

16 879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA



BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

con estudios incorporados a la

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE 879309

295969

" EL ABORTO POR VIOLACION COMO
CONTRAVENCION A LA LIBERTAD DE LA
MUJER PARA DECIDIR EL NUMERO Y
ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS "

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA :

Janete Evelyn Escamilla Moncada

Asesor de Tesis

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

CELAYA, GUANAJUATO, AGOSTO 2001.



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.

a **DIOS**
*por estar conmigo en todo momento
y por darme esa fuerza para seguir luchando*

*Con todo mi amor
y admiración a **MIS PADRES:**
REBECA MONCADA MALDONADO
JOSE ROBERTO ESCAMILLA HERNANDEZ*

*Con Cariño a **MIS HERMANOS:**
JOSE ROBERTO ALEJANDRO,
IRVING ANTONIO.
Y SOBRINOS: KAREN Y DAVID*

*Con afecto a quienes siempre estuvieron a mi lado,
orientandome, apoyandome y colaborando para que
el presente trabajo de tesis se realizara:*

Licenciado ROGELIO LLAMAS ROJAS,

Licenciado RAMON CAMARENA GARCIA

Licenciado JUAN JOSE MUÑOZ LEDO RABAGO

Licenciado RODOLFO GUTIERREZ BARRIOS

Licenciado ALEJANDRO LARA RODRIGUEZ

Con Cariño al
Doctor DAVID REYNOSO SIMROTH
por su ayuda, comprensión y amistad

A mis maestros de:

COLEGIO ARTURO ROSENBLUETH

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

A mi amiga

NIEVES ORTIZ GONZALEZ

*por todos sus consejos y
apoyo incondicional*

*A la **FAMILIA REYNOSO SIMROTH:**
Sra. Yolanda, Tío David, Carmela, Yola y Alfredo.*

I N D I C E

INTRODUCCION

C A P I T U L O I

EL DELITO EN GENERAL

1.1	Generalidades del Delito	4
1.2	Concepto del Delito	6
1.2.1	Noción Formal y Noción Real del Delito	6
1.2.2	Noción Sociológica del Delito	9
1.2.3	Noción Jurídico Formal del Delito	11
1.2.4	Noción Jurídico Sustancial del Delito	11
1.3	Concepciones Totalizadora y Analítica del Delito	13
1.4	Diversas definiciones sobre el Delito	13
1.5	Elementos positivos y negativos del Delito	14

C A P I T U L O II

CLASIFICACION DE LOS DELITOS

2.1	En función de su gravedad	17
2.2	Según la forma de la conducta del agente	17
2.3	Por el resultado	18
2.4	Por el daño que causan	19
2.5	Por su duración	19
2.6	Por el elemento interno o culpabilidad	20
2.7	Delitos unisubsistentes y plurisubsistentes	20
2.8	Delitos atendiendo a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo . . .	21
2.9	Por la forma de persecución	21

2.10	En función de la materia	22
2.11	Clasificación Legal	22

C A P I T U L O I I I

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

3.1	La conducta	26
3.1.1	Noción de conducta	26
3.1.2	Concepto de conducta.	27
3.1.3	El sujeto de la conducta	28
3.1.4	El sujeto pasivo	28
3.1.5	Objetos del delito	29
3.1.6	Elementos de la acción	29
3.1.7	Elementos de la omisión	30
3.2	La tipicidad	30
3.2.1	Ideas generales del tipo y la tipicidad	30
3.2.2	Función de la tipicidad	31
3.2.3	Elementos del tipo	32
3.2.4	Clasificación de los tipos	33
3.2.5	Ausencia de tipo y de tipicidad.	34
3.3	Antijuridicidad	35
3.3.1	Ideas generales	35
3.3.2	Definición	35
3.3.3	Antijuridicidad formal y material	37
3.3.4	Ausencia de antijuridicidad	37

C A P I T U L O I V

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO Y CULPABILIDAD

4.1	Imputabilidad	40
4.1.1	Culpabilidad en general	40
4.1.2	Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad	40
4.1.3	La Imputabilidad	42
4.1.4	La responsabilidad	43
4.1.5	Acciones liberae in causa	44
4.1.6	La Inimputabilidad	44
4.2	La culpabilidad	45
4.2.1	Noción de culpabilidad	45
4.2.2	Formas de la culpabilidad	46
4.2.3	El dolo y sus elementos	46

4.2.4	La culpa y clases de culpa	48
4.2.5	La preterintención	49
4.2.6	La inculpabilidad	49

C A P I T U L O V

LA PUNIBILIDAD

5.1	La punibilidad	52
5.1.1	Noción de la punibilidad	52
5.1.2	Referencia a la condicionalidad objetiva	53
5.1.3	Ausencia de punibilidad	53

