acontecer objetivo hasta convertirlo en tipo de delito; en especial el dolo posterior no puede acompletar la previa acción ejecutiva (no existe el *dolus subsequens*). Naturalmente a una acción ejecutiva no dolosa puede añadirse a continuación, si hay dolo posterior, un comportamiento ejecutivo doloso en la forma de un omitir.

Si en el momento en que el autor concibe el dolo ya ha concluido una parte del tipo objetivo, esta parte no se le puede imputar, lo cual tiene importancia práctica en los casos de cambio de dolo durante un comportamiento ejecutivo externamente semejante.

Paralelamente, un elemento subjetivo del injusto no puede definirse mediante la especial relación del autor con el injusto del hecho. Naturalmente, en algunos elementos normativos del tipo se pondrá de manifiesto que la relación subjetiva del autor con la realización del tipo no siempre se puede separar en la práctica de la relación subjetiva con el injusto.

La ley se sirve de la siguiente técnica de regulación -puramente externa-: a) Los elementos subjetivos

del injusto distintos al dolo o a la culpa siempre se mencionan en el respectivo tipo concreto; b) La punibilidad de la culpa siempre debe imponerse expresamente al respectivo tipo concreto, e incluso limitándose a determinados elementos típicos, y si no -con excepción de las cualificaciones por el resultado- todo el tipo debe realizarse dolosamente. Para la gran mayoría de los tipos falta la caracterización del aspecto subjetivo del hecho, de modo que se requiere dolo, así específicamente, por ejemplo, en todo el ámbito de los delitos contra la propiedad y el patrimonio. La imposición de la pena también a la comisión culposa se lleva a cabo casi siempre indicando un marco penal atenuado con respecto al delito doloso; c) En relación con las consecuencias mediante cuya producción se agrava la pena de un delito básico, si no se indica expresamente en el tipo concreto, basta siempre la culpa. <sup>43</sup>

Debe afirmarse la existencia del dolo directo (*dolus directus*) si el autor sabe o prevé como seguro que su acción conduce a la realización del tipo legal. Quien, a pesar de este conocimiento o previsión, actúa voluntariamente, da cabida en su voluntad de realización a todo lo que se representa como consecuencia necesaria y segura de su conducta, aunque uno u otro efecto de su acción pueda no ser deseado por él. <sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Jakobs, Gunther, Ob. Cit., pág. 308.

<sup>44</sup> Wessels, Johannes, Ob. Cit., pág. 68.

El dolo directo no basta para abarcar todos los casos en que, por necesarias razones de política criminal, debe admitirse que hay dolo (y en las cuales, conforme a las concepciones de la doctrina dominante se afirma, desde la perspectiva de la dogmática, que hay dolo). Son muy frecuentes los casos en los cuales el autor, sin desear ni tener por necesario el resultado, está, no obstante, decidido a obtener el objetivo extratípico por él perseguido; para lo cual tiene conscientemente en cuenta determinada probabilidad de concreción del resultado típico o, en todo caso, consiente en su realización, o se conforma con ella; o bien, por último, consiente en la no deseada o, al menos, indiferente concreción del resultado, por que la inserción del riesgo es la *conditio sine qua non* de su actuar, al que no quiere renunciar. Tales disquisiciones, desordenadamente mencionadas, tomadas en parte del saber y en parte del querer del autor, designan los límites más externos imaginables, que ahora cabe precisar exactamente, de lo que se conoce como dolo eventual (*dolus eventualis*). No se trata de una voluntad condicionada de acción, sino que el autor se da cuenta de que una consecuencia secundaria sólo se realizará eventualmente (también *dolus eventualis*) incluso si acaecen todas las consecuencias principales de un actuar querido incondicionadamente. La decisión acerca de los que en tal situación es aún dolo y lo que es ya imprudencia debe adoptarse ya en consideración al fin de la separación entre dolo y culpa, es decir, en consideración a la distinción

entre la causación del resultado más fácilmente evitable y aquella otra evitable con más dificultad.

Frente al dolo directo, la delimitación del dolo eventual no ofrece problemas. La voluntad de actuar es idéntica en ambos; difiere tan sólo la representación del resultado, y aquí basta con el simple proceso de eliminación: aquéllas consecuencias que no se representen al menos como necesarias no cuentan para la fundamentación del *dolus directus*.

A la estructura finalista de la acción se ha objetado repetidamente que ella sería incompatible con el dolo eventual: la simple aprobación o, incluso asunción de un resultado no perseguido, no cabría dentro del marco de la conducción final. Tales concepciones pasan por alto la esencia de la acción. No es necesario que el propósito de realización del autor apunte precisamente al resultado legal. Incluso si el blanco subjetivo a que apunta el hecho es un elemento que no pertenece al resultado legal, en virtud de la inseparable conexión entre medio y fin, aquél se verá insertado en la acción final. Objeto de la dirección final será también aquel resultado que el autor no persiguió como tal. <sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Maurach, Reinhart, Ob. Cit., págs. 386 a 391.

Una vez que se ha establecido que la relación subjetiva del autor con las consecuencias principales se llama intención, o también se llega a denominar *dolus directus* de primer grado o dolo directo, en donde la relación positiva con el aspecto de los impulsos reside en que el autor obra en función de las consecuencias principales y en este sentido quiere estas consecuencias.

En la medida en que el autor pronostique la realización del tipo va a acaecer con seguridad, habrá constancia (también *dolus directus* de segundo grado). Esta forma de dolo se caracteriza por el hecho de que el autor se ha distanciado del todo intelectualmente de la evitación de la realización del tipo: Bien es verdad que no quiere la realización del tipo, pero se da cuenta de que su evitación es incompatible con aquello que quiere. El desmarcarse de la evitación puede verificarse, por una parte, de modo que el autor contemple el resultado típico como forzosamente vinculado a la ejecución de la acción querida; entonces el resultado, tal como actúa, es para él seguro (constancia en sentido estricto). El desmarcamiento con respecto a la evitación puede acaecer también cuando el autor considera el resultado vinculado con seguridad con una consecuencia principal cuya producción puede ser incierta (constancia en sentido amplio). Entonces el resultado, tal y como actúa el autor, no es seguro, pero tal como se realiza lo que él quería.

El dolo alternativo (*dolus alternativus*) no es ninguna clase de dolo con estructura independiente, sino una unión de dos dolos, la realización de los cuales, a juicio del autor, se excluye mutuamente. En el dolo alternativo se pueden vincular todos los dolos que no tengan por contenido la producción segura de la consecuencia de la acción.<sup>46</sup>

#### 4.3.1.1 Sabedor de que esta infectado.

Además del elemento subjetivo del injusto denominado dolo (o en su caso culpa), tenemos que paralelamente a éste corren aparejados otros elementos subjetivos, ya que no obstante, los tipos penales de la parte especial generalmente no se conforman en la parte subjetiva con que concurra una acción de cierta clase -dolosa o culposa-, sino además tenemos, elementos de otro grupo ulterior de intenciones trascendentes que se refieren a un planteamiento del autor que determina la lesión del bien solo según su clase<sup>47</sup>, esto es, que el sujeto activo valoriza su impulso de actuar a sabiendas del mal que padece (infectado por el virus del V.I.H.).

Por lo cual al estar consciente de la enfermedad que padece (sero positivo), es lo que da materialidad a ese elemento específico subjetivo diverso del dolo, circunstancia

---

<sup>46</sup> Jakobs, Gunther, Ob. Cit., págs. 321 a 335.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pág. 370.

con la cual va a ser factible la alteración de la salud del pasivo.

El tipo penal regulado por el 199 bis del Código Penal, se refiere a que una persona enferma de un mal venéreo debe saber que lo padece y, además, que éste se encuentra en su período infectante. En otras palabras para que se dé el delito en cuestión se requiere un doble conocimiento subjetivo: el del mal que sufre y el del período infectante. Esto es perfectamente razonable cuando se trata de ciertos males como la blenorragia o las sífilis mismas, que sus manifestaciones son físicas y temporales. Tratándose del SIDA, resulta imposible que el enfermo tenga conocimiento del posible contagio que padece, por su nula percepción, ya que el contagio se produce internamente y concretamente a través de la sangre, por lo cual no es similar sus manifestaciones como las anteriores enfermedades venéreas -hoy llamadas enfermedades de transmisión sexual- señaladas, por lo cual este segundo conocimiento (saber que está en período infectante), sería imposible determinarlo para el común de las personas y ante ello siempre faltaría este requisito de cognosibilidad y ello traería como consecuencia la permanente insatisfacción del tipo.

Hay determinados tipos que son necesariamente concebidos, conforme a su contenido de ilícito, de tal modo que sólo puede ser autor de ellos quien esté en condiciones

de llevar a cabo, por sí e inmediatamente, la acción prohibida. El círculo de los autores es por ello limitado. Los delitos por propia mano no son, por lo regular, de resultados, sino simples delitos de actividad, en los cuales, el desvalor de la acción se halla en primer plano: el resultado es, preponderantemente, neutro frente al Derecho; el desvalor se constituye, precisamente, porque al autor le está prohibida la acción.

A la categoría de los delitos por propia mano pertenecen especialmente los delitos carnales (*delicta carnalia*), de los delitos sexuales, tales como el "incesto": pueden ser autores solo determinados parientes del copartícipe en el coito; en el caso de la comisión de determinados actos homosexuales, el autor sólo puede ser un hombre. <sup>48</sup>

Por otra parte, dentro de los elementos subjetivos diversos del dolo, es pertinente hablar de los delitos de intención (delitos con tendencia trascendente). Se habla de intención en este sentido cuando el autor persigue un resultado que, ciertamente, debe considerar para llenar el tipo, pero que no necesita alcanzar. Se distingue entre delitos de resultado cortado y delitos mutilados en dos actos.

---

<sup>48</sup> Maurach, Reinhart, Ob. Cit., pág. 368.



En los delitos de resultado cortado la acción típica se complementa con la persecución de un resultado externo, que va más allá que el tipo objetivo y que debe producirse por sí mismo, después del hecho, es decir, sin intervención del autor.

Por el contrario, en los delitos mutilados en dos actos, el autor ha de querer producir por su propia actuación, después de la realización del tipo, ese resultado que trasciende al tipo objetivo.

Otro grupo relativo a los elementos subjetivos diversos del dolo, lo comprende los delitos de tendencia (delitos con tendencia interna intensificada). La característica de este grupo consiste en que la acción del hecho se halla sujeta a la dirección de la voluntad del autor, que es la que le confiere su particular carácter o la especial peligrosidad para el bien jurídico protegido.

Finalmente, deben incluirse también en los elementos subjetivos del injusto, por lo que atañe a su componente interno psicológico, los elementos impropios de la actitud interna, que no constituyen juicios de valor éticosocialmente autónomos, sino que son tan sólo la faceta subjetiva de especiales elementos del injusto.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, Ob. Cit., pág. 286.

Como elemento subjetivo diverso del dolo, tenemos que por la disposición legal y como parte integrante del tipo, establece este artículo 199 bis del Código Penal, que sólo se va a cristalizar este tipo penal por aquel autor que tenga ese conocimiento de que se encuentra infectado por el virus V.I.H. y por lo tanto tenemos que el matiz de este elemento subjetivo diverso del dolo, nos conlleva a intitularlo como un delito de propia mano, por que el disvalor de la acción está en primer plano, por que al sujeto activo le está prohibida esta acción.

Habiendo dejado señalado lo que es el elemento subjetivo denominado dolo y sus diversas clases, así como lo que es el diverso elemento subjetivo distinto al dolo y siendo en el tipo penal a estudio, el saberse que se está infectado y además en periodo infectante. Se concluye que la estructuración del artículo 199 bis del Código Penal en comento, es eminentemente dolosa, esto es, que al señalarse "El que a sabiendas que esta enfermo" y "en periodo infectante", se aprecia claramente la conotación de que el sujeto activo conoce los elementos del tipo penal o prevee posible el resultado típico, queriendo o aceptando la fealización del hecho discrito por la ley.

#### 4.3.2 Culpa.

En el capítulo anterior, al tratar los elementos del delito, señalamos al elemento subjetivo, el cual puede presentarse de forma dolosa o culposa; en el presente inciso hablaremos de esta última forma.

Aún cuando un hecho o los resultados del mismo no se desean, no se quieren o no se tiene intención de producirlos, su autor debe ser castigado, al considerarse necesario proteger a la sociedad y a sus miembros, de aquellos que, ejecutando actos voluntarios, pero sin querer producir un daño dolosamente.

Como concepto de culpa podemos señalar que es la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar; es la voluntaria omisión de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho.

Existen especiales tipos de delitos que para la integración de su elemento subjetivo no se requiere la intención -querer-, pues basta una conducta que de alguna manera se oponga a preceptos particulares ya codificados.

Para Ignacio Villalobos, existe culpa, cuando una persona "obra de manera que, por su negligencia, su

imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo".<sup>50</sup>

Para Edmundo Mezger, obra culposamente "aquél a quien se le reprocha haber desatendido un deber de precaución que le incumbía personalmente y que por esto no ha evitado el hecho y sus consecuencias".<sup>51</sup>

Para Jiménez de Asúa, culpa es "la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), por falta de deber de atención y previsión, no sólo cuando ha faltado al autor, sino cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor (o de sus omisiones) que se producen sin querer el resultado antijurídico (o lo injustó de la inacción) y sin ratificarlo".<sup>52</sup>

Nuestro código sustantivo, en su artículo 9º, define la culpa como el obrar del sujeto "que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó

---

<sup>50</sup> Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983, pág. 307.

<sup>51</sup> Mezger, Edmund, Derecho Penal, Parte General, 6ª edición, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pág. 256.

<sup>52</sup> Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, La Culpabilidad, 3ª edición, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1965, pág. 841.

confiando 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".

Para nosotros, la culpa es la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto y que por falta de previsión en el agente, produce un efecto dañoso; la misma exige la ausencia de la voluntad del resultado, e implica un no hacer algo, es decir, que el agente habría debido hacer lo indicado, evitando así el hecho descrito por la ley; en ésta, no se prevén, por negligencia, imprudencia o impericia, todas las consecuencias materiales del propio hecho y falta toda dirección de la intención hacia el resultado que se produce, o bien, se prevén, pero se tiene la esperanza de que no se produzcan; siendo que la lesión no dolosa de un bien jurídicamente tutelado, sólo podrá ser declarada antijurídica, cuando se produce por una causación evitable, es decir, cuando determinadas acciones acarreen un efecto al que la voluntad no estaba dirigida, pero que pudo haber sido posible evitar el daño causado mediante una acción esto quiere decir, que el elemento de la evitabilidad no reside en el acontecimiento natural, sino en la conducta humana; de ahí, que la razón de ser punible la culpa, lo es porque se ha omitido voluntariamente la diligencia que debía prever lo previsible, el agente tenía el deber de ser cauto y atento y falta a su obligación de adoptar determinadas precauciones, ya que realiza el hecho previsto por la ley como delito, con

un comportamiento que proviene de su voluntad, pero no lo ha querido directa ni inmediatamente.

Ahora bien, la culpa, ha sido estudiada y definida mediante dos teorías: la objetiva y la subjetiva.