C A P I T U L O VI

ABORTO

6.1	Concepto y fijación del bien jurídico tutelado	55
6.2	Base del delito: "Status praegnationis"	68
6.3	Elementos integrantes	68
6.3.1	Causación del resultado típico	69
6.3.2	Conductas típicas idoneas	70
6.4	Clases de aborto.	71
6.4.1	Procurado	72
6.4.2	Consentido	72
6.4.3	Sufrido	73
6.5	Penalidad adicional	75
6.6	Abortos impunes	77
6.6.1	Aborto necesario	77
6.6.2	Aborto realizado en ejercicio de un derecho	78
6.7	Motivación y sanción	83
6.8	Crisis del pensamiento clásico	83
6.8.1	Despenalización del aborto	83
6.8.2	Panorama del mundo	85
6.8.3	Deducciones críticas	89
6.8.4	La despenalización en México	94

CONCLUSIONES	101
------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.	104
-----------------------	-----

INTRODUCCION

Ante la necesidad de atender al problema social que se origina con la iniciativa de reforma de ley presentada por el poder legislativo del Estado de Guanajuato, pretendiendo reformar el artículo 228 del Código Penal del mismo Estado para sancionar a la mujer que aborte aun en el caso de violación, ubicando a la mujer como una delincuente. Me he propuesto en el presente trabajo de tesis que al retomarse el tema de la penalización del aborto se analice con mayor prudencia. Y que el libre albedrío de la mujer sea el que siga respetándose al tomar una decisión por lo mas trascendental sobre si desea continuar con una concepción no planeada por ella y mucho menos aun consentida y deseada.

Una de las garantías constitucionales tuteladas es la vida, en este caso podemos hablar de la del embrión; pero también es una garantía la libertad de la mujer para decidir de manera libre, responsable e informada sobre el numero y espaciamiento de sus hijos; asegurando así que en la FAMILIA que es el núcleo del sistema social es concebible la reproducción dentro de una organización natural civilizada. Pero cuando se impone a la mujer la maternidad consecuencia de una violación, no se respeta esta ultima garantía, máxime si tomamos en cuenta que la violación es un acto humillante, sorpresivo en el que se manifiesta la ira y la destructividad contra las mujeres y que genera una situación caótica en la vida de quien la sufre y si a esto se suma otro acto que atenta contra su libertad, las consecuencias son devastadoras.

Por tal motivo en el presente trabajo de tesis mi propuesta va dirigida a la no reforma del citado artículo 228 del Código Penal Sustantivo en nuestro Estado. Y mas bien atender al problema social, físico y mental que representa la violación en la mujer y darle la importancia que requiere, no evadiendo la realidad, sino aceptándola y dando soluciones reales y justas.

Así, en cada uno de los capítulos que constituyen el presente trabajo de investigación, analizaremos lo que es el delito y sus diversas nociones y definiciones así como sus elementos positivos y aspectos negativos.

Posteriormente hago mención a la clasificación de los delitos, atendiendo entre otras cosas a su gravedad y a la conducta del agente, que con anticipación a la investigación realizada me atrevo a aseverar que el aborto por violación es un problema social el cual no podemos desatender y menos aun sancionar a la mujer que se lo practica sino que tal y como este trabajo de investigación propone, se debería dar otro tipo de solución y protección a la mujer que se encuentra en esta situación.

De igual forma se analizarán los elementos del delito en los que encontramos tanto los objetivos como los subjetivos, esto con la finalidad de observar que si bien el delito de aborto está tipificado como delito, también existe una excusa absolutoria en cuanto refiere al aborto por violación. Y se hará referencia por lo que es la punibilidad y ausencia de la misma.

Finalmente, abordaremos desde su particular punto de vista, el comentario de varios estudiosos del derecho, así como de organizaciones que se encuentran tanto en pro como en contra de la sanción a la mujer violada que se practique un aborto; Lo anterior como resultado de la polémica originada con la iniciativa de ley presentada en el Congreso del Estado de Guanajuato.

Con lo anterior y pretendiendo hacer una aportación a nuestro Derecho Penal Local, dejo a su consideración la propuesta en comento a efecto de que se valore por los estudiosos del derecho.

**"LA PENALIZACION DEL ABORTO POR
VIOLACIÓN COMO CONTRAVENCIÓN A LA
LIBERTAD DE LA MUJER PARA DECIDIR EL
NUMERO Y
ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS"**

"Abre tu boca por el mudo, en la causa de todos los que están falleciendo. Abre tu boca, juzga con justicia y defiende la causa del afligido y del pobre".

Lemuel, Proverbios 31:8
Sagradas Escrituras.

C A P I T U L O I

"EL DELITO EN GENERAL"

CAPITULO I

EL DELITO EN GENERAL

I.I GENERALIDADES DEL DELITO

A lo largo de los tiempos, los estudios del derecho han analizado el Delito desde muy diversos puntos de vista, mas sin embargo y a pesar de la intensa labor que han realizado, no han logrado establecer una definición general del delito.

Los pueblos antiguos castigaban los hechos dañosos de manera objetiva fuera hombre o bestia quien realizara el hecho; con el transcurso del tiempo fueron elaborando los diversos cuerpos de leyes y analizaron el Delito desde un punto de vista de tal manera que a quien cometía un hecho dañino le imponían una sanción.

Uno de los estudiosos del Derecho Penal, Garófalo, estructura un concepto de Delito Natural de la siguiente manera "es una lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable par la adaptación del individuo a la sociedad", (1) dicha definición ha recibido severas criticas ya que con la constante evolución cultural e histórica queda tal concepto como estrecho e inútil.

Carrara, genuino representante de la escuela clásica, en su concepto de "Ente Jurídico" precisó los elementos más importantes y los definió como:

"La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (2) De esta definición destacan como elementos esenciales los siguientes:

- 1.- Violación de la ley.
- 2.- Dictada por el Estado.
- 3.- Seguridad de los ciudadanos.
- 4.- Violación resultado de un acto externo (tomado al hombre como único ser racional dotado de voluntad).
- 5.- La imputabilidad moral (Responsabilidad).
- 6.- Un hecho dañoso, (-Políticamente- sentido de infracción de la ley).

Con esto nos señala, que dicho Ente Jurídico es una infracción a la ley, una contradicción entre la conducta y la ley.

Para Carrara, sienta un criterio esencial, duradero al afirmar que el Delito no es un hecho, sino una infracción, un Ente Jurídico, ello es una relación de contradicción entre el acto del hombre y la ley, una "disonancia armónica" según su elegante expresión: pero a parte de ese elemento formal, intenta sentar criterios para la valoración misma

de la ley sancionadora, la cual a la vez viene a quedar sometida a postulados racionales extratécnicos suministrados mediante deducción lógica, por la suprema Ley Natural del orden que emana de Dios. Con esto vemos que la definición de Carrara es mas bien filosófica que dogmática.

Han sido tanto los esfuerzos realizados por numerosos penalistas para elaborar una definición filosófica del delito con validez universal, pero a pesar de la intensa labor realizada no se ha logrado, señala Cuello Calón "pues hallándose la noción del Delito en Intima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de Estos y por consiguiente es muy posible que lo que ayer como Delito se considera, hoy sea lícito y viceversa. Es pues, inútil buscar una noción del Delito en sí". (2)

1.2 CONCEPTO DEL DELITO.

1.2.1 NOCION FORMAL Y NOCION REAL DEL DELITO.

El Delito -Reato- en sentido formal, (Jurídico-Dogmático), lo podemos definir como toda acción legalmente punible, y el Delito en sentido real (Étnico-histórico), del cual tomaremos como significado, toda acción que ofenda gravemente el orden Ético-jurídico y por esto merece aquella grave sanción que es la pena. Dicho de otra manera, el delito es un mal que debe ser retribuido con otro mal, para la reintegración del orden Ético-jurídico ofendido.

Para que un legislador pueda crear figuras de Delito es indispensable que conozca los caracteres que debe tener una acción para que pueda ser castigada.

CIVOLI.- Después de anotar que la ley hace constar la realización de contradicción entre la ley y la conducta, pero sin crearla. Observa muy bien: "El Delito es punible porque es un hecho injusto pero es injusto por ser punible". (4)

¿ PERO CUANDO HABLAMOS DE UN HECHO INJUSTO ?

Si nos remitimos a la historia, Delito es toda acción que la conciencia Ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico. Esta noción basada en el relativismo histórico, lleva consigo el testimonio de la experiencia. En realidad esta nos enseña que la moral cambia con los tiempos y los lugares y que es imposible crear un valor absoluto de los hechos acriminables y acriminados, pero el relativismo histórico conduce al escepticismo moral. Quien dice moral, dice necesidad de un sumo criterio de valoración, que sirva para discernir el bien del mal, lo justo y lo injusto.

Al concebir la conciencia Ética en términos de transformación absoluta, se cae en la indiferencia absoluta, todo ser bueno, o todo ser malo, según el punto de vista de quien lo juzgue. Y caemos de nuevo a lo mismo, pues no tenemos un criterio normativo para distinguir lo que es delictuoso, de lo que no lo es.