La teoría objetiva se sustenta en factores externos al sujeto, como son implantaciones de deberes o precauciones que, al ser violadas desembocan en la lesión; independientemente del nexo causal existente entre acción y omisión y el resultado, se encuentran los deberes de cumplimiento impuestos normalmente, los cuales son definidos por Vela Treviño, definición que compartimos, como los "medios que el Estado se proporciona para la preservación de sí mismo y de sus integrantes, tanto entendidos como individuos que forman una sociedad, como valores de diversa índole que configuran el patrimonio y acervo culturales del propio Estado".<sup>53</sup>

La teoría subjetiva, establece su núcleo en el inadecuado actuar interno psíquico del individuo, que ante una conducción no acorde a la salvaguarda de los demás bienes jurídicos, a pesar de no desear que se cause el daño, en la ejecución de la conducta lo produce; en el área interna del individuo, la previsibilidad es el elemento fundamental de la culpa, es decir, el sujeto debe tener la posibilidad de

---

<sup>53</sup> Vela Treviño, Sergio, Culpabilidad e Inculpabilidad, Editorial Trillas, México, 1977, pág. 232.

prever lo que en su conducta no observó, al ejecutar la actividad productora de la lesión.

Consideramos, que ambas teorías se encuentran en lo correcto, siempre y cuando no se excluyan, en virtud de que, en el ordenamiento jurídico, se determinan los deberes que el individuo está obligado a cumplir, con la amenaza de aplicarle una pena si no los cumple, ya que, por el hecho de estar sujetos a los sistemas normativos, las personas a las que van dirigidos los mandamientos, se ven obligadas a adecuar su conducta a las formas de comportamiento establecidas, o de lo contrario, deberán afrontar las consecuencias que trae aparejadas la falta de cumplimiento de dicha obligación, por lo tanto, al sujeto le es previsible la producción del resultado derivado de su actuar inadecuado, ya que la imprevisión, negligencia y falta de reflexión implican una violación a un deber de cuidado.

Es decir, la culpa posee tanto un aspecto objetivo, como uno subjetivo, requiriendo por tanto, una falta de precaución en la manifestación de la voluntad, ya que el agente no obra con el cuidado que el orden jurídico y las circunstancias que el caso requiere; una falta de previsión, ya que el agente debe encontrarse en condiciones de prever el resultado, en virtud de que, por experiencia o por conocimiento, el hombre sabe hasta donde llega comúnmente su dominio del acontecimiento, en qué circunstancias se torna

más difícil y cuando escapa de su voluntad, esta previsión debe entenderse en términos lógicos y humanos, debe atenderse, para su valoración justa, a la prudencia de un hombre mediana o normalmente previsor, de acuerdo a la sociedad en que vive; y la evitabilidad de la lesión al Bien Jurídico, ya que, cuando el resultado es inevitable, es decir, que lo mismo se habría producido, no obstante haber puesto el agente la diligencia debida, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, se trata de algo imprevisible o fortuito, que por lo tanto, no puede reprocharse.

Lo anterior nos lleva a afirmar que no se sanciona a una persona, por el sólo hecho de no prever lo previsible, ya que la exigibilidad de determinados modos de obrar sólo pueden resultar de que el orden jurídico imponga hacer o dejar de hacer algo; un hecho típico sólo puede reprocharse como culpable, a quien obró no previendo un resultado que debió prever, encontrándose psicológicamente vinculado con normas jurídicas que le imponen un deber de hacer o no hacer, pero este incumplimiento de los deberes señalados no es en sí mismo punible penalmente, sino cuando causa una lesión a bienes jurídicos, la cual se encuentra prevista por la ley como típica, unida a una actividad no diligente.

El hecho culposo es un delito de resultado, ya que la producción del resultado fundamenta la punibilidad; es decir, el resultado es necesario para sancionar un



comportamiento, ya que, por más peligroso que haya sido éste, si no produce un resultado material, no puede ser sancionado penalmente.

Ahora bien, de lo anterior podemos concluir que la culpa se compone de la falta de diligencia, la cual se traduce en una violación a un deber de cuidado y puede presentarse de dos formas, ya bien, que se haya previsto un resultado antijurídico, pero confiando en que no se produzca, o bien, que no haya previsto, siendo este previsible.

Todos los tipos penales, ya sean culposos o dolosos, contienen prohibiciones de conductas; a diferencia del dolo, en un delito culposo no se individualiza la conducta por la finalidad, sino por la forma en que ésta se obtiene; esto es, por la forma de seleccionar los medios y llevar a cabo la conducta, para la obtención de ese fin, logrando así una correcta determinación en relación a si la conducta se ajustó al deber de cuidado, o transgredió el mismo.

Consiste en el desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico, exigido por las circunstancias; el deber de cuidado se infringe cuando el sujeto rebasa el límite de una circunstancia impuesta por la ley o la costumbre social. Esta falta de diligencia puede presentarse positiva o

negativamente, manifestándose a través de tres modalidades, que son: la imprudencia, la negligencia y la impericia.

Pasando a lo que debe de entenderse como impericia tenemos que según Ignacio Villalobos, es la "ausencia de discernimiento y de precauciones, pero todo ello producido por actuar festinadamente, con precipitación y con audacia, que puede llegar a la temeridad"<sup>54</sup>. Para Altavilla, consiste en "una acción de la cual había que abstenerse, por ser capaz de ocasionar determinado resultado de daño o de peligro, o que ha sido realizada de manera no adecuada, haciéndose así peligrosa para el derecho ajeno, penalmente tutelado".<sup>55</sup>

Es la acción de la cual el sujeto debía abstenerse, por ser capaz de ocasionar un resultado dañoso. Es la acción realizada de forma inadecuada, al obrar sin precauciones, precipitadamente, que puede derivarse de un hecho impulsivo; se caracteriza por la temeridad del agente frente al resultado previsto; implica una irreflexión, una escasa consideración de los intereses ajenos; es un exceso de actividad, sin medir ni evitar consecuencias.

Por lo que respecta a la negligencia, según Ignacio Villalobos, es la "actitud negativa por pereza o indolencia que consiste en falta de actividad necesaria para prever y

---

<sup>54</sup> Villalobos, Ignacio, Ob. Cit., pág. 308.

<sup>55</sup> Altavilla, Enrico, La Culpa, 4ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987, pág. 6.

evitar sucesos o consecuencias inconvenientes".<sup>56</sup> Para Altavilla, "puede ser considerada como una forma de desatención, de inercia síquica".<sup>57</sup> Para Pavón Vasconcelos es "falta de atención, descuido que origina la culpa sin previsión o inconsciente".<sup>58</sup>

Es una forma de culpa, manifestada en una conducta omisiva, contraria a las normas que imponen una conducta determinada, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso. El no impedir un resultado el cual se tiene la obligación de impedir, equivale a ocasionarlo; esta omisión es jurídicamente considerada como causa del resultado, ya que una conducta diversa habría impedido la consumación del mismo; este no hacer abarca el descuido en la conducta del agente, cuando obra de manera distinta a la que debería, descuidando normas comunes a la vida civil, es una forma de desatención; implica desidia, falta de atención.

Por impericia tenemos que para Pavón Vasconcelos, "es la deficiencia técnica originante de resultados dañosos por parte de quien carece de la preparación debida"<sup>59</sup>. Para Altavilla, "consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada".<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Villalobos, Ignacio, Ob. Cit., pág. 308.

<sup>57</sup> Altavilla, Enrico, Ob. Cit., pág. 5.

<sup>58</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1967, pág. 376.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pág. 376.

<sup>60</sup> Altavilla, Enrico, La Culpa, Ob. Cit., pág. 7.

Implica una insuficiente preparación; es una ineptitud, que aún siendo consciente el agente no ha querido tenerla en cuenta. Es la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión, arte u oficio que se funda en la ignorancia, el error y la inhabilidad; la ignorancia implica, una falta de conocimiento; el error es una falsa apreciación de la realidad, una equivocación; y la inhabilidad es un yerro al ejecutar un acto.

Ahora bien, como ya ha quedado asentado anteriormente, la culpa puede presentarse de dos maneras: ya bien, que no se haya previsto el resultado, siendo éste previsible; o que se haya previsto, pero se actuara confiando en que éste no se produciría.

Prever significa proyectar un juicio en el porvenir, pronosticando que de nuestra conducta se seguirá determinado resultado, con relaciones de causa a efecto.

La previsibilidad es la posibilidad genérica que un hombre de mediana inteligencia y cultura, en un lugar dado y en determinado momento histórico tiene para prever el resultado, como consecuencia de su propia conducta; este es un concepto abstracto.

Por lo tanto, previsible será lo proyectado como probable dentro del curso causal de los acontecimientos.

La previsión es la representación que hace el sujeto activo en un caso determinado de un resultado como probable; este es un concepto concreto, que se lleva a cabo en el momento del delito o en un momento previo.

En otro orden de ideas en cuanto a la culpa con previsión o consciente, para Mezger, existe culpa consciente cuando "el autor ha previsto las consecuencias de su hecho, pero, por haber desatendido su deber de precaución, ha confiado en que estas consecuencias no se producirán".<sup>61</sup>

También llamada culpa con representación; consiste precisamente en la representación de un resultado típicamente antijurídico, que se confía en evitar, obrando en consecuencia. El sujeto prevé, sin aceptar el resultado, confiando en la no producción de éste; es decir, no se quieren ni se consienten los resultados antijurídicos, sino que se desechan los argumentos de peligro, procediendo con ligereza al esperar que no sucederá lo indeseable.

En este tipo de culpa, el agente prevé la posibilidad de que se realice un tipo penal al ejecutar el acto, esperando que aquella posibilidad se resuelva negativamente; esto es, previendo el acontecimiento, sin desearlo, el agente actúa con la segura confianza de que el

---

<sup>61</sup> Mezger, Edmund, Ob. Cit., pág. 257.

resultado no se producirá, pero no se abstiene de cometer la acción peligrosa.

La culpa con previsión se asemeja al dolo, ya que se prevé como posible un resultado; diferenciándose sólo porque en el dolo, el resultado se acepta y en la culpa, se actúa esperando que el resultado no acontezca; existe un conocimiento del peligro que corre el Bien Jurídico, más no la aceptación de la producción del resultado, ya que el sujeto activo se representa la posibilidad de producción del resultado, aunque confía en que lo evitará o no acontecerá.

Por otro lado y referente a la culpa sin previsión o inconsciente, igualmente para Mezger, existe culpa inconsciente "cuando el autor, por haber desatendido a su deber de precaución, no ha previsto las consecuencias de su hecho".<sup>62</sup>

También llamada culpa sin representación; en este tipo de culpa no hay un conocimiento efectivo del peligro; el sujeto activo puede y debe representarse el resultado, pero no lo hace; es decir, no se prevé el resultado, violando un deber de cuidado. El sujeto no previó el efecto de su conducta debido a la negligencia o imprudencia, sin dar el debido tiempo o atención a la reflexión necesaria.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, pág. 257.

La falta de previsión de un resultado probable, nos lleva a una esfera de inferioridad cultural y psicológica; si el resultado hubiera sido previsto, la conducta habría sido distinta; si alguien no prevé lo que un hombre de mediana inteligencia y cultura puede prever, está inadecuadamente adaptado a su entorno social.

La distinción entre culpa con previsión y sin previsión, radica en que, en la primera, la idea del resultado se presenta en la mente del sujeto activo, que no quiere ocasionar el daño, pero actúa por falta de sensibilidad, con indiferencia y por ésto se aproxima al dolo, en cambio, en la culpa sin previsión, la idea del resultado no se proyecta en la mente del activo, siéndole éste previsible.

En virtud de lo anterior, válidamente podemos afirmar que nos encontraremos en presencia del elemento subjetivo bajo el matiz de culpa, cuando se presenta como un movimiento corporal voluntario, es decir, una conducta, que se adecua perfectamente en la descripción prevista por el legislador en el Código Sustantivo, en un tipo penal en concreto, que produce una mutación jurídica y socialmente relevante en la realidad fáctica, que no constituye el fin de la conducta realizada, cuando esta mutación no se previó, siendo previsible o bien, cuando de haber sido prevista, no se desea su producción, en virtud de la violación a un-deber

de cuidado que debía y podía observarse atento a las circunstancias y condiciones personales del sujeto, al actuar con imprudencia, impericia o negligencia; vulnerando un Bien Jurídico Penalmente Tutelado.

Ahora bien, de acuerdo al tipo penal a estudio tenemos por una parte, tal y como se dejó asentado en el inciso anterior referido al dolo, que la estructuración del artículo 199 bis del Código Penal, es eminentemente dolosa, y bien, ante ello no es posible que esa conducta descrita por la ley, no tenga cabida en una comisión de tipo culposa, ya que en dicho artículo en comento no tiene receptación. Sin embargo, y de acuerdo a la legislación sustantiva penal, tenemos que se abre la posibilidad de que tenga cabida esta forma del delito, a través de la inclusión del sistema de números *clausus*, esto es, normativamente se abre la posibilidad en el artículo 60 de dicho ordenamiento penal, donde se hace un listado de los delitos que aceptan la comisión culposa y así dentro de esa enumeración circunscrita, se encuentra enclavado el artículo 199 bis a estudio.

De ahí que esa aparente contradicción entre su estructuración dolosa del tipo penal y la forma culposa -entre los otros aspectos señalados-, es que se propone la creación de un nuevo tipo penal en donde, independientemente de seguir con el sistema de números *clausus*, sanear esa



estructuración para señalar y plasmar también dentro del propio tipo penal la forma de comisión culposa.

#### 4.1.3 Sujetos.

Para el autor Reinhart Maurach señala que sólo debe ser castigado quien realiza el ilícito tipificado como infracción a la norma de los tipos penales. Si bien de este modo es el autor quien aparece como el infractor natural de la norma, continúa siendo dudoso en qué casos alguien puede ser considerado como tal, especialmente en aquellos en los cuales la realización del acontecer descrito en el tipo constituye el resultado del trabajo conjunto de varias personas.

Tanto material como formalmente existen dos caminos básicamente diferentes para la determinación de la autoría: desde una perspectiva *material* puede, en principio ser considerado autor toda persona que de algún modo ha cooperado a la realización de un acontecer típico; en tanto, sobre la base de una diferenciación de fondo de los diversos aportes de autoría, es asimismo posible castigar como autor sólo a la respectiva figura central. A ello corresponde dos posibilidades *sistemáticas*: un sistema unitario, orientado exclusivamente al autor, y otro que distingue entre el autor y quienes han cooperado a la perpetración del hecho. En esta materia son imaginables las superposiciones y las

combinaciones de diversa naturaleza, las cuales también puede constatarse en todo ordenamiento jurídico.

Si en un sistema jurídico-penal sólo se condena al autor y, en tal medida, trata en forma igualitaria a todos aquellos que han cooperado a la realización de un acontecimiento típico, se dice que tal sistema sigue el principio de la *unidad de autoría*. Por el contrario, si distingue entre autores de un acontecer típico y aquellos que colaboran con él, entonces necesariamente debe distinguirse entre el acto de colaboración del autor y los actos de colaboración de los restantes cooperadores.

Existen dos caminos básicamente para la distinción entre autores y otros intervinientes denominados partícipes. Por una parte, es posible construir los actos de colaboración como hechos punibles autónomos como un tipo propio frente al hecho de autoría y, por la otra, es asimismo posible establecer una relación de dependencia con respecto al hecho principal del autor.