Dado lo anterior nos es preciso buscar un criterio absoluto de valoración. Esto supone salir del campo de lo positivo y de la experiencia, para entrar en el de la idealidad y la razón, salir del SER e introducirnos en la región del DEBE SER, es decir, buscar los valores ideales.

Dentro de este mundo, casi todas las ideas coinciden en señalar que la conducta delictiva es aquella agresión, que produce daño o peligro, a las condiciones esenciales de la vida del individuo o de la

sociedad, Siendo obvio que estas condiciones no pueden ser determinadas sin saber lo que el individuo y la sociedad DEBER SER. No se trata aquí de una valoración existencial, sino normativa; no de una comprobación de hecho, sino de un Juicio de Derecho. Solo así es posible subir de una determinación empírica a una determinación filosófica, -o sea un valor universal- de lo que es el Delito.

Veamos un razonamiento de Garófalo afirmado de manera enérgica, valiéndose de una sentencia romana: QUAEDAM NATURA TURPIA SUNT, QUAEDAM CIVILITER ET QUASI MORE CIVITATIS (algunas cosas son reprochables por naturaleza, otras civilmente, casi en virtud de la costumbre, o tradición social) enseña que el verdadero Delito, o sea la acción con contenido intrínseco delictuoso, es de Delito Natural, esto es, el Delito no creado artificialmente por la ley, sino reconocido universalmente conforme a la recta razón, por todos difundida. (5).

Garófalo, se las ingenia para determinar el contenido universalista del delito Natural diciendo que éste es la ofensa a los sentimientos profundos e instintivos del hombre sociable. Tales, son los sentimientos altruistas de benevolencia y justicia, o sea de piedad y probidad. Con esto limita y debilita su teoría; ya que circunscribía la noción del Derecho Natural a la civilización contemporánea, dejando fuera las razas bárbaras e inferiores.

En realidad, GAROFALO entrevió, sin ver claramente, la noción del Delito considerado en su contenido específico.

Advirtió la necesidad de situar un Delito Natural al lado del Delito Positivo o Legal, pero entendió mal esta naturalidad al buscarla en el consentimiento unánime de los pueblos, en una especie de universalidad histórica. La materialidad y la universalidad verdaderas son meta empíricas y meta históricas, viven en el mundo ideal, en el

mundo del DEBE SER, En el mundo de la historia se busca siempre en vano un delito, o un sistema de Delitos, reconocido por todos los hombres. Semejante Delito, si existiera, no podría tener sino un valor ideal, y no podría ser medido y determinado sino en función de un orden ético perfecto. Y tampoco este orden es empírico, positivo o histórico, aunque parcialmente se realiza en lo empírico y en la historia pues coincide con la ley ética natural, que es el reflejo de la ley divina en nuestra razón. Se dice que la ética perfecta es la cristiana y la justicia perfecta es el evangelio ya que nada mejor ha sabido expresar la humana civilización. La acción delictuosa es siempre contraria a la moral cristiana. Los hechos que implican una transgresión grave al orden moral, pueden ser castigados con penas. De lo anterior podemos desprender que el Delito -en su aspecto ideal es todo acto que ofende gravemente el orden ético y exige expiación en la pena.

1.2.2 *NOCION SOCIOLOGICA DEL DELITO.*

Cuando el positivismo se encontraba en pleno auge, trata de demostrar que el Delito es un fenómeno o "hecho natural" resultando necesario de los factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

R. Garófalo, definió el Delito como "La violación a los sentimientos altruistas de probidad y de piedad..." Garófalo no estudia en si el Delito, que es la materia de su estudio, sino que estudia Los Sentimientos, siendo que de esta manera, existen pensadores que consideran que Garófalo estaba en un error, ya que de haber una noción sociológica del Delito, no sería una noción inducida a la naturaleza y que tendiera a definir el Delito como hecho natural, que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales.

Garófalo considera que su noción del delito, comprende una variabilidad de hechos; así, son ofensas al sentimiento de piedad, el homicidio, heridas, mutilaciones, malos tratos, estupro, raptos, enfermedades provocadas, secuestro, injurias, calumnias, seducción de doncellas, etc. Son ofensas al sentimiento de probidad, robo, incendios, daños, estafas, falsedades, etc.

Garófalo hace la distinción entre Delito Natural y Artificial o Legal siendo éstos, los Delitos Políticos los que hieren el sentimiento religioso, el honor y otros.

Desde luego, no faltaron las críticas al Delito Natural. Sebastián Soler expone: "Los sentimientos de piedad y probidad difieren radicalmente hasta determinar, según el tiempo, la incriminación de los actos más diversos. De que nos sirve descubrir que es Delito la falta de rudimentos sentimentales de piedad, si encontramos que en ciertos pueblos es un acto piadoso, el dar muerte al padre valetudinario. De esto deducimos que existen términos que para culturas significan una cosa y para otras culturas tiene un significado distinto.