Para el ámbito de los hechos culposos sólo es decisivo si los presupuestos específicos de la autoría culposa se han cumplido. Sin embargo, en contra de la concepción anteriormente sostenida ello no supone una decisión en favor de la unidad de autoría, puesto que ésta, o bien considera como autor a cada colaborador en el acontecer

típico, en el sentido del concepto extensivo de autor, o bien -funcionalmente- quiere reconocer diversos tipos de autoría, lo que la determinación de autoría culposa aquí propuesta, que parte de la base de un concepto restrictivo de autor, precisamente lo rechaza; ella sólo inquiriere la presencia de los criterios de autoría, los que no se agotan en el sentido de la teoría de la equivalencia, ni tampoco dependen de la distinción de determinadas formas de colaboración en cuanto tipos de autoría. Dado, sin embargo, que en los hechos dolosos la ley fuerza a distinguir entre autoría y otras formas punibles de intervención, es sólo en este lugar que los defensores de la teoría de la unidad de autor, de la sistemática de accesoriedad y del sistema dual se enfrentan en lo esencial en torno a la solución correcta, si bien la gran mayoría se pronuncia -correctamente- por el sistema de accesoriedad.<sup>63</sup>

Lo hasta aquí dicho se refleja claramente en el artículo 13 del Código Penal vigente en donde hace la distinción entre autores y partícipes, receptando por tanto la teoría de la accesoriedad, teniendo por una parte a los autores y por otra a los partícipes.

Por otra parte frente al sujeto activo de un tipo penal, tenemos al sujeto pasivo, sobre quien recae la

---

<sup>63</sup> Maurach, Reinhart, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, 7ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 285.

conducta delictiva y así pasaremos a señalar en forma individual cada uno de estos sujetos en los siguientes incisos.

#### 4.1.3.1 Activo.

Los elementos propios de la autoría pueden clasificarse siguiendo a Basigalupo <sup>64</sup> y a Welzel <sup>65</sup>, en generales y especiales. 1.- Generales: Los escritores antes citados coinciden en señalar que el elemento general que caracteriza a la autoría en todos los delitos lo es el dominio del hecho; 2.- Especiales: Los elementos especiales de la autoría son divididos en calidades objetivas y subjetivas. a) Calidades Subjetivas: Algunos tipos penales requieren ciertos elementos subjetivos al autor, como lo son las tendencias, intenciones, *animus*, etc. En éstos casos para ser autor no basta tener el dominio del hecho, sino que además deberá contarse con el elemento subjetivo requerido por el tipo; b) Calidades Objetivas: en otros casos, para ser autor, además de contar con el dominio del hecho, deberán reunirse ciertas calidades o bien que se ejecute el resultado típico en forma personal. En el primer caso estamos en presencia de los llamados delitos especiales propios, y en el segundo ante los delitos de propia mano.

---

<sup>64</sup> Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989, pág. 177.

<sup>65</sup> Welzel, Hans, Ob. Cit., pág. 145.

Toca ahora referirnos a la problemática que presenta la autoría directa, tratándose de delitos especiales, de propia mano, culposos y de comisión por omisión.

La mayoría de los tipos de la parte especial del Código Penal, describen hechos susceptibles de ser realizados por cualquier persona. Esta generalidad se rompe con los llamados delitos propios, especiales o exclusivos, en los que el autor no puede ser cualquiera sino sólo aquél que tenga las calidades exigidas por el tipo, esto es, se circunscribe la posibilidad de la autoría a un círculo de personas. En los delitos especiales afirma Maurach: "La posibilidad de autoría se limita a la esfera de las llamadas personas calificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. Ello tiene como consecuencia que el extraño no pueden básicamente ser autor de estos hechos punibles" <sup>66</sup>. En nuestro concepto, esta postura es correcta, pues además de lo dicho, es claro que las circunstancias personales requeridas en los delitos especiales, hacen que en el autor calificado surja un deber especial, exclusivo de él; los no calificados no tienen ese deber especial atribuido al autor, porque es intransferible. Así el parricidio -hoy denominado homicidio en razón del parentesco- el deber especial para el descendiente, es no matar a su ascendiente, y este deber no opera para quiénes no

---

<sup>66</sup> Maurach, Reinhart, Ob. Cit., Tomo II, pág. 325.

sean descendientes de la víctima; para éstos rige el deber general de no privar de la vida a otro (Homicidio).

Así tenemos que las circunstancias personales son intransferibles a los extraños, porque en éstos jamás puede haber el deber especial que caracteriza a los delitos especiales. Estos delitos especiales surgen teniendo como base los elementos del tipo básico, más un elemento especializador derivado de la calidad específica del activo.

Se utiliza el vocablo de delito de propia mano, para identificar aquellos hechos punibles que por su singular naturaleza sólo son susceptibles de realizarse personalmente por el autor, quedando excluida en consecuencia la autoría mediata; por ello afirma bien Zaffaroni, que "se llama delito de propia mano a los que sólo puede cometer el autor realizando personalmente la conducta típica".<sup>67</sup>

No debe de conducirse en el sentido de que todo delito perpetrado personalmente es de propia mano, sino que este título lo adquiere en razón de que por esencia sólo admite la autoría material o inmediata; como ejemplo de tales figuras tenemos la falsedad de declaraciones, las amenazas, o bien el anteriormente denominado incesto, en donde además de ser un delito de propia mano ya que sólo puede ser ejecutado

---

<sup>67</sup> Zafaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Editorial Cárdenas Editores, México, 1976, pág. 614.

por un determinado círculo de autores, también constituye un delito especial.

En ocasiones el tipo exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto, originándose los llamados delitos propios, especiales o exclusivos. Esto quiere decir, que el tipo restringe la posibilidad de ser autor del delito, de integrar el tipo, con relación a aquel sujeto que no tiene dicha calidad exigida; concepto de delito especial que posee a decir de Mezger <sup>68</sup> destacada significación práctica en la teoría de la codelinuencia, indicando que la imitación del círculo de los que pueden ser autores en los llamados delitos especiales, no supone que las personas que no pertenecen a dicho círculo, esto es, los "no cualificados (extraños)" no puedan en absoluto ser sujetos del delito, pues si bien no pueden ser autores en el sentido estricto de la palabra, queda la posibilidad de que participen en el hecho como cómplices y sean, por tanto, sujetos del delito, advirtiéndose de todo lo que antecede, que la tipicidad sólo se dará cuando el sujeto activo tenga la calidad demandada por el tipo.

Por otro lado el delito especial en sentido amplio, nos dice Maurach, que "reciben el nombre de delitos especiales en sentido amplio, aquellos hechos punibles que, si bien pueden ser cometidos por cualquiera, motivan una

---

<sup>68</sup> Mezger, Edmund, Ob. Cit., pág. 305.

punición agravada de ser realizados por una determinada esfera de autores", siendo "los delitos especiales en sentido amplio, variedades típicas no autónomas del delito básico".<sup>69</sup>

Por otra parte tenemos que existen tipos penales en que el sujeto activo está limitado al igual que en los tipos propios, especiales o exclusivos, originándose los tipos denominados de propia mano, que son aquellos en que la conducta delictuosa la realiza personalmente el sujeto. En otros términos, constituyen delitos de propia mano, aquellos que únicamente se realizan en forma personal.

Comparando los delitos de propia mano con los delitos especiales, se observa que es sumamente difícil delimitar la frontera entre ellos. Mezger señala las notas características de los delitos especiales y de propia mano. Nos dice, que en los especiales, se circunscribe la posibilidad de la autoría a un determinado círculo de personas; pero éstos a su vez, pueden fundamentalmente cometer el delito sirviéndose de otra persona como instrumento; viceversa, en los delitos de propia mano, el círculo de las personas que pueden ser autores es limitado, pero nadie puede cometer el delito...sirviéndose de otro como instrumento; pero es posible que vengan en combinación ambos puntos de vista: si un delito especial es a la vez un delito de propia mano, sólo pueden cometerlo como autores un

---

<sup>69</sup> Maurach, Reinhart, Ob. Cit., Tomo I, pág. 369



determinado círculo de personas, y éstos a su vez, personalmente, no sirviéndose de otro como instrumento.<sup>70</sup>

Así las cosas nos permiten concluir que el tipo penal de Peligro de Contagio, es un delito de propia mano, esto es, que necesariamente el sujeto activo se encuentra revestido con una calidad específica objetiva y que lo es estar infectado del virus del V.I.H., en periodo infectante, y por tanto esa calificación que hace el propio tipo penal, es lo que le da el matiz de su comisión personalizada, y por ello la utilización del delito de propia mano, ya que bajo este contexto no cabría la posibilidad de la comisión de este delito sirviéndose de otro como instrumento (dentro de una estructuración dolosa).

Aquí también vislumbramos el contraste que presenta el actual tipo penal para su comisión como delito culposo, el cual solo restringe a los sujetos activos en un círculo de personas, que poseen esta calidad específica y por ello su problemática para tener por acreditados todos y cada uno de los elementos típicos de este ilícito, por lo cual a través de la incurción del nuevo tipo penal que se propone, se establece una estructuración de comisión culposa, quedando saldada esta aparente incongruencia para su comisión por otros sujetos activos sin que requieran de una calidad específica.

---

<sup>70</sup> Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 15ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 346.

4.1.3.1.1 Portador del V.I.H.

Con base en los estudios de laboratorio realizados, se considerará que la persona se encuentra infectada por el VIH o no, conforme a los siguientes criterios:

Se considera como persona infectada por el VIH o seropositivo, aquélla que presente dos resultados de pruebas de tamizaje de anticuerpos positivos y prueba suplementaria positiva, incluyendo pacientes asintomáticos que nieguen factores de riesgo.

No se considera a la persona como infectada, si:

A.- Sólo una de las pruebas de tamizaje realizadas resultó positiva, o

B.- Tiene dos resultados de pruebas de tamizaje positivas, pero las pruebas suplementarias son negativas.

En el caso de presentar dos resultados de pruebas de tamizaje positivos, pero la prueba suplementaria es indeterminada, deberá considerarse como posiblemente infectado y así se informará, recomendándose repetir diagnóstico de laboratorio (pruebas de tamizaje y suplementaria) tres meses después.

4.1.3.1.2 Enfermo de Sida.

Se considerará que una persona es un "caso de SIDA", cuando satisfaga la siguiente definición:

Sin evidencia de laboratorio de infección por VIH - ya que la prueba no se realizó o sus resultados son indeterminados- y en ausencia de otra causa de inmunosupresión o inmunodeficiencia, los siguientes diagnósticos comprobados por microscopía o cultivo son criterios para establecer el diagnóstico de caso de SIDA:

A.- Neumonía.

B.- Candidiasis esofágica.

C.- Infección por Herpes simplex.

D.- Infección por Citomegalovirus.

E.- Toxoplasmosis cerebral.

F.- Criptosporidiasis con diarrea.

G.- Estrongiloidosis extraintestinal.

H.- Leuconencefalopatía multifocal progresiva.

I.- Sarcoma de Kaposi.

J.- Linfoma primario cerebral.

K.- Hiperplasia pulmonar linfoide.

L.- Criptococosis extrapulmonar.

Cuando la prueba de laboratorio para VIH es positiva:

Uno o más de los siguientes diagnósticos comprobados por microscopía o cultivo.

A.- Sarcoma de Kaposi.

B.- Linfoma primario cerebral.

C.- Linfoma no Hodgkin de células B o fenotipo inmunológico no determinado.

D.- Complejo demencial o encefalopatía por VIH.

E.- Síndrome de desgaste.

F.- Tuberculosis pulmonar y extrapulmonar.

G.- Diseminación extrapulmonar.

H.- Infección extrapulmonar o diseminada por micobacterias de otras especies que no sea lepra.

I.- Histoplamosis extrapulmonar o diseminada.

J.- Isosporidiasis con diarrea.

K.- Coccidiomicosis diseminada.

L.- Septicemia por salmonella no tifoídica recurrente.

M.- Dos o más infecciones bacterianas en los dos años anteriores.

N.- Episodios recurrentes de neumonía bacteriana.

Ñ.- Cáncer cervicouterino invasivo.

Resulta pertinente dejar claro que el sujeto activo de este tipo penal lo será aquella persona que de acuerdo a las pruebas serológicas de laboratorio, resulta ser seropositivo, esto es, que al poseer en su sangre el virus del VIH es considerado sujeto activo por su potencialidad dada las características de dicho virus para su contagio y

así acreditarse su idoneidad para clarificar su calidad específica.

#### 4.1.3.2 Pasivo.

En cuanto a quién puede ser sujeto pasivo de este delito, todo ser humano desde el momento de su nacimiento hasta el instante de su muerte puede serlo, y simultáneamente es objeto material de la conducta típica.

Cuando se analizó el concepto de Bien Jurídico, se estableció la necesidad de diferenciar al sujeto pasivo del titular del mismo, así como también se distinguió al ofendido o víctima, de la persona u objeto en que puede recaer la acción. En muchos delitos, el sujeto pasivo coincide con el titular del Bien Jurídico, esto es, con el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del ilícito, sin embargo, en ocasiones pueden no ser la misma persona.

El ofendido en todo ilícito, es el ente que resiente el daño causado por el ilícito cometido, es el titular del bien jurídico o del interés jurídicamente protegido. El sujeto pasivo de los delitos puede ser, como se dijo, el titular del bien jurídico u otra persona distinta, como en el caso del robo. La persona en quien recae la acción de una infracción puede ser también el titular del bien jurídico o el sujeto pasivo, pero también puede ser una

persona distinta, como sucede en los delitos de fraude cometidos en perjuicio de una persona moral. Si bien es cierto que la persona moral no puede ser objeto del engaño, dado que no es un ente con capacidad ontológica de ser engañada, sí en cambio toda persona moral puede ser objeto del delito cometido en su perjuicio.

Es cierto que cualquier transgresión al ordenamiento jurídico causa daño no solamente al mismo sistema jurídico, sino a la sociedad en sí, de manera general y a su vez de manera específica que va a reflejarse invariablemente a las personas en lo individual.

Puede señalarse que el portador de los bienes jurídicos puede ser el particular o la comunidad. Dado el carácter público del Derecho penal, la lesión de los bienes jurídicos faculta exclusivamente al Estado a imponer una pena o aplicar una medida de seguridad. Otros señalan que la protección de la sociedad aparece en la mayoría de las definiciones teóricas del Derecho penal como su objetivo fundamental. Según esto, quien detente la potestad punitiva se supone la usará solamente con ese fin. Pero esta hermosa declaración programática, puede tornarse en arma de doble filo a partir de determinadas interpretaciones de lo que se entienda por proteger a la sociedad, ello obliga a establecer un equilibrio entre la protección de la sociedad y la protección de los individuos. Es preciso subrayar que este

tema no se refiere a la distinción dogmática operada entre bienes jurídicos que pertenecen a la comunidad, diferencia establecida en función de quien tiene el interés inmediato en la protección de un valor.

Para llegar a la fundamentación del Estado como titular de los bienes jurídicos, es conveniente hacer un análisis histórico; en primer lugar, se estableció una clasificación de los titulares de los bienes jurídicos en tres divisiones: individuo, sociedad y Estado; pero pronto se renunció a elevar a la sociedad como sujeto de interés autónomo, y colocó los intereses del individuo de frente a los del Estado, con lo cual, los bienes jurídicos de la sociedad predominan junto con los del individuo sobre los del Estado.

Se dice que el Estado moderno está formado siempre por personas que se dirigen a gobernar individuos, y todas sus dependencias se dirigen al logro del bien común y de la justicia social, cuyas acciones se encaminan a beneficiar a las personas concretas e individuales. Como persona jurídica que el Estado es, y como fenómeno asociativo, se propone y lucha por fines comunes junto con otras personas. Es el orden jurídico positivo el que les da personalidad, y como tal se debe referir, al igual que a todas las personas jurídicas, a cumplir las finalidades de las personas individuales. El derecho existe para la persona individual en sus más altos



ideales, y para ayudarle a conseguir sus más altos fines; no para ayudarle a conseguir fines bastardos o injustos mediante los cuales trate de dominar a los demás o de estorbar a su vez la realización personal de sus iguales.