Al respecto Ignacio Villalobos escribe: La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero la esencia del Delito, la delictuosidad, es fruto de una valorización de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social de justicia, de altruismo de orden, de disciplina, de convivencia humana, etc. Por tanto no se puede investigar que es la naturaleza del Delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración de los criterios conforme a los cuales una conducta ha de considerarse delictuosa. Cada Delito tiene como escenario el mundo, pero eso no es naturaleza.

1.2.3 NOCION JURIDICO FORMAL DEL DELITO.

Para la mayoría de los autores, la verdadera noción formal, es la que encontramos en nuestra Ley positiva; la cual señala una pena para la ejecución u omisión de ciertos actos que formalmente hablando expresan el Delito.

Para Edmundo Mezger, el Delito es una acción punible y en el Código Penal para el Estado de Guanajuato, "DELITO es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible".

De lo señalado anteriormente, nos podemos dar cuenta, que no incluye Mezger en su definición, los elementos que constituyen la esencia misma del acto delictivo; funda su noción exclusivamente en el carácter punible;

Con lo anterior se desprende entonces, que el Delito comprende: toda conducta, moral o inmoral, dañosa o inocua, siempre y cuando este dispuesta en la ley y amenaza con la aplicación de una pena.

1.2.4 NOCION JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO.

A este respecto, el estudio del Derecho Penal, Jiménez de Asúa nos da una definición de Delito, en la que incluye elementos que conforman la esencial naturaleza del Delito y es la siguiente: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a

condiciones objetivas de punibilidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Cuello Calón dice al respecto: "Es la acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena".

Y tras la intensa lucha por crear una definición sustancial del Delito, Celestino Porte Petit, elabora también su definición: "Es una conducta típica imputable, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad".

Sin hacer un análisis muy a fondo de las definiciones anteriores se desprenden las siguientes características del Delito.

- a) Conducta.
- b) Tipicidad.
- c) Antijuridicidad.
- d) Imputabilidad.
- e) Culpabilidad.
- f) Condiciones objetivas de punibilidad.
- g) Punibilidad.

La conducta que se exige provenga de un sujeto imputable (Capaz de querer y entender) solo es delictuosa, si se encuadra exactamente con la descrita en la ley penal (tipicidad), si se opone el orden jurídico (antijuridicidad), si subjetivamente, le es imputable a su autor (culpabilidad), y si se encuentra amenazada con la sanción (punibilidad); debiéndose cumplir además las eventuales condiciones

de las cuales depende la efectividad aplicativa de la sanción (condiciones objetivas de punibilidad).

Hasta el momento, no existe uniformidad de criterios respecto a los elementos esenciales del Delito. Pero a pesar de todo, si hay elementos esenciales para integrar la naturaleza Jurídica del Delito y sabemos también, que en ausencia de cualquiera de ellos, el ilícito penal, será inexistente.

1.3 CONCEPCIONES TOTALIZADORA Y ANALITICA DEL DELITO.

De manera breve vamos a analizar estas dos corrientes.

La concepción totalizadora o unitaria, ve en el Delito un bloque monolítico, imposible de rescindir en elementos y señala que el Delito, es un todo orgánico y como tal debe ser estudiado para comprender su verdadera esencia. Y la concepción analítica, lo estudia a través de sus elementos constitutivos, sin perder de vista la estrecha relación existentes entre ellos, de manera que sin negar su unanimidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento.

1.4 DIVERSAS DEFINICIONES SOBRE EL DELITO.

Para Franz Von Liszt, el Delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena.

Ernesto Von Beling, lo define como la acción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las sanciones de punibilidad.

Edmundo Mezger, lo considera una acción típicamente antijurídica y culpable, concepto al que se adhiere Carlos Font Balestra.

Para Max Ernesto Mayer, el Delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

Jiménez de Asúa, lo estima como un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción.

1.5 ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

POSITIVOS	NEGATIVOS
a) Conducta o hechos.	Ausencia de conducta o de hecho.
b) Tipicidad.	Ausencia de tipo.
C) Antijuridicidad.	Causas de Justificación.
D) Imputabilidad.	Inimputabilidad.
E) Culpabilidad.	Inculpabilidad.
F) Punibilidad.	Excusas absolutorias.

Esto será analizado punto por punto en capítulos posteriores.

LA RELACIÓN LÓGICA ENTRE ELEMENTOS DEL DELITO.

Celestino Porte P. Precisa la inexistencia de PRIORIDAD TEMPORAL entre los elementos del Delito, en virtud de que éstos concurren simultáneamente, al no perderse de vista su indisoluble unidad. Asimismo niega la prioridad lógica, pues la existencia del Delito, requiere de sus elementos y, aunque ellos guardan entre si un determinado orden lógico, no hay ninguna prioridad lógica. Lo correcto según su opinión, es hablar de prelación lógica, "habida cuenta de que nadie pueda negar que para que concorra un elemento del Delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a la naturaleza propia del Delito".

En otro orden de ideas, la noción clásica de la estructuración de los elementos del delito ha sufrido modificaciones. Doctrinalmente se le conoce como la TEORIA DEL FINALISMO DEL DELITO, que a partir de la década de los treinta, comenzó a estudiarse en la obra del tratadista Alemán Hans Welzel (6) que posteriormente completó el maestro Zaffaroni.

Welzel, en concreto, establece que la voluntad no puede ser escindida de su contenido, es decir, de su finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda voluntad tiene un fin. Esta es la llamada TEORIA FINALISTA DE LA ACCIÓN, por oposición a la TEORIA CAUSALISTA.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO PRIMERO

- (1) CORTES Ibarra Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Edit. Porrúa, México 1971.
- (2) VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General Edit. Porrúa, S.A., Tercera Edición 1975, México, D.F.
- (3) CUELLO Calon, Parte General Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona 1975.
- (4) CIVOLI cit, Por Rodríguez Camarena José Alvaro La Necesidad de Tipificar como Delito el Trafico de Infantes, dentro de nuestro Código Sustantivo de Guanajuato, 1991. Tesis Pag. 9
- (5) Cit. Idem. Pag. 11
- (6) Welzel Hans, citado por ZAFFARONI Eugenio Raúl, Manuel de Derecho Penal, Parte General, Cárdenas Editores, 2 Edición, México 1988, p. 349.

CAPITULO II

CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

2.1. EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.

- a) **CRIMENES.** Son aquellas violaciones a la ley que lesionan Derechos Naturales como la vida, la libertad, etc.

- b) **DELITOS.** Son aquellas violaciones o Derechos derivados del contrato social.

- c) **FALTAS O CONTRAVENCIONES.** Son aquellas infracciones cometidas a los reglamentos de policía y buen gobierno. (1)

En nuestra legislación penal mexicana, carece de interés actual esta clasificación tripartita. Nuestro Código Penal del Estado, únicamente cataloga los delitos en general. Son aquellos que protegen intereses de carácter colectivo.

2.2. SEGÚN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE.

- a) **ACCIÓN.** Estos se cometen mediante un comportamiento positivo, con ello se viola una ley prohibitiva.

b) **OMISIÓN.** Consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión.

Los delitos de simple omisión, consiste en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzca.

Los delitos de comisión por omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Como ejemplo: la madre que, con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no la amamanta, produciendo el resultado letal.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material.

2.3 POR EL RESULTADO.

a) **DELITOS FORMALES.** En esta clase de delitos, la realización de la conducta agota íntegramente el tipo legal, sin producir un resultado material externo, perceptible a los sentidos. Ejemplo: el allanamiento de morada.

b) **DELITOS MATERIALES.** Son aquellos que para su integración requieren la producción de un resultado material. Ejemplo: lesiones.

2.4. POR EL DAÑO QUE CAUSAN.

a) **DE LA LESION.** Aquellos que causan un daño cierto y efectivo en el bien jurídico que la norma penal tutela. Tales como los delitos de homicidio y aborto.

b) **DE PELIGRO.** Aquellos que amenazan causar un daño efectivo al bien jurídicamente protegido. Como es el abandono de personas, Amenazas.

2.5. POR SU DURACION.

a) **INSTANTANEOS.** Son aquellos que se consuman mediante la realización de una sola conducta y en forma momentánea. Ejemplo: delito de lesiones, infanticidio.

b) **PERMANENTES.** "Aquel en que la acción que lo consuma crea un Estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien jurídico afectado. Su característica esencial, es la persistencia de la acción y del resultado. Gráficamente en el delito instantáneo se presenta por un punto y el permanente por una línea".
(1) Ejemplo: el rapto.

c) **CON EFECTOS PERMANENTES.** Son aquellos en los cuales el resultado dañoso perdura en el tiempo. Ejemplo: homicidio.

d) **CONTINUOS.** En este delito, se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Ejemplo: el sujeto que decide robar veinte botellas de vino, mas para no ser descubierto, diariamente se apodera de una, hasta completar la cantidad propuesta.