El Estado no se puede igualar en cualquier modo al individuo como titular de intereses, sino que el Estado es una Institución integrada por muchos individuos de la sociedad. Es la sociedad la que debe determinar la producción y el sistema económico. El Estado es en el sistema político aquella institución que en la sociedad permite a los hombres vivir dentro de los grupos sociales. Así aquellas normas penales que -por ejemplo- prohíben la corrupción y que sirven para proteger al Estado, no sirven para proteger "intereses", sino que tienen una función que consiste en la seguridad de la estructura necesaria de la organización de producción. Considerando que lo perturbador para la sociedad no puede ser todo lo contrario a los diferentes individuos que viven juntos. Es cierto, sin embargo, que su validez universal no se obtiene solo de la teoría del interés, puesto que el Estado maneja los intereses como interesado, y al individuo lo eleva y lo equipara a su mismo nivel, cuando en realidad el individuo es único y no se le debe equiparar ni elevar a ningún otro. Se debe reconocer en este sentido que la lesión del Estado no es el lesionar sus intereses, sino en poner en peligro su funcionamiento, su organización para la producción de la sociedad en interés de ésta y de los individuos.—

Se concluye entonces que el Derecho penal debe asegurar la coexistencia de las condiciones humanas; y para ello es necesario el aseguramiento del funcionamiento del Estado, pero con ello no queda satisfecho de que su misión sea la descripción del aseguramiento y la delimitación de la esfera de sus intereses estatales únicamente, puesto que el Estado es un sistema político para la estabilidad de la organización de la sociedad, pero no es en sí titular de intereses propios, sino de los individuos y los de la sociedad.

La importancia de establecer al Estado como titular de bienes jurídicos, denominados como bienes jurídicos estatales, es que todos los bienes jurídicos, tanto los individuales como los de la sociedad o los colectivos, se les concibe desde una perspectiva de la importancia que tienen para el Estado; de tal manera que, por ejemplo, los bienes jurídicos individuales se les considera como simples atribuciones derivadas a las funciones del Estado.

Hablar del individuo como titular de bienes jurídicos y de derechos, es hablar de la persona en toda su acepción. Es interesante señalar que el significado de la palabra persona en griego equivale a *hypóstasis*, que quiere decir en castellano subsistencia. Es de todos conocido que en el teatro griego con la palabra persona se designaba la máscara que los actores usaban para representar su personaje,

de la cual se obtenía la personalidad que representaban y cuya cualidad principal era la subsistencia en virtud de que la persona es o existe en sí o por sí misma, siendo independiente respecto de todo sujeto. Posteriormente, se concibió en latín la palabra persona, como *prósopon*, como *rationalis individua substantia*; es decir, persona es una substancia individual de la naturaleza racional, dotándola así de dos ingredientes: el de la racionalidad y el de la individualidad.

En la Edad Media, la persona fue concebida por Santo Tomás como un ser subsistente, distinto de la naturaleza intelectual. Decía "es el ser más eminente, el más perfecto en toda la realidad". La persona es el ser subsistente y, por lo mismo, separado; el más incomunicado por razón de su más perfecta subsistencia; al tiempo que el más abierto y el más profundamente enlazado con todos los seres. Es el ser que por racional e inteligente, es consciente de sí mismo, se autopertenece y dispone de sí; por estar abierto a la razón de ser en cuanto ser, lo está asimismo a la razón de bondad de toda su infinitud virtual y, por tanto, es libre.

Si se parte de la idea de que todo hombre es persona independientemente de que el Derecho lo reconozca como tal, se dirá entonces que todo hombre es persona y que sus características se traducen en: ser substancial

individual, y racional. Los tres anteriores elementos lo conducen a ser un ser libre. El hombre nace y es libre por naturaleza, se auto-pertenece y dispone de sí mismo. Es además sociable y necesita de la sociedad para realizarse como persona, pues sólo en la sociedad puede satisfacer sus necesidades espirituales y materiales. Como decía Kant:

*"El hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni por sí mismo) como un simple medio, sino siempre a la vez, como un fin y en ello estriba su dignidad".*

Es por este camino que se llega a decir que el hombre es anterior al Derecho y al Estado, y que éstos surgen exclusivamente para servirle en el cumplimiento de determinados fines secundarios a los propios como son, entre otros: el ordenar y regular su convivencia en sociedad; el alcanzar un ambiente donde pueda desarrollar libremente su personalidad con la seguridad jurídica adecuada. La regulación de estos fines secundarios la cumple el orden jurídico, orden que nace del derecho creado por el hombre mismo, y que tiene el objetivo único de lograr los fines que el hombre como persona individual quiere. Sin embargo, son tantos los fines del hombre y tan variados que no todos ellos puede conseguirlos él solo. Es por ello que las personas individuales tienden a asociarse, para proponerse y luchar por fines comunes junto con otras personas, siendo tales fines secundarios por ser ajenos a ellos.

Por ello el ciudadano, en lo que concierne a las normas sobre infracciones del orden, no es un sujeto de derecho entre otros sujetos de derecho sino un órgano auxiliar del Estado que administra, ya que la regulación de la ordenada vida en común no le afecta para nada en cuanto titular individual del derecho. En la teoría de las infracciones administrativas se contraponen, por una parte, el hombre como individuo y, por otra, el hombre como ser comunitario.

Así la infracción administrativa sólo es posible si el individuo se convierte en fundamento y fin del ordenamiento jurídico y también en fin del Estado, convirtiéndose el ser social del hombre con el espacio vital social en un fenómeno absolutamente extrajurídico.

Por lo anterior, todas las concepciones de las infracciones administrativas con anticipación a la Ilustración, se concebían bajo la idea de que el individuo es anterior a la sociedad y, por tanto, no tiene ninguna razón de ser para ser estudiadas, pues las infracciones administrativas sólo pueden ser concebidas a partir de que el hombre debe concebirse como un ser social, constituyéndose el individuo en el fundamento del Derecho y de la moral, de la sociedad y del Estado. Es a partir del hombre individual reconocido como ser social, que se empieza la investigación metodológica científica consistente en determinar la relación

(conexión) entre el hombre y el Estado. Aparece el individualismo y el racionalismo.

Se pretende conocer el orden jurídico y el Estado, en su esencia y estructura interna; descomponiéndose en sus partes, y poder llegar así a comprender las leyes por las que se rige la conexión de las partes. Se trató de investigar cómo está constituida la naturaleza humana, porque es apropiada para formar un Estado y cómo se han de reunir los hombres cuando quieren unirse.

Los fines secundarios que el hombre desea, se pueden traducir en aquellos que implican el bien común: la seguridad jurídica, la paz, la tranquilidad, el equilibrio social, etc. Los fines secundarios, sin embargo, no deben rebasar el respeto a la dignidad del hombre, el respeto a los valores como persona individual, sino que éstos deben ser límite infranqueable a los fines del orden jurídico. La persona humana es el centro del orden jurídico, es la razón de existir del derecho, el fin trascendente de la persona humana; y sus características básicas no pueden ser modificadas por el orden jurídico sino que deben ser protegidas y promovidas por él mismo, para que alcance la plenitud de su realización como tal.

Hegel llegó a señalar que el Estado es una persona con fin en sí mismo, que su espíritu es el espíritu real y

orgánico (viviente) de un pueblo a través de las relaciones de los específicos espíritus nacionales, y que tiene su más alto derecho frente a los particulares cuyo alto deber consiste en ser miembros del Estado. Estas ideas de Hegel fueron tomadas posteriormente por los partidarios de las ideas totalitaristas del Estado y que llevó -como la Historia lo relata- a suprimir los derechos individuales y personales en aras de esa superestructura o suprema entidad del Estado, quitándole la subsistencia a la persona individual, al señalar que la persona no es nada, que la persona humana es lo que la colectividad le deja ser, lo que quiere que sea. El Estado lo convierte el mismo hombre en la única persona que debe tener todos los derechos, convirtiéndose en el único titular de ellos y de los bienes. Según esta posición, ya no cabe más hablar de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Sin embargo, el hombre no sólo es titular de derechos sino que precisamente por ser persona tiene fines trascendentes y establece relaciones con otros hombres. Se dice que a todo sujeto de derechos le corresponde lo que es suyo, tanto si ha adquirido este derecho como si lo tiene por naturaleza. Lo suyo, el tener derecho es anterior a todo acto de justicia, por ser precisamente el fundamento de la justicia misma. Desde esta perspectiva y en referencia a todos los demás Bienes Jurídicos que sólo son legítimos en tanto sirven al desarrollo personal del individuo.

Se utiliza también el término "persona" para designar a las entidades colectivas, las que se identifican como personas jurídicas o personas morales para designar los entes colectivos o asociativos. Hay quienes señalan que no debe hablarse de personas cuando se refiere uno a los entes que actúan en el Derecho que no tienen voluntad ni inteligencia propia, y por ello dicen que no es correcto llamar persona a las colectividades, ya que éstas no tienen más que algunas características externas parecidas a las de la persona física.

El sentido que el Derecho penal da a la pena, es el de proteger Bienes Jurídicos, de tal manera que el Derecho penal tiene el carácter delimitador del mínimo ético-social necesario para proteger a la sociedad. En la mayoría de las definiciones teóricas del Derecho penal, se encuentra como objetivo del Derecho penal la protección de la sociedad, de tal manera que quien detente la potestad punitiva debe usar la misma con el objetivo de emplearla para ese fin. El problema que se plantea es que la protección de la sociedad supone múltiples interpretaciones, lo que obliga a determinar realmente qué es lo que significan "la protección de la sociedad" y "la protección de los individuos". Sólo así se podría entender porqué se dice que la sociedad es titular de los Bienes Jurídicos que le pertenecen, de los Bienes Jurídicos de los que son titulares los individuos o el Estado.



La teoría del Bien Jurídico distingue entre Bienes Jurídicos individuales (como la vida, libertad, salud, propiedad) y Bienes Jurídicos universales o colectivos (como seguridad del Estado, Administración de justicia, orden económico, seguridad del tráfico, etc.). Sin embargo, la función de esta distinción según un sector de la doctrina, sólo sirve para responder a la pregunta de si una persona, y cuál, puede consentir válidamente en la lesión del Bien Jurídico, así como también si puede válidamente defenderse de una agresión contra su Bien Jurídico; pues tanto el consentimiento como la legítima defensa suponen que el Bien Jurídico afectado en cada caso pertenece al que consiente o se defiende, es decir, que se trata de un Bien Jurídico individual, pero no de uno colectivo.

Para establecer la diferencia entre los titulares de los Bienes Jurídicos, es necesario referirse al tema del interés. Sólo así se podrá decir que dependiendo de quien tenga interés en la protección de un Bien Jurídico podrá ser o no titular del mismo. Por regla general, se dice que respecto a la integridad física quien tiene interés es el propio individuo; en cambio en la salubridad, quien tiene interés es la comunidad total.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> González-Salas Campos, Raúl, La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Pereznieto Editores, México, 1995, págs. 113 a 129.

Una vez establecido las diferencias y demarcaciones de los alcances tanto de los bienes jurídicos que afectan a la sociedad (salud general) o en forma particular (salud individual), estamos en posibilidad de señalar que dadas las características de la enfermedad del SIDA (hábese de los sujetos portadores del virus VIH), indefectiblemente una vez que el sujeto activo tiene contacto de sangre con el sujeto pasivo, le transmitirá el virus, de otra manera, en caso de que el Derecho penal interviniera sobre aquellos sujetos que son portadores de tal virus, por ese solo hecho, se estará vulnerando el principio de intervención mínima del Derecho Penal, esto es, que por esa circunstancia se causarían molestias al particular, eventualidad que nos trasladaría a aquel derecho en que se sancionaba al sujeto por lo que es y no por el hecho que realice (culpabilidad de autor y de acto); todo ello bajo el contexto de un Estado democrático de Derecho, en donde el límite del Ius Puniendi, será las normas punitivas que establece nuestro Derecho penal.

#### 4.1.4 Medio comisivo.

Una vez seleccionado el fin de la acción del sujeto activo, debe establecerse los medios a través de los cuales va a fraguar su conducta final, selección de medios necesarios que se hace a partir del fin planteado, ya que una vez que el autor está seguro de qué es lo que quiere, puede

plantearse el problema de cómo lo quiere, efectos de elección del medio que también pertenece a la acción.<sup>72</sup>

Ahora bien, existen tipos penales y tal es el caso del artículo en estudio, en el cual se establecen medios legalmente determinados<sup>73</sup>, por una parte "por relaciones sexuales", y otra deja abierta la posibilidad por cualquier "otro medio transmisible", el cual se dejó asentado en el párrafo anterior, ese medio elegido debe ser idóneo en relación a la acción que se va a desarrollar.

Por lo que respecta al fenómeno del SIDA tendremos por disposición legal, primeramente que el medio legalmente estatuido lo es por relaciones sexuales, y en cuanto a que deja abierta la gama de posibilidades por algún otro medio, tendremos que con base a los conocimientos médicos a que se hicieron alusión en el capítulo uno de este trabajo, los medios de mayor incidencia, lo son a través de la exposición de la sangre a otra infectada, transfusión sanguínea o de sus derivados, el uso común de agujas y jeringas contaminadas, transplante de órganos y la vía fotoplacentaria; enunciación de medios que se hace sólo en forma limitada, por tanto, cualquier otro medio que sea idóneo para transmitir el virus

---

<sup>72</sup> Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 202.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pág. 240.

del VIH, será válido para la concreción de la conducta ilícita del Sujeto Activo.

#### 4.1.4.1 Relaciones sexuales.

El medio perfectamente conocido de transmisión del padecimiento es el contacto personal sexual; en segundo lugar figura como medio de transmisión el empleo de los mismos utensilios para la aplicación de drogas por vía intravenosa; uno y otro de estos medios es fácilmente controlable con la abstención de los comportamientos idóneos para el contagio.<sup>74</sup>

#### 4.1.4.2 Cualquier medio transmisible.

A continuación se mencionan, independientemente del antes señalado, cuáles son los medios de transmisión más comunes del SIDA, ya que como quedó asentado la infección del virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) es causada por los retrovirus VIH-1 y VIH-2, transmisión que se realiza normalmente de la siguiente manera:

A.- Por contacto sexual con persona infectada por el VIH.

---

<sup>74</sup> Vela Treviño, Sergio, Revista Mexicana de Justicia 86, Número 3, Volumen IV, Julio- Septiembre, 1986, Procuraduría General de la República, Talleres Gráficos, pág. 202.

B.- Por transfusión de sangre contaminada y sus componentes.

C.- Por el uso de agujas y otros instrumentos punzocortantes contaminados.

D.- De una madre infectada a su hijo, durante el periodo perinatal por vía transplacentaria, por contacto con sangre o secreciones en el canal del parto o a través de la leche materna.

E.- Por trasplante de órganos y tejidos contaminados.

#### 4.3.1 Artículo 60 del Código Penal para el D.F.

Este artículo hace alusión a la inclusión en nuestro Código Punitivo Penal del sistema de números *clausos* en donde tienen cabida los delitos que pueden ser cometidos en su forma culposa.

*Artículo 60.- En los casos de los delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer la profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.*

*Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los*

FALTA PAGINA

DELA No.

274

ALA No.