2.6. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD.

a) **DOLOSO.** Es cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico. Un ejemplo, es el robo, en donde el sujeto decide apoderarse y se apodera, sin derecho del bien mueble ajeno.

b) **CULPOSO.** En éste, no se quiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común, como en el caso de un conductor vehicular, que manifiesta falta de precaución o de cuidado, corre a excesiva velocidad y mata o lesiona a un peatón.

c) **PRETERINTENCIONAL.** Aquí, el resultado va mas allá de lo que el sujeto pretendía hacer. Ejemplo: Aquel que quiere pelear, pero en la riña provoca la muerte. Solo existía dolo en cuanto al hecho de golpear pero no esperaba nunca provocar la muerte.

2.7. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES.

- a) **UNISUBSISTENTES.** Este se dará en un solo acto.

- b) **PLURISUBSISTENTES.** Es el resultado de la unificación de varios actos, naturalmente separados , bajo una sola figura.

Para algunos penalistas, tanto extranjeros como nacionales, el delito plurisubsistente se identifica con el llamado de "varios actos", sean éstos idénticos o no. (2)

2.8. DELITOS ATENDIENDO A LA UNIDAD O PLURALIDAD DE SUJETOS QUE INTERVIENEN PARA EJECUTAR EL HECHO DESCRITO EN EL TIPO.

- a) **UNISUBJETIVOS.** Es suficiente para colmar el tipo, la actuación de un solo sujeto. Ejemplo: el robo, la violación.

- b) **PLURISUBJETIVOS.** En éste, se requiere necesariamente en virtud de la descripción típica, la concurrencia de dos conductas para integrar al tipo. Ejemplo: el adulterio, asociación delictuosa.

2.9. POR LA FORMA DE PERSECUCION.

- a) **PRIVADOS O DE QUERRELLA.** Este tipo de delitos solo pueden

perseguirse, si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. Ejemplo: robo, abuso de confianza.

b) **DE OFICIO.** Son aquellos en las que la autoridad, previa denuncia, está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables, con independencia de la voluntad de los ofendidos. Ejemplo: homicidio y lesiones.

2.10. EN FUNCION DE LA MATERIA.

a) **COMUNES.** Son aquellos que se formulan en leyes dictadas por las legislaciones locales.

b) **FEDERALES.** Se establecen en las leyes expedidas por el congreso de la unión.

c) **OFICIALES.** Son los que comete un empleado o funcionario publico en el ejercicio de sus funciones (en abuso de ellas).

d) **DEL ORDEN MILITAR.** Son los que afectan la disciplina del ejercito.

e) **POLITICOS.** Son aquellos que lesionan la organización del Estado en sí misma o en sus órganos o representantes. (3)

2.11. CLASIFICACION LEGAL.

En el Código Penal de 1931, en el Libro Segundo, reparte los delitos en 23 Títulos a saber:

- 1) Delitos contra la Seguridad de la Nación
- 2) Delitos contra el Derecho Internacional
- 3) Delitos contra la Humanidad
- 4) Delitos contra la Seguridad Publica
- 5) Delitos contra la Autoridad
- 6) Delitos en materia de Vías de Comunicación
- 7) Delitos contra la salud
- 8) Delitos contra la Moral Publica y revelación de Secretos
- 9) Delitos cometidos por Servidores Públicos
- 10) Delitos cometidos en la Administración de Justicia
- 11) Delitos contra la Economía Pública
- 12) Delitos sexuales
- 13) Delitos en materia de Inhumaciones y Exhumaciones
- 14) Delitos contra la Paz y Seguridad de las Personas
- 15) Delitos contra el Honor, Privación de Libertad y otras Garantías

- 16) Delitos contra el Estado Civil y Bigamia
- 17) Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en su parte especial del Libro Segundo, hace referencia a las siguientes secciones:

- 1) Delitos contra el Estado
- 2) Delitos contra la Sociedad
- 3) Delitos contra la Familia
- 4) Delitos contra las Personas
- 5) Delitos en materia Electoral
- 6) Delitos contra la Ecología

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO SEGUNDO

- (1) CASTELLANOS Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México 1978, P.135
- (2) Ibidem. P. 142
- (3) Ibidem p.144

CAPITULO III

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

En el presente capitulo, vamos a hacer un análisis de los elementos, que según las definiciones de los numerosos autores, deben de existir para que las diversas actividades realizadas por los sujetos sean o no consideradas como "DELITO"

3.1 LA CONDUCTA

3.1.1 NOCION DE CONDUCTA

La conducta analizada dentro del ámbito del Derecho Penal, se ha considerado un elemento esencial que estructura al Delito y que contribuye con los demás ingredientes constitutivos a integrarlo.

Suele aplicarse, para designar a este primer elemento del Delito, los términos conducta, actos, hechos, acción, etc.