279

# C A P I T U L O

## 5

### PROPUESTAS

- ◆ 5.1 Creación de un nuevo tipo penal.
  - 5.1.1 Su ubicación en el Código Penal del D.F.
  - 5.1.2 Punibilidad.
- ◆ 5.2 Repercusiones penales y procesales.
  - 5.2.1 Artículos 30, 55, 60, 199 bis, 315 y 321 del Código Penal del D.F.
  - 5.2.2 Artículo 268 del Código de Procedimientos Penales del D.F.
- ◆ 5.3 Problemas comunes.
  - 5.3.1 Concurso de delitos.
  - 5.3.2 Transmisión sexual.
    - 5.3.2.1 Si no sabe que está infectado.
    - 5.3.2.2 Sabiéndolo extrema precauciones.
    - 5.3.2.3 Consentimiento de la víctima.

### 5.1 Creación de un nuevo tipo penal.

Por lo anteriormente esgrimido en el Capítulo 4, se propone la creación de un artículo para la captación de aquellas conductas penales relevantes, que se circunscriban en torno al fenómeno del SIDA, quedando enclavado dentro del capítulo de LESIONES, en nuestro Código Punitivo Penal, ya que resulta eficaz ofrecer una regulación expresamente al SIDA, sin embargo a esta normatividad, se le añade un modulador para que abarque no solo a este fenómeno, sino a cualquier otra enfermedad igualmente grave (con la tendencia de producir la muerte), siendo evidente la conveniencia de que el Derecho penal contribuya, en la medida de sus limitadas posibilidades, a frenar la transmisión de una enfermedad tan grave como el SIDA, ya que no es tolerable en absoluto que determinadas conductas dolosas o culposas, capaces de transmitir dicha enfermedad en víctimas inocentes parezcan gozar de la inmunidad penal; tipo penal que a la letra diría:

**Artículo 293 bis.-** Si la lesión inferida fuere producida por la transmisión del Virus de Inmunodeficiencia Humana u otra enfermedad equiparable de producir la muerte, a través de cualquier medio, se le impondrán de seis años a diez años de prisión.

Quando los hechos previstos en este artículo, fueren cometidos por la infracción a un deber de cuidado, se estará a la punibilidad establecida en el artículo 60 de este Código.



*Lo previsto en los párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de otros delitos en que pudiera incurrir el sujeto por tales conductas.*

*Para efectos de éste artículo se entenderá como Virus de Inmunodeficiencia Humana, aquel virus localizado en la sangre humana que desencadena un trastorno progresivo de la función inmune en el cuerpo humano.*

Con esta regulación se trata de salvar aquella problemática que encierra la dificultad probatoria de la causalidad y, por otra parte, observar las razones político-criminales, que el Derecho penal concede al resultado lesivo en este tipo de conductas de lesiones por transmisión del virus de IH.

Para evitar la conveniencia o no de crear este tipo penal, que se enfocara única y exclusivamente al fenómeno del SIDA, es importante la inclusión de la protección que abarque otro tipo de enfermedades con la misma particularidad de graves, incurables y mortales, esto es, que reúnen caracteres análogos al SIDA, ya que ante una sociedad con tantos avances científicos, no sería nada sorprendente que el día de mañana se avatara esta enfermedad y ya no fuera incurable y mortal.

Así el presente tipo penal contempla un tipo de lesión, que requiere el resultado de la transmisión del VIH. Lo cual será aplicable cuando no sólo se compruebe que, tras su contacto con el portador previo del virus o con quien manipule material contaminado, el otro sujeto ha sido

contagiado, sino que dicho contagio es objetivamente imputable a aquél contacto, según las reglas generales, sin dejar de acreditarse los restantes elementos típicos; ya que lo que se quiere es dejar perfectamente asentado que el tipo penal que se propone es indefectiblemente de resultado material, esto es, la tutela penal se enfoca a las personas en concreto que se ven efectivamente contagiadas por este virus de IH.

Por tanto, la introducción de este nuevo tipo penal será para tipificar las conductas más intolerables relacionadas con el SIDA, ya que como ha quedado asentado, esta innovación tipológica parte de la consideración de tales conductas como ataques a la salud personal especialmente graves, puesto que a la larga el Sujeto Pasivo quedará en una indefensión inmunológica total, que ante cualquier infección le producirán la muerte, abarcando tanto las conductas dolosas como culposas, con el objeto de cubrir todo el espectro de comportamientos intolerables.

Concluyendo tendríamos que los elementos típicos de la figura delictiva que se propone, se compone principalmente con lo enmarcado dentro del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, de lo cual tenemos:

A.- Una conducta representada por la acción (movimiento corporal) u omisión (dejar de hacer a lo que

estaba obligado), consistente en alterar la salud del pasivo, al transmitirle el VIH.

Gran estructuración lógico-jurídica resulta la segunda clase de conducta mencionada, para el tipo penal que nos ocupa, ya que siendo un delito para el común de los casos de que el sujeto activo fuera físicamente el portador del virus de IH, pareciera que no podría tener corporeidad, sin embargo, a través de ese enlace normativo previsto en el artículo en comento, es lo que va a ser factible la cristalización de este tipo penal, en su aspecto omisivo.

B.- La lesión al bien jurídico tutelado, que en el presente tipo penal lo es la alteración de la salud personal.

C.- La forma de intervención del sujeto activo, que podría ser dentro de la hipótesis de la fracción II del artículo 13 del Código Penal, sin embargo, no sería dudable la incursión de un sujeto activo -dentro del mundo fáctico- en las restantes fracciones del artículo en cita.

D.- Tal y como lo señala el artículo propuesto, este tipo penal puede cristalizarse tanto en su faseta dolosa como culposa. En el primer caso dando paso tanto al dolo directo como al eventual; y en el segundo caso, en la culpa con o sin representación.

E.- El tipo penal propuesto pareciera estar configurado como un delito común, del cual puede ser sujeto activo cualquier persona, sin embargo y dada la tendencia en la creación de este tipo penal, no se puede cerrar los ojos al hecho de que frecuentemente serán sujetos activos de este delito individuos seropositivos, esto es, portadores del VIH y por tanto, el sujeto activo generalmente tendría la calidad específica de ser portador de dicho virus. Lo anterior nos traslada a la clasificación de los delitos, respecto de quien los comete, esto es, que dada la calidad específica que se requiere, estamos en presencia de un delito de propia mano (bajo el entendimiento que nos encontremos ubicados dentro de la fracción II de artículo 13 del Código Penal, en donde el sujeto activo es el portador de dicho virus y de naturaleza dolosa). Por cuanto hace al sujeto pasivo, este va a ser común, esto es, que el tipo penal no requiere calidad específica alguna.

F.- La atribuibilidad del resultado a la acción u omisión del sujeto activo, tomando en cuenta que nos encontramos en presencia de un delito de resultado material, en donde concurre una auténtica relación de causalidad y de imputación objetiva entre la conducta de transmisión del virus y el resultado de esa efectiva transmisión.

G.- El objeto material que será el cuerpo del sujeto pasivo, el cual se verá afectado al serle transmitido el virus de IH.

H.- Respecto a los medios utilizados, tendremos que se deja abierta la gama de posibilidades respecto a su comisión, sin que se restrinja a un medio específico de comisión, esto es, que podría ser, a manera de ejemplificación, por transmisión sexual, por manejo de material contaminado, perinatal, etc.

I.- Como elementos normativos tendremos:

a.- Virus de Inmuno Deficiencia Humana; y

b.- Riesgo de producir la muerte.

Respecto del primer inciso tal y como lo define el artículo en proposición define para los efectos legales conducente lo que debe de entenderse por Virus de Inmunodeficiencia Humana.

Por lo que se refiere al segundo inciso, tenemos que tal y como se argumentó en las razones de que no fuera un tipo penal creado específicamente para el fenómeno a estudio, habiendo señalado que se establecía un modulador, para la

captación de otras enfermedades, en las cuales, al igual que el SIDA, tengan la característica de ser mortal.

J.- Como elemento subjetivo específico, tendríamos el ánimo del sujeto activo de la potencialidad del mal que padece, el cual será transmitido invariablemente al sujeto pasivo, elemento que corre aparejado al diverso subjetivo doloso, porque llevará en sí el riesgo de producir posteriormente la muerte, circunstancia que tiene una íntima relación con la conducta del sujeto activo, ya que el disvalor del resultado que se refleja tendrá sus consecuencia en la punibilidad de este delito.

Y para el caso del delito culposo este elemento subjetivo tendría su cristalización en cuanto al sujeto activo infringiera el deber de cuidado, produciendo de esta manera la transgresión al bien jurídico protegido.

#### 5.1.1 Su ubicación en el Código Penal del D.F.

Desprendiéndose que en la conducta ilícita de transmitir el VIH, lo que se transgrede es el bien jurídico de la salud personal, ello nos da pauta para englobarlo dentro del Título Decimonoveno, Capítulo I, intitulado Delitos contra la vida y la integridad corporal.

Asignándole el artículo 293 bis, de acuerdo a la graduación en la clasificación de lesiones, que se hace en ese Capítulo I, esto es, por sus características de incurable y mortal, todo ello engarzado de conformidad a una interpretación lógico-sistemático, para cumplir con el principio de legalidad.

#### 5.1.2 Punibilidad.

La pena de prisión que establece el tipo penal que se propone es de 6 seis a 10 diez años de prisión, lo cual responde a la idea de que estamos frente a un ataque a la salud especialmente grave por la tendencia del VIH que va a acabar produciendo la muerte, esto es, que el quantum de la punibilidad señalado obedece al desvalor del resultado, que produce la conducta del sujeto activo de este ilícito, lo cual si bien inicialmente la transgresión del bien jurídicamente tutelado lo es la salud personal, con lo progresivo de la enfermedad, culminará con el resultado fatal del deceso del sujeto pasivo.

Una vez ubicado este tipo penal dentro del capítulo de lesiones en nuestra legislación penal, la punibilidad se adecua, independientemente por la gravedad del ataque al bien jurídico (tomando en cuenta la característica de ser una enfermedad segura e incurable y mortal), de acuerdo a los estándares que se esquematizan en dicho capítulo de lesiones.

La estimación de la punibilidad tiene como fundamento la consecuencia del ataque al bien jurídico protegido, esto es, si bien no puede ser equiparable una sanción con la del delito de homicidio, no menos cierto es que las consecuencias de la lesión son interminables, esto es, que su larga duración y además su encause hasta el fatal fallecimiento -ataque a la salud especialmente grave por la infección del VIH-, es lo que da pauta para la estimación de la punibilidad y por tanto habrá que ubicarse dentro de esos parámetros establecidos, como máximo habrá de tener como límite el encuentro con la sanción establecida para el homicidio y como mínima aquellas estipuladas en la clasificación de las mismas lesiones que se establecen en los artículos 289 y siguientes del Código Penal (en donde no se contempla ninguna que regule la mortalidad), todo ello se realiza con base en una interpretación sistemática, para que tenga una coherencia lógico aplicativa. Así tendremos que se establecerá una pena privativa de libertad de seis años a diez años (quedando por debajo de la establecida a un delito de Tentativa de Homicidio, que es de ocho años {mínimo} a trece años cuatro meses {máximo} -ya que, tratándose de tentativa punible de delito grave, la pena de prisión nunca será menor a la pena mínima de la del delito consumado, párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal del D.F.-).



## 5.2 Repercusiones penales y procesales.

Una vez incluida la propuesta de este artículo, al entrar al tráfico jurídico de la vida en los ordenamientos penales, es obvio que tienen una interrelación entre los mismos, por lo cual es importante conocer sus consecuencias, para tener una percepción general de su inclusión, señalándose a continuación los artículos con los que tiene mayor trascendencia.

### 5.2.1 Artículos 30, 55, 60, 199 bis, 315, y 321 del Código Penal.

La viabilidad de esta propuesta de artículo tendría indiscutiblemente injerencias tanto en el Código Penal como en el Procesal Penal, teniendo como inicio la derogación del párrafo segundo del artículo 199 bis del Código Penal, que actualmente dice: "Si la enfermedad padecida fuera incurable, se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión".

Otro artículo que es importante invocar sobre la íntima relación por cuanto hace a las repercusiones de este tipo penal, es lo relativo con la reparación del daño y así, el artículo 30, en su fracción II dispone:

**Artículo 30.-** La reparación del daño comprende:

I.- ...

II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima...".

Esta circunstancia es de gran relevancia en materia de reparación del daño ocasionado a la víctima, como consecuencia del delito de LESIONES (por V.I.H.), ya que al verse afectada la salud del pasivo debe el activo del delito colmar el daño material ocasionado y máxime, en este tipo de delito, que por su gravedad de repercusiones incurables para la salud (hasta este momento temporal), por ello es relevante condenar en su momento procedimental al sujeto activo de este delito al pago de la reparación del daño.

Ahora bien, referente a la cuantificación del monto a que debe ser condenado, se desprenden dos aspectos:

a).- Relativo a la cuantificación por este tipo de lesión no encuentra una receptación o encuadramiento en los tabuladores señalados en la Ley Federal del Trabajo; y

b).- Lo que si se tiene una certidumbre lo es respecto de los tratamientos curativos que en su momento se deriven del sujeto pasivo, a través de las periciales que se elaboren al respecto.

Otro tópico que es importante soslayar, lo es el contenido del artículo 55 del Código Penal, que a la letra dice:

**Artículo 55.-** Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notariamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos.

Dispositivo que tiene gran relevancia dadas las consecuencias que pudiera tener el sujeto activo de este delito, bajo el entendimiento que el mismo sea portador del virus de IH esto es que la intención del legislador al incurcionar que estas consecuencias graves en la persona del sujeto activo de un delito, serían motivo de la supresión de una pena de prisión por una medida de seguridad, dado el precario estado de salud de dicho activo del delito, aseveración aceptada dada que la imposición de una pena de prisión para este tipo de sujetos activos quedaría desnaturalizada siendo más ecuable prescindir de dicha pena privativa de libertad por una medida de seguridad, o en su caso se podría optar también por dejar de punir al sujeto activo y en este caso lo sería por su enfermedad en fase terminal. Todo ello, tal y como lo dispone el artículo en

comento, con base a los dictámenes periciales en que se sustente su resolución.

Sobre lo anteriormente señalado se invoca el siguiente criterio jurisprudencial que a la letra dice:

**PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, SUSTITUCION DE LA, EN CASO DE SENILIDAD O PRECARIO ESTADO DE SALUD.-** El objetivo del artículo 55 del Código Penal Federal, es evitar que en la población carcelaria existan internos que hayan sufrido consecuencias graves en su persona, se encuentren en precario estado de salud, o en avanzada senilidad, de manera que pongan en riesgo su vida e incluso la salud del conglomerado penitenciario. De ahí, que el referido precepto autorice la sustitución de la pena privativa de libertad, o prescindir de ella, inclusive. Por lo tanto, si después de haberse pronunciado la sentencia, se deteriora gravemente la salud del reo, y durante la apelación pretende que se le aplique la medida sustitutiva, ofreciendo pruebas tendientes a demostrarlo, el Magistrado resolutor no puede dejar de tomarlas en cuenta debido a que la situación patológica que presente un sentenciado puede llegar a desarrollarse en un momento posterior al dictado de la sentencia de primer grado. Al efecto el artículo 373 del Código Federal de Procedimientos Penales faculta al tribunal de apelación para recibir pruebas durante la tramitación de la Alzada, atribución que se amplía para ordenar su desahogo para mejor proveer, incluso, después de celebrada la audiencia de vista, según el artículo 384 del cuerpo de leyes en consulta. Así pues debe entenderse que cuando el precepto citado inicialmente menciona al "JUEZ", lo hace en forma genérica, es decir, se refiere al juzgador que conoce en primera o segunda instancia.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO NOVENO CIRCUITO.

XIX.2o.20 P

Amparo directo 334-96.- Miguel Armando Vilchis Rosas.- 20 de septiembre de 1996.- Unanimidad de votos.- Ponente: Roberto Terrazas Salgado.- Secretario: Sergio Arturo López Servín.

Así, siguiendo dentro de nuestra Ley Sustantiva Penal, tenemos la remisión que hace este tipo penal al artículo 60, ya que como dogmática y literalmente, el artículo propuesto remite a dicho numeral donde se contiene la regla de *numerus clausus* para delitos de estructuración culposa, remisión que se hace desde el propio artículo propuesto en su párrafo segundo. Artículo que quedaría de la siguiente manera:

**Artículo 60.-...**

*Las sanciones por delito culposo sólo se impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 290, 291, 292, 293, **293 bis**, 302, 307, 323, 397 y 399 de este código."*

Ahora bien, es indiscutible que para este rubro de lesiones, existen reglas especiales que agravan la calificativa en sus modalidades de premeditación, ventaja, alevosía o traición, tal y como lo disponen los artículos 315 a 319 del Código Penal.

Ante estas agravantes se señala que el contenido del injusto en la desvaloración del resultado, no es coherente la incorporación de este tipo penal con alguna de las calificativas previstas para este capítulo de lesiones, por tanto, no tendría receptación alguna de ellas y por consiguiente, no generaría alguna en su favor.

Por lo que respecta a la premeditación tenemos que se contraponen el elemento subjetivo diverso del dolo con la naturaleza propia de esta calificativa, ya que la misma se encuentra inmersa dentro de los elementos típicos que conforman la figura delictiva a estudio.

Por su parte el párrafo tercero del artículo 315 del Código Penal, a la letra dice:

*Hay premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión, después de haber reflexionado sobre el delito que va a cometer.*

*Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones u homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas, o explosivos; por medio de venenos o cualquiera otras sustancias nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad.*

Cabe resaltar que de acuerdo a las características propias de la transmisión de este virus de IH, se hace igualmente incompatible con cualquiera de las hipótesis mencionadas en el artículo 316 del Código Punitivo Penal.

Por otra parte, es importante mencionar lo que dispone el artículo 321 bis, de la Ley Punitiva Penal, el cual nos indica:

**Artículo 321 bis.**- No se procederá contra quien culposamente ocasione **lesiones** u homicidio en

agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, **cónyuge**, **concubino**, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes, o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien, que no auxiliare a la víctima.

Esta invocación resulta natural de acuerdo a la estructuración tipológica del tipo penal propuesto, donde se contempla que el delito que nos ocupa puede también ser cometido bajo la forma de comisión culposa, y dado que en el artículo en comento se prescindirá de punir este tipo de conductas cuando el sujeto activo del delito lo sea el conyuge o concubino, entre otros, obedeciendo a ello la razón de política criminal y el principio de la mínima intervención del Derecho Penal en las conductas que no sean penalmente relevantes en un estado democrático de derecho como en el que nos encontramos imbuidos.

#### 5.2.2 Artículo 268 del Código de Procedimientos Penales.

En cuanto a la Ley Procesal Penal, tenemos que la incógnita a despejar es si este tipo penal debe considerarse como un delito grave, ya que dicha legislación procedimental establece en su artículo 268 un listado de aquellos delitos que deben considerarse como graves, de acuerdo al ataque al bien jurídico que se privilegia.

Esto nos lleva a aquilatar por una parte, que sobre el género de ataques a los bienes jurídicos, estaríamos entre aquellos que salvaguardan la integridad física (lesiones) -fin inmediato- y por otro lado la vida (homicidio) -fin mediato-. Así podemos observar que ningún tipo de lesiones está contemplado como un delito grave (así como tampoco el artículo 199 bis del Código Penal); sin embargo, frente a ello, tenemos que el homicidio (así como su tentativa punible -último párrafo del citado artículo 268 del Código de Procedimientos Penales-), es considerado como delito grave, por lo cual, si bien es cierto que el presente tipo que se propone, contempla aquella transgresión al bien jurídico de la salud de las personas, ataque que tiene las características de incurable y mortal, el límite de ello lo será el comienzo del homicidio y dado que los efectos de esa enfermedad fatal son mediatos, tendremos como conclusión que este tipo penal de lesiones por transmisión del VIH, no sea considerado como grave.

Repercusión que se enfila a la consecución que el sujeto activo de este delito tenga derecho a obtener el beneficio de la libertad provisional.

### 5.3 Problemas comunes.

Tomando en cuenta las estadísticas mencionadas en el Capítulo 3 que antecedió, se abordarán principalmente



aquellos problemas jurídicos sobre la solución a hipótesis concretas, bajo la perspectiva del medio de transmisión de mayor incidencia, que fue a través de las relaciones sexuales, sin dejar de desconocer aquellas otras hipótesis que pudieran presentarse en la vida común de las personas.

### 5.3.1 Concurso de delitos.

Habiendo dejado establecido que el medio de transmisión de mayor incidencia es a través de las relaciones sexuales, se plantea un concurso de delitos que normalmente se presentaría en el mundo fáctico, por tanto a manera de ejemplificación se fijará una litis entre un delito de VIOLACION y LESIONES (este último provocado por el VIH).

Ahora bien y una vez fijada la existencia de este tipo penal de LESIONES, el último párrafo del artículo innovado -propuesto- señala: *"Lo previsto en los párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de otros delitos en que pudiera incurrir el sujeto por tales conductas."*; por lo que se considera que existe un concurso de delitos, basándose para ello en una interpretación de la expresión *"sin perjuicio de otros delitos"*, ya que si el otro delito cometido, lo fuera -a manera de ejemplificación- el de VIOLACION, tendremos que ambos ilícitos tienen sustantividad propia, esto es, autonomía y vida independiente, sin que pudiese operar, de manera concreta, algún principio--para la

solución de un conflicto de normas incompatibles, como lo sería el principio de consunción o absorción, ya que con la sola conducta ilícita de realizar por una parte la cópula violenta, se transgrede el bien jurídico de la libertad sexual (o en su caso la seguridad sexual) y al ser el propio sujeto activo portador del VIH, tendríamos que al tener contacto dentro de ese contexto, el sujeto activo con el sujeto pasivo, y le transmitiera en ese evento el virus del IH, se produciría la alteración de la salud, cristalizándose así el delito de LESIONES.

Por otra parte se trae a colación una jurisprudencia la cual tiene similitud con el ejemplo que se propuso, y que la misma a la letra dice:

**LESIONES Y PELIGRO DE CONTAGIO, DELITOS DE. NO COEXISTEN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).** El delito de lesiones previsto en el artículo 113 del Código Penal para el Estado de Veracruz, no puede coexistir con el de peligro de contagio, habida cuenta de que el artículo 138 del propio Código, establece: "al que padeciendo alguna enfermedad grave y transmisible ponga en peligro de contagio a otro,...", y si en el caso, se produjo el contagio, debe considerarse que éste fue el medio para originar las lesiones apreciadas al ofendido, por lo que no se puede estar en presencia, legalmente, de un concurso real de ilícitos. De ahí que la acumulación de las penas correspondientes a los delitos de lesiones y peligro de contagio, está en contravención del artículo 8° del mismo cuerpo de leyes, que contempla el principio de consunción, y, por lo tanto, en este aspecto la sentencia reclamada es violatoria de garantías individuales en perjuicio del quejoso.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 308/90. Guadalupe Magaña de la Cruz. 29 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Omar Losson Ovando. Secretario: Alejandro Gabriel Hernández Viveros.

Independientemente del sentido de la jurisprudencia aludida, que hace referencia al principio de consunción, señalando que el delito de PELIGRO DE CONTAGIO fue el medio para cometer el delito de LESIONES; desglosando el sentido de la misma tenemos por principio de cuentas, que no operaría, ya que estando inmerso en ese contexto, tenemos que es equívoca la citada jurisprudencia, ya que el delito del PELIGRO DE CONTAGIO, no fue el medio para cometer las LESIONES, toda vez que el primero, de acuerdo a su estructura, no produce resultado material alguno, por lo cual bajo un enfoque de progresión temporal tendríamos que inicialmente se materializa el de PELIGRO DE CONTAGIO y posteriormente el de LESIONES -independientemente que dada la mecánica de la concretización del primer ilícito, bajo una interpretación lógico-jurídico, ello no es medio idoneo para producir el segundo delito-, apreciándose además que ambos tipos penales contemplan bienes jurídicos distintos (por una parte la salud general y otra la salud individual), por tanto cabría su sustantividad propia -sin que por ello se este de acuerdo con la vida del primer delito-, sin embargo, la solución sería la ponderación de esos bienes jurídicos y su resultado, por tanto, en el PELIGRO DE CONTAGIO, tendremos que únicamente se pone en peligro dicho bien jurídico y en el de LESIONES, existe una transgresión al mismo; bajo esta temática seguiría teniendo aplicación el principio de consunción, pero no como que el delito del PELIGRO DE CONTAGIO haya sido el medio para cometer el de LESIONES, sino

bajo el enfoque de la valoración y transgresión de los bienes jurídicos, en el cual el segundo consume al primero bajo el enfoque de lo que en la doctrina se conoce como delito progresivo.

Prosiguiendo con el principio de consunción, cabe decir que debe apreciarse este principio cuando el contenido del injusto y de la culpabilidad de una acción típica incluye otro hecho o, en su caso, otro tipo, de manera que la condena desde una perspectiva jurídica expresa ya exhaustivamente el desvalor de todo suceso: "*Lex consumens derogat legit consumptae*".

La acción típica que subsiga al delito y únicamente pretenda asegurar, aprovechar o materializar la ganancia obtenida por el primer hecho, queda consumida cuando no se lesiona ningún otro bien jurídico y el daño no se amplía cuantitativamente por encima del ya ocasionado (hecho posterior impune o, mejor, penado simultáneamente). Aquí lo típico de la relación entre el delito y el hecho posterior radica en que el autor debe por lo general realizar ese hecho posterior si desea que el principal tenga algún sentido para él.

También resultaría consumido el hecho típico acompañante, estimando tal caso cuando el legislador, al establecer un precepto penal cualificado, ha tenido ya en

cuenta la circunstancia de que el hecho suele aparecer conectado a otro con un contenido del injusto esencialmente menor. Sin embargo, no debe aplicarse la idea de la consunción del hecho acompañante cuando el delito accesorio se aparta del concurso normal y ofrece un contenido del injusto propio. Ha de apreciarse asimismo, concurso ideal y no consunción.<sup>81</sup>

Sobre la anterior conclusión, en donde coexisten dos delitos, tenemos en ese sentido la siguiente jurisprudencia:

**CONCURSO. NO EXISTE CUANDO DOS O MAS DELITOS SON DE SECUELAS DELICTIVAS DISTINTAS.** Si el concepto de violación se reduce a que hay una recalificación de la conducta porque la falsificación venía a integrar el engaño, que es elemento del fraude y que hay por lo tanto una consunción de aquella por éste, debe declararse inconsistente el argumento, y ello se hace por las razones siguientes: la llamada consunción se da únicamente cuando uno de los tipos describe un estadio inferior de la violación, **pero nunca cuando se trata de bienes jurídicos distintos.** Resulta obvio que en el caso de lesiones que ponen en peligro la vida, ellas consumen o absorben a otras que concurren con ellas, si son de las que no la ponen y sanan antes de quince días; pero es que se trata de lesiones al mismo bien jurídico que se sancionan en forma distinta, según que la violación sea menos o más grave, y si ambas concurren, resulta obvio que se estaría recalificando una conducta cuando una serie de actos afectaron el mismo bien, unos en forma menos grave y otros en forma mucho más acentuada. Pero no hay consunción posible cuando se trata de bienes jurídicos distintos y ni siquiera el hecho de que las diversas violaciones típicas formen parte de una secuela delictiva permite afirmar que hay la consunción, pues cada una de dichas etapas va integrando un tipo específico y distinto al que integrara la siguiente. Precisamente lo

<sup>81</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, pág. 674.

característico del concurso material es la presencia de conductas múltiples dentro de una secuela delictiva; si no hay secuela delictiva no hay concurso posible, aún cuando sí una acumulación procesal.

Amparo directo 420/64. Rodolfo Valdez Uresti. 5 de Abril de 1973, 5 votos. Ponente: Arturo Serrano Robles.

Ahora bien, este principio de consunción tendría viabilidad, cuando la materia regulada por una norma, queda subsumida en otra de mayor amplitud.

Y las hipótesis que se presentan de consunción o absorción, cuando una norma es de mayor amplitud, serían:

A.- Cuando el bien tutelado por la norma de mayor alcance o amplitud, comprende el tutelado por la norma de menor alcance o amplitud.

En esta hipótesis tiene un papel importante el delito progresivo:

a.- En el caso de lesiones y homicidio; si un individuo lesiona a otro y éste fallece a consecuencia de esas lesiones, no es responsable de los delitos de: lesiones y homicidio, sino sólo de éste último, pues aquél queda consumido en el homicidio.

b.- En la hipótesis de la consumación, en cuanto que ésta absorbe a la tentativa y a los actos preparatorios.

c.- En el caso del delito de lesión, a virtud de que éste consume al delito de peligro.

B.- Cuando el hecho previsto por la norma de menor amplitud es elemento o circunstancia de la norma de mayor amplitud.

C.- Cuando los medios exigidos en el tipo, son de mayor amplitud que los exigidos en la norma consumida.

D.- Cuando los medios exigidos en el tipo corresponden a una figura delictiva descrita autónomamente.

E.- En las hipótesis del "hecho anterior y posterior". <sup>82</sup>

Concluyendo tendríamos que no operaría el principio de consunción o absorción, cuando se presentara un concurso aparente de normas (en el caso que expusimos, entre los delitos de VIOLACION y LESIONES -por contagio del VIH-), puesto que ambos tipos penales, si bien concurren en una misma conducta ilícita, no menos cierto es que en la misma se producen dos resultados distintos, con sustantividad propia, dado que en el primer ilícito se transgrede el bien jurídico

---

<sup>82</sup> Porte Petit Candaudap, Celestino, Ob Cit., pág. 177.

de la libertad sexual y en el segundo, la salud personal. Quebrantándose por tanto dos bienes jurídicos de distinta naturaleza y los cuales tienen autonomía entre sí y de ninguna manera operaría el principio de consunción o absorción, en cualquiera de las hipótesis formuladas con anterioridad.

Es importante hacer hincapié sobre el delito progresivo, ya que como se explicó, en el caso concreto del delito de LESIONES -por contagio del VIH- y posteriormente aparece en escena el delito de HOMICIDIO (a causa de esas lesiones), ello sería factible, sin embargo, en este tipo de contagio nos enfrentamos a un grave problema que es el de la temporalidad, ya que en el caso de que se estuviera incoando un procedimiento penal en contra de un sujeto activo como probable responsable de este ilícito de LESIONES, seguramente tendríamos dos obstáculos: a) que se haya dictado sentencia por ese delito, dando paso a la figura de cosa juzgada; y b) al principio de *Nom bis in idem* (artículo 23 Constitucional), problemas a que se enfrentaría este delito progresivo y por tanto no tendría aplicabilidad.

### 5.3.2 Transmisión sexual.

Con base en las estadísticas señaladas en el capítulo 3, en donde son indicativas de que el mayor número de contagios por este virus de IH se lleva a cabo a través de



contactos de índole sexual, ello nos da pauta para mencionar aquellas conductas penalmente relevantes que pudieran darse en la realidad fáctica.

#### 5.3.2.1 Si no sabe que está infectado.

Tal y como se especificó en la introducción de esta investigación, así como se ha venido sosteniendo en la estructura de la misma, la sensibilidad de esta propuesta del tipo penal, lleva insito el principio de la mínima intervención del Derecho penal en la convivencia social, por tanto en la hipótesis planteada, si no se puede encuadrar ese comportamiento humano dentro de las fasetas dolosa o culposa de los delitos, ese actuar no resultaría penalmente relevante para el Derecho penal, ya que nos encontraríamos ante una casua de atipicidad, al no existir ese elemento subjetivo (dolo o culpa) en la conducta del sujeto activo, siendo invocada la fracción II del artículo 15 del Código Penal.

De esta postura tenemos dos vertientes: la primera relativa a que el sujeto activo comunique a su pareja sobre el mal que padece; y la segunda, cuando omite comunicárselo.

Sobre el primer aspecto, tendremos que si bien el sujeto activo es sabedor del mal que padece y de ello está al tanto su pareja, realizando todo lo que estaba de su parte para evitar el contagio, y este se produce, ¿qué mas se puede

exigir? al término medio de la población, para señalar que estamos frente a una conducta penalmente relevante para el Derecho penal, ante estas circunstancias nos trasladaríamos a la fracción X del artículo 15 del Código Penal, esto es, que el resultado se produciese por caso fortuito.

Ahora bien, en el segundo aspecto, tendríamos por principio de cuentas, que si la pareja del sujeto activo, sabe que éste es portador del virus de IH, en el probable pasivo está el acceder o no a compartir el peligro latente de quedar infectado, y si por el contrario el sujeto activo no se lo comunica y aún que haya tomado en cuenta todas las precauciones y el contagio se produce, debe fundamentarse ese resultado fatal a la ruptura de esa comunicación del alto riesgo que representa la conducta del sujeto activo, por el alto grado de probabilidad de que se produzca el contagio, por tanto estaremos en presencia del delito de lesiones en su forma culposa.

#### 5.3.2.2 Sabiéndolo extrema precauciones.

En las relaciones sexuales el peligro de infección puede ser reducido de forma relevante mediante la utilización de "condones", de conformidad a la información que lleva a cabo el sector salud a través de los múltiples medios de comunicación, como lo son impresos, auditivos o televisivos,

quedando todo este espectro dentro del campo de acción de la medicina preventiva.

En relación a ello se trae a colación lo referente al riesgo permitido, ya que el riesgo no debe juzgarse solo a partir de la posibilidad de infección en el caso individual, sino que este punto decisivo, pone de manifiesto que fundar en el riesgo permitido dogmáticamente la deseada irrelevancia penal significaría acentuar la insignificancia del peligro en un acto particular, y con ello obligatoriamente convertir en totalmente inocuo el comportamiento que más contribuye a difundir la enfermedad, porque consiste en puros actos particulares.

Por ello si el sujeto activo toma las precauciones que están a su alcance, y se produce el resultado prohibido por la ley, tal y como se argumentó en el inciso que antecede, si ese mal que padece lo hace del conocimiento de la víctima, no tendría porque intervenir el Derecho penal, sin embargo, si no existe esa comunicación, el sujeto activo será responsable en la forma culposa de su proceder, salvo que nos encontráramos frente al instituto del caso fortuito.

#### 5.3.2.3 Consentimiento de la víctima.

Sobresale resaltar el papel que juega el sujeto pasivo en este ilícito. Ya que es importante soslayar que la

autoresponsabilidad de la víctima no libera al sujeto peligroso cuando éste -conoce mejor la magnitud del riesgo como consecuencia de una buena información; igualmente a los portadores que conocen que han contraído la enfermedad-, pero dado que esto no se ajusta a los conceptos de política sanitaria, él deja de lado la cuestión y crea una razón extradogmática para el autor: en interés de la protección frente al SIDA, siempre se debe recalcar que actúa de manera gravemente negligente, quien prescinde de cualquier tipo de información.

Y si bien, ante la intensidad de la explicación sobre el riesgo de relaciones sexuales sin protección con los llamados grupos de riesgo, no puede haber ninguna duda de que el peligro de infección en tales relaciones es objetivamente previsible. Quién, pese a ello, en esta situación mantiene relaciones sexuales sin protección, no toma las precauciones de autoprotección que le son exigibles y consecuentemente actúa por su propio riesgo, consideramos que tampoco debe de intervenir el Derecho penal, por haber actuado el sujeto pasivo bajo conocimiento del riesgo y de manera libre y espontánea.

En otro orden de ideas, no se trata de trasladar la responsabilidad de la evitación de una infección tan grave de aquel de quien parte el peligro y lo sabe, al infectado, ya que este puede comportarse también descuidadamente, esto es,

el primero sabe el 100% sobre la infección y el segundo solo abriga la posibilidad de que no se produzca, por tanto estará latente la responsabilidad del comportamiento sobre el primer sujeto, bajo los lineamientos antes señalados.

El inicio de la protección penal, comenzará cuando las conductas rebasen los límites del riesgo permitido y la justificación dogmática de dicho riesgo, generalmente dará principio cuando el sujeto activo es sabedor que es un seropositivo, al desarrollar su conducta.

Numerosos bienes jurídico-penalmente protegidos están sujetos a disposición de su titular. En esa medida, el consentimiento del titular excluye ya la realización del tipo; entonces el suceso es incumbencia del que consiente. Si el consentimiento de quien tiene la atribución de consentir, se presta en una situación de necesidad, o en error sobre las circunstancias, ello no excluye su eficacia. Lo mismo cabe afirmar cuando la situación de necesidad se basa en el comportamiento antijurídico de otro, o cuando del error de la víctima es responsable otra persona. Aún cuando el que obra en virtud del consentimiento sea responsable de la situación de necesidad o del error, el consentimiento sigue siendo eficaz, pero puede no obstante responder como autor mediato por haber ejercido dominio sobre la víctima, que coopera mediante su consentimiento en su autolesión (directamente) atípica.

El consentimiento en la lesión de bienes de los que su titular tiene derecho a disponer excluye el tipo. Los bienes de los que se puede disponer libremente, en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto a la correspondencia e incluso la integridad física; esta última, al igual que el honor y la libertad ambulatoria, sin embargo, sólo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente, pero no base de ese libre desarrollo; dicho de otro modo, se trata del ámbito de los bienes intercambiables, aunque en el caso concreto se entreguen sin un equivalente reconocido en general. En estos supuestos, de la voluntad del titular depende qué trato de los bienes constituye pérdida, ganancia, o ni una ni otra: El consentimiento en lo que es en sí injusto, es decir, en el comportamiento y en su resultado, excluye la valoración negativa del resultado.

Por tanto, el que un consentimiento opere justificado o excluyendo el tipo puede decidirse de modo distinto, según la configuración del caso, en relación con un mismo tipo, especialmente en las lesiones. El ámbito del consentimiento excluyente del tipo es más amplio cuando se refiere a un consentimiento en el riesgo que cuando se refiere a la certeza de que se producirá la consecuencia lesiva, pues en el ámbito del riesgo cercano al riesgo vital general se emplean también bienes para cualquier fin que por

lo demás no son medios para el libre desarrollo. La exclusión del tipo por riesgo permitido y por consentimiento son aquí congruentes. Representan ejemplos la participación en deportes modernamente arriesgados, como hípica o esquí, cuando la lesión de un participante proviene de otro.

Solo el titular del bien con derecho a disponer puede consentir válidamente en la injerencia, importando la capacidad de discreción y juicio natural de quien otorga el consentimiento.

En cuanto a la objetivación del consentimiento, de acuerdo con la teoría de la dirección de la voluntad, bastará la voluntad sin objetivación, mientras que la teoría de la manifestación de la voluntad atiende a una declaración de acuerdo con las reglas jurídico negociables. La doctrina dominante adopta una posición intermedia, exigiendo la objetivación de la voluntad, pero no de acuerdo a las reglas jurídico-negociables y no necesariamente frente al que se injiere en los bienes. Dado que en el consentimiento excluyente del tipo se trata de la modificación de la relación del facultado para disponer con el bien, sólo puede importar aquello que sustente esa relación, es decir, la voluntad interna (en el consentimiento directo) o el abandono de la situación en la que el albedrío del afectado vincula al

autor (en el consentimiento indirecto); la exteriorización de la relación es irrelevante.<sup>83</sup>

El consentimiento puede tener varias significaciones penales:

A.- Excluye ya el tipo en todos aquellos casos en que el actuar contra la voluntad del afectado forma parte del tipo. El consentimiento excluyente del tipo ("acuerdo") es de carácter puramente objetivo, a diferencia del consentimiento justificante de la víctima, es por eso que las reglas de esta última no le rigen, sobre todo el principio de la falta de aplicación del consentimiento para un hecho contra las buenas costumbres. La "*vis haud ingrata*" no es violación, a pesar de ir en contra de las buenas costumbres.

B.- En todos los demás casos, en que el actuar contra la voluntad del ofendido no pertenece ya al tipo, el consentimiento sólo podrá tener el carácter de causal de justificación.

El principio es: si alguien lesiona un bien jurídico ajeno en razón del consentimiento dado por la persona facultada para disponer de él, tal hecho no es

---

<sup>83</sup> Jakobs, Gunther, Derecho Penal, Ob. Cit., págs. 289 a 297.



antijurídico si el consentimiento y la acción no son contrarios a las buenas costumbres.

A.- El consentimiento es el acuerdo con el hecho; contiene la renuncia a la protección jurídica. Es más que el mero dejar de hacer o la tolerancia pasiva, más bien el acuerdo interior con el acto. Debe ser serio y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente. Una renuncia a la protección jurídica obtenida mediante engaño o amenaza no constituye consentimiento.

a).- El que consiente debe poseer el juicio necesario para apreciar la significación y los alcances del hecho y de su consentimiento. En esto no son determinantes los criterios civilistas de la capacidad, sino el grado de discernimiento. La decisión del o de los encargados de la tuición es determinante en el lugar de la del que no tiene discernimiento suficiente; a cargo de la tuición están actualmente ambos padres.

b).- Sólo puede consentir aquél que sea titular único del interés jurídicamente protegido. En los casos en que simultáneamente se protege el interés público, es ineficaz el consentimiento del afectado individualmente, como por ejemplo el consentimiento para el homicidio.

En los casos de aplicación del consentimiento en las lesiones corporales son las competiciones deportivas, las transfusiones de sangre, los trasplantes y las operaciones con fines científicos o cosméticos. En cambio, no constituyen lesiones los tratamientos terapéuticos exitosos, indicados desde un punto de vista médico y realizados conforme a la *Lex artis*. De opinión contraria son con la importante consecuencia que un tratamiento terapéutico como "lesión corporal" sólo podría justificarse por el consentimiento expreso o presunto, dependiendo la eficacia del consentimiento fundamentalmente de una explicación previa, a cargo del médico, sobre el diagnóstico, el tipo y las consecuencias de la intervención.

El consentimiento también procede en hechos culposos y se refiere a la puesta en peligro que lleva ínsita la culpa, lo que supone una apreciación correcta del peligro.<sup>84</sup>

Así no actúa antijurídicamente el que obra con el consentimiento eficaz del lesionado. "*Volenti non fit iniuria*". Este precepto del derecho romano se refería, en su origen, sólo a un grupo muy restringido de hechos punibles. Al mismo se le ha atribuido a menudo, pero sin

---

<sup>84</sup> Cfr. Welsel, Hans, Ob. Cit., págs. 137 a 141.

razón, un significado excesivamente amplio. Aún hoy se considera que el consentimiento del lesionado no excluye siempre el injusto de un hecho; si se considera que lo excluye con carácter absoluto, se admitiría la libre facultad de disposición sobre el bien jurídico de que se trata, lo cual no ocurre siempre. En las épocas en que se sigue una orientación individualista, se extiende, por lo general, el ámbito del consentimiento eficaz, y, en cambio, en aquellas otras en que se destaca el valor de la colectividad, se tiende a restringirlo.

La teoría del consentimiento en el Derecho penal debe solucionar dos cuestiones: la relativa al ámbito de eficacia del consentimiento y la que se refiere a los presupuestos necesarios de dicho conocimiento. La doctrina se ocupa ampliamente de dicha teoría, con inclusión de la teoría del consentimiento presunto.

El consentimiento del lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles; el hecho de matar no sólo a quien ha consentido el homicidio, sino incluso a quien lo ha pedido expresa y seriamente, sigue siendo un injusto punible. El ámbito del consentimiento eficiente fue objeto, con anterioridad y respecto de otros casos, de muchas controversias y, si no existían disposiciones legales, ese

ámbito era muy incierto. En la actualidad se establece con respecto al caso más importante, el de lesión corporal, una firme regla jurídica, a saber: "El que realice una lesión corporal con el consentimiento del lesionado, actúan antijurídicamente sólo si el hecho, no obstante el consentimiento, infringe las buenas costumbres" <sup>85</sup>. Por lo tanto, lo que es, en este caso, decisivo, es el hecho de contrariar las buenas costumbres, y no el consentimiento; una lesión corporal causada, por ejemplo, con fines sádicos, es punible, a pesar del consentimiento. Pero esta disposición que, de acuerdo con su texto, se refiere solamente a una lesión corporal, fija también principios análogos de apreciación en orden a hechos punibles afines. La privación de la libertad, el adulterio, la injuria y otros tipos realizados con el consentimiento, deberán tratarse y juzgarse con arreglo a criterios similares. Notable es el consentimiento sobre todo en los delitos contra el patrimonio, en los cuales se realizan intromisiones en los derechos privados del lesionado, de los que éste tiene, como tales, la libre disposición; la antijuridicidad del hurto, de la apropiación indebida, del daño de las cosas, etc., queda excluida al consentir el titular del derecho la apropiación o la destrucción. <sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Mezger, Edmundo, Ob. Cit., pág. 163.

<sup>86</sup> Idem.

Una vez señalado lo anterior tendríamos dos aspectos fundamentales a saber, por una parte el otorgamiento del consentimiento (objetivo), y por otra, una vez que se haya otorgado ese consentimiento, que no vaya en contra de las buenas costumbres.

Dejando claro el primer aspecto sobre el otorgamiento objetivo del consentimiento, tendremos que en efecto, dado que el bien jurídico que se protege en este delito de LESIONES (por el virus de IH), lo es la salud personal, lo cual atañe única y exclusivamente al particular afectado, dicho consentimiento produciría todos sus efectos, trayendo como consecuencia la exclusión del delito, ya que por disposición expresa de la fracción III del artículo 15 del Código Penal, así lo prevee y que a la letra dice:

**Artículo 15.-** *El delito se excluye cuando:*

I.- ...

II.- ...

III.- *Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:*

a) *Que el bien jurídico sea disponible;*  
b) *Que el titular del bien tenga la 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;..."*

Circunstancias que en el caso concreto que se tuvieran por acreditadas, sin embargo, lo que faltaría por discernir sería lo concerniente a que esa conducta no "infringa las buenas costumbres", dado que la lesión inferida, tiene las características de ser incurable y mortal, lo cual daría como resultado, que esa conducta aún y cuando se haya otorgado el consentimiento del sujeto pasivo, atentaría contra las buenas costumbres, sin embargo, dada su temporalidad excesiva del suceso fatal, pensamos que seguiría operando el consentimiento del sujeto pasivo y que esa transgresión al bien jurídico tutelado -salud personal- no atentaría a las buenas costumbres, por que solamente no lo es de manera inmediata, sino mediata, lo cual dejaría sin efecto la transgresión a las buenas costumbres, ya que únicamente los resultados inmediatos serían la alteración de la salud de sujeto pasivo (consentimiento justificante).

Y además de que el sujeto pasivo al prestar la colaboración en el riesgo de la transmisión del VIH, esto es, con pleno conocimiento de dicho contagio, privará al portador previo del VIH de la totalidad del dominio o pertenencia del hecho, y ante ello cabe receptar este hecho, como una autopuesta en peligro -atípica- en la que el portador previo del VIH aparece como interviniente impune en el hecho atípico (consentimiento excluyente del tipo).

C O N C L U S I O N E S

1.- Es cierto que el caso específico del SIDA o AIDS, es un padecimiento que afecta en forma grave la salud, y también cierto es, que por origen de tipo legislativo no se encuentra una perfecta adecuación entre el actual tipo penal (artículo 199 bis del Código Penal) con las agresiones a la salud producidas por este padecimiento, tomando en cuenta que la salud es un bien de elevada jerarquía, y de la misma depende la vida, ya que es inconcebible que se piense en la salud si no hay vida, sin embargo, la salud fundamenta la vida, puesto que al acabarse o agotarse, se consume y termina la vida. Por tanto la vida y salud, o salud y vida, son dentro del marco de los bienes jurídicos de la persona, los que alcanzan el más elevado nivel.

2.- El fenómeno del SIDA debe verse única y exclusivamente como un delito de daño y no de peligro. La respuesta de ello se encuentra en la transgresión individual de la conducta lesiva, con la que corresponde necesariamente la desvaloración del comportamiento lesivo del sujeto activo en contra del bien jurídico de la salud individual. En cuanto a la salud general, debe dejarse a la medicina preventiva. En otra tesitura, si el efecto del Peligro de Contagio no lo es el peligro a que se expone el bien jurídico de la salud individual, sino la propagación que se haga con esa diseminación de gérmenes con la potencialidad de su esparcimiento; para tener una cadena interminable de contagios; tendríamos dos posturas:



A.- Bajo el principio de supremacía entre un delito de peligro frente a uno de resultado material, tendremos la primacía de este último sobre el primero.

B.- La conminación de pena que hace este tipo penal, no ha tenido efectos en la sociedad, ya que su poca aplicabilidad en el orden jurídico ha sido casi nulo; y

C.- Fácticamente este tipo de enfermedad, una vez que el sujeto portador del virus de IH se pone en contacto con la sangre del pasivo, indefectiblemente queda infectado, ya que es imposible que no se vea contagiado dicho pasivo.

3.- El tipo penal del Peligro de Contagio, tal y como está contemplado actualmente, no dispone de los elementos necesarios para alcanzar los fines propuestos que se persigue en toda norma penal, ya que la poca aplicación del mismo, no es sinónimo que esa conducta del SIDA esté perfectamente abordada por el Derecho penal, ya que las estadísticas del Sector Salud demuestran lo contrario (aumento desmedido de personas contagiadas por el virus de IH) y por su parte las autoridades del Orden Penal, es muy escasa su aplicabilidad, por lo cual y con base en las primeras estadísticas en el mundo fáctico lo que realmente produce este fenómeno, es un daño material y no de peligro, ya que a través del contagio fatalmente se produce la alteración en la salud de una persona en concreto; debiéndose

trasladar por tanto este peligro a la medicina preventiva, como está siendo abordado eficazmente por el Sector Salud.

El Estado toma las medidas necesarias para evitar riesgos en la salud, estos medios funcionan en forma preventiva y, al mismo tiempo curativa. Ya que la mejor medicina es la curativa. Con lo cual si el Derecho penal es el último instrumento para mantener la armonía en la sociedad, debemos seguir sosteniendo su mínima intervención para las actividades dentro de un marco democrático de derecho y dejar completamente este aspecto de la Salud General, tal y como se plantea en el presente fenómeno del SIDA, a la medicina preventiva y para ello el Estado ha abordado atingentemente este aspecto a través del Sector Salud y los organismos en particular afines. Por la dañosidad en la conducta del delito del Peligro de Contagio, no corresponde con el disvalor del resultado (salud general), en virtud de que fácticamente el ataque al objeto de protección de la norma penal, se produce en la salud personal (fin inmediato) y no en la salud general (fin mediato).

4.- La falta de aplicación de este tipo penal, no se entenderá como que el Derecho Penal ha logrado su éxito absoluto, al tener poca aplicación en el mundo fáctico, ya que contrariamente a ello las estadísticas nos señalan el aumento de las personas que padecen este mal, sin que tampoco sean identificados como delincuentes en potencia, esto es,

por causas de origen legislativo no se encuentra una adecuación entre el actual tipo penal del Peligro de Contagio y las agresiones a la salud producidas por el virus de IH.

5.- Como podemos observar esta enfermedad del SIDA, va escalando lugares respecto de las principales causas de mortalidad en nuestro país, ubicándose este fenómeno en el décimo sexto lugar, teniéndose notificados a nivel nacional un total de 20 951 (hasta el tercer trimestre de 1999) defunciones por esta enfermedad. Haciéndose mención, que no debe ser motivo de orgullo los primeros lugares, ya que como se dejó asentado, el Distrito Federal, es la entidad federativa en donde se encuentran notificados el mayor número de enfermos del SIDA, particularizándose la mayor incidencia en las delegaciones políticas de Cuauhtémoc, Iztapalapa y Gustavo A. Madero. En la clasificación por grupos de edad tenemos que el mayor porcentaje se ubica entre las edades de 20 a 44 años y respecto a los grupos de riesgo predominan los homosexuales, heterosexuales y bisexuales; por todo ello debe reflexionarse y actuar de alguna forma para sancionar aquellas conductas ilícitas relacionadas con este fenómeno y de esta manera coadyuvar a contener esa difusión de enfermedad.

6.- La posición de garante de los funcionarios carcelarios (ámbito preventivo o ejecutivo), en orden a

evitar la difusión del SIDA, representan en cierto modo el elemento más dinámico dentro del complejo normativo referido al SIDA, pues no permiten que la solución del problema de la contusión del SIDA quede relegada a la responsabilidad personal del individuo en peligro, advirtiéndose que esta posición de garante no es, por supuesto, ninguna panacea que permita obtener recetas acabadas que aseguran el éxito en la lucha contra el SIDA. Pero contrariamente a ello, una pasividad en los ámbitos preventivo o ejecutivo, será en todo caso contrario al deber de garante, lo que constituye una razón más para que estén destinados al fracaso todos los intentos por considerar la difusión del virus de IH como un espacio libre de Derecho.

7.- El bien jurídico como objeto de protección de la norma jurídica penal, en el actual delito del Peligro de Contagio -artículo 199 bis del Código Penal-, lo es la salud general.

Sin embargo la dañosidad en la conducta del delito del Peligro de Contagio, no corresponde a la desvaloración del resultado, ya que fácticamente el ataque al objeto de protección de la norma penal esta regulado como de tipo mediato, y contrario a ello, el desvalor del resultado inmediato esta constituido por la salud personal y no en la salud general.

8.- En nuestra Ley Sustantiva Penal, hay dos bienes jurídicos que son considerados de la mayor importancia, porque de ellos depende la existencia natural de otros muchos. El primero, el bien jurídico por antonomasia, lo es la vida, ya que para el común de las personas es evidente que si no existe vida tampoco pueden darse otros varios bienes.

9.- Confrontándose los bienes jurídicos de la Salud general con la Salud personal, dirigidos hacia el tipo penal del delito del Peligro de Contagio, tenemos que la visualización de sancionar al sujeto portador del virus de IH, por su indeterminada propagación de la enfermedad, está llena de subjetividad, precisamente por lo aleatorio que resulta sostener lo indeterminado de esos contagios, ya que no sienta los principios de seguridad jurídica, por esa predicción de un resultado aleatorio, esto es, ante la incomprobación de esa pluralidad de afecciones; ya que por otro lado ¿qué sucedería si sólo se infectara a una sola persona?, y si en cambio, de lo que se tiene certeza es sobre el contagio que se realiza precisamente a esa persona determinada, transgrediéndose de esta manera el bien jurídico de la salud personal.

10.- El actual artículo 199 bis del Código Penal, tiene una estructura eminentemente dolosa, esto es, de sus elementos conformantes subjetivos genérico y el diverso

específico, se infiere su integración dolosa; sin embargo, a través de un enlace normativo tiene receptación en los delitos culposos (artículo 60 del Código Penal), circunstancia que evidentemente se contrapone con la estructura del tipo penal en comento, al no poderse corporizar técnicamente como un delito culposo.

11.- El tipo penal regulado por el artículo 199 bis del Código Penal, se refiere a que una persona enferma de un mal venéreo debe saber que lo padece y, además, que éste se encuentra en su período infectante. En otras palabras para que se de el delito en cuestión se requiere un doble conocimiento subjetivo: el del mal que sufre y el del período infectante. Esto es perfectamente razonable cuando se trata de ciertos males como la blenorragia o las sífilis mismas, que sus manifestaciones son físicas y temporales. Tratándose del SIDA, resulta imposible que el enfermo tenga conocimiento del posible contagio que padece, por su nula percepción, ya que el contagio se produce internamente y concretamente a través de la sangre, por lo cual no son similares sus manifestaciones como las enfermedades venéreas -hoy llamadas enfermedades de transmisión sexual- señaladas, por ello este segundo conocimiento (saber que está en periodo infectante), sería imposible determinarlo para el común de las personas y ante ello siempre faltaría este requisito de cognosibilidad y ello traería como consecuencia la permanente inacreditación del tipo penal a estudio.

Ha resultado más efectiva la política sanitaria-administrativa para combatir el fenómeno del SIDA, que la receptación de este fenómeno en la disposición penal del artículo 199 bis del Código Penal, por tanto, la nueva creación del tipo penal que se propone, deja incólume la primacía del aspecto de la salud general, y en acatamiento al principio de la mínima intervención del Derecho penal, éste pasaría a un plano secundario. Y ello es necesario, ya que aquellos aspectos que salen de la esfera de la autoridad sanitaria y caen en una conducta lesiva para el contexto social, es donde tiene cabida el Derecho penal, dándole legitimación a su inclusión. Ejemplo de ello es el caso de la transfusión sanguínea en donde descendió hasta cantidades de un dígito el contagio por esta vía.

12.- Dentro de los fines de la pena de prisión se encuentra la readaptación social, sin embargo, debe tomarse en cuenta que aquellos sujetos activos del delito de Lesiones (por transmisión del virus de IH), que transmiten su padecimiento y que se encuentren en su fase terminal donde desarrollará la enfermedad del SIDA, en consecuencia debe aplicárseles el artículo 55 del Código Penal, según el caso.

13.- Es evidente la conveniencia de que el Derecho penal contribuya, en la medida de sus limitadas posibilidades, a frenar la transmisión de una enfermedad tan grave como el SIDA a través de las conductas ilícitas

## Conclusiones

permeadas de este fenómeno, ya que no es tolerable en lo absoluto que determinadas conductas dolosas o culposas capaces de transmitir dicha enfermedad en personas inocentes, parezcan gozar de la inmunidad penal, por ello es la propuesta de un nuevo tipo especial de lesiones que contemple esta situación.



B I B L I O G R A F I A  
Y  
O T R A S F U E N T E S

**A) Fuentes bibliográficas.**

Altavilla, Enrico, La Culpa, 4ª edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987.

Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989.

Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México, 1990.

Capitant, Henri, Vocabulario Jurídico, 1ª edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1966.

Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, Código Penal Anotado, 18ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penal Mexicano, 16ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.

Carrancá, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte General, 4ª reimpresión, Vol. I, Editorial Temis, Bogotá, 1956.

Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, 2a. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.

De Pina, Rafael, Diccionario de Derecho, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1965.

De Vega Ruiz, José Augusto, Tratamiento Jurídico del Sida, Editorial Colex, Madrid, 1992.

Díaz de León, Marco Antonio, Código Penal Federal con Comentarios, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

Díaz de León, Marco Antonio, Tratado Sobre las Pruebas Penales, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.

Fontán Balestra, Carlos Derecho Penal, 14ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo VI, Parte Especial, 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

González-Salas Campos, Raúl, La teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal, Perezniето Editores, México, 1995.

- Islas de González Mariscal, Olga, Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida, 3ª edición, Editorial Trillas, México, 1991.
- Jakobs, Gunther, Derecho Penal, Parte General, Editorial Marcia Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, 4ª edición, Editorial Comares, Granada, 1993.
- Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y El Delito, 3ª edición, Editorial Sudamericana, Argentina, 1989.
- Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, La Culpabilidad, 3ª edición, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1965.
- Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, La Tutela de la Vida e Integridad Humana, Tomo II, 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
- López Betancourt, Eduardo, Teoría del Delito, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1994.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1988.

Maggiore, Guiseppe, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Marquez Piñeiro, Rafael, El Tipo Penal, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 1992.

Maurach, Reinhart, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 7ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

Maurach, Reinhart, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, 7ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

Mezger, Edmund, Derecho Penal, Parte General, 6ª edición, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 3ª edición, Editorial PPU, Barcelona, 1990.

Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

Muñoz Conde, Francisco, Parte Especial, Editorial Bosh, Barcelona, 1975.

Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1967.

Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.

Puccinelli, Oscar Raúl, Derechos Humanos y SIDA, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.

Quiroz Cuarón, Alfonso, Medicina Forense, 8ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996.

Ranieri, Silvio, Manuel de Derecho Penal, Parte Especial, De los Delitos en Particular, Tomo V, Editorial Temis, Bogotá, 1975.

Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Personas y Familia, 17ª edición, Editorial Porrúa, México, 1980.

Vargas Alvarado, Eduardo, Medicina Forense y Deontología Médica, 1ª edición, Editorial Trillas, México, 1991.

Vargas Alvarado, Eduardo, Medicina Legal, 1ª edición,  
Editorial Trillas, México, 1996.

Vela Treviño, Sergio, "Culpabilidad e Inculpabilidad",  
Editorial Trillas, México, 1977.

Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General,  
4ª edición, Editorial Porrúa, México, 1983.

Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, 12ª  
edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de  
Chile, 1976.

Zafaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Editorial  
Cárdenas Editores, México, 1976.

**B) Fuentes hemerográficas.**

Carmona L., María del Carmen, Régimen Jurídico del Sida,  
Cuadernos del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas, México, N° 12, Septiembre-Diciembre de  
1989.

Kirby, Michel D., El Sida y los Derechos Humanos, La Revista,  
Australia, N° 42, Junio de 1989.

Lámas Puccio, Luis, Perspectivas Jurídicas del Sida, Revista del Foro, Lima, Perú, n° 1, Enero-Junio de 1990.

Martínez Cortina, Vicente, Aportes de la ética y del derecho al estudio del Sida, Cuadernos de la Gaceta (C.N.D.H.), México, N° 2, Diciembre de 1993.

Sepúlveda Amor, Jaime, Sida y Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, Agosto de 1992.

Vela Treviño, Sergio, El Derecho Penal, La Salud y el Sida o Aids, Revista Mexicana de Justicia 86, México, N° 25, Vol. IV, Julio-Septiembre de 1986.

**C) Fuentes legislativas.**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Códigos Penales de los Estados de la República.



Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social.

Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal.

Ley General de Salud.

Norma Oficial Mexicana.

Diario Oficial de 14 de Febrero de 1940.

Diario Oficial de 21 de Enero de 1991.