Nosotros consideramos mas aceptable la expresión "CONDUCTA" en virtud de que, como afirma Jiménez Huerta, "tal palabra es significativa de que todo Delito consta de un comportamiento humano y capta el sentido finalista". (1)

Para Jiménez de Asúa, el acto es, "La manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja inerte ese mundo externo cuya mutación se aguarda". (2)

Además, dentro del concepto conducta, pueden comprenderse la acción y la omisión: es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta y hecho, para denominar el elemento objetivo del Delito, según la descripción del tipo". Cita en apoyo de su punto de vista opiniones de Cavallo Battaglini; para el primero, el hecho "en sentido técnico", es el conjunto de:

"Los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido" y para el segundo, el hecho "en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado".

De lo anterior desprendemos que si el Delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho, cuando el Delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Dice Porte Petit, la sola conducta agota el elemento objetivo del Delito cuando por si misma llena el tipo, como sucede en los llamados Delitos de mera actividad carentes de un resultado material. La conducta es un elemento de hecho, cuando según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo, es decir, un resultado material.

3.1.2 CONCEPTO DE CONDUCTA.

De manera general, la definiremos de la siguiente manera:

Es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Es pues, el elemento psíquico interno, fundado en la voluntad y la actuación interna del sujeto.

3.1.3 EL SUJETO DE LA CONDUCTA.

La conducta que implica un proceso volitivo e intelectual, supone la persona física individual como única capaz de realizarla.

Es inatendible afirmar que los animales o cosas carentes de voluntad y razón pueden ser considerados como sujetos de conducta, pero no podemos omitir el hecho de que en tiempo pasado se consideraba a los animales como agentes activos del delito.

Historia al respecto; así, se cita el elefante Charlie quien fue absuelto por legítima defensa; es notable el ejemplo de un gallo que fue condenado a muerte por haberle picoteado el ojo a un niño; se recuerda el proceso impetrado en contra de un papagayo que gritaba "viva el Rey", infringiendo así las nuevas concepciones revolucionarias.

Es pues, la persona física, individual, único sujeto activo de la conducta.

3.1.4. SUJETO PASIVO

Es sujeto pasivo, u ofendido, la persona que sufre o resiente la afectación de la conducta delictiva.

Debemos distinguir el sujeto pasivo del Delito y el sujeto pasivo del daño. El primero "es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma" generalmente es la persona física el sujeto pasivo del Delito, pero también tiene este carácter el Estado (Delitos Políticos) y las personas morales (por ejemplo: un robo cometido en bienes de una sociedad mercantil) sujeto pasivo del daño son aquellos que sin ser titulares del derecho violado, resienten el perjuicio causado por la acción criminal. Frecuentemente coinciden el sujeto pasivo del Delito y del daño, como en los Delitos de robo, lesiones, injurias, etc. Sin embargo algunos Delitos, homicidio por ejemplo, el occiso es el sujeto pasivo del Delito y los deudos, del daño.

3.1.5. OBJETOS DEL DELITO.

Los autores distinguen entre objeto material y objeto jurídico del Delito. El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño, peligro o acción delictuosa. El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho u omisión lesionan.

3.1.6. ELEMENTOS DE LA ACCION.

Al respecto señala Porte Petit: "Generalmente se señalan como elementos de la acción, la manifestación de voluntad, un resultado y

una relación de causalidad". La manifestación de voluntad y una actividad corporal. Jiménez de Asúa estima que son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad.

Porte Petit habla de conducta o hecho porque para él, la primera no incluye un resultado material, mientras el segundo abarca tanto a la propia conducta como el resultado y al nexo de causalidad cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior. (3)

3.1.7. ELEMENTOS DE LA OMISION.

En la omisión, existe una manifestación de voluntad que se traduce en NO ACTUAR, se concluye entonces que los elementos de la omisión son: a) Voluntad, y b) Inactividad. La voluntad encaminada a no efectuar la acción ordenada por el derecho. Franz Von la define como: no ejecutar voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado. Precisa la existencia del deber jurídico de obrar.

3.2. LA TIPICIDAD

3.2.1. IDEAS GENERALES DEL TIPO Y LA TIPICIDAD

Hemos sostenido que el Derecho Penal se justifica en su propio fin de tutelar, fundamentales bienes cuya manutención depende la

vida gregaria; por ello , sus preceptos consignan conductas reputadas como dañosas y conminan su realización con severas penalidades. El derecho penal selecciona describiendo en sus disposiciones, aquellas conductas declaradas delictuosas. Es aquí donde surgen los conceptos tipo y tipicidad que revisten trascendental importancia en el estudio dogmático analítico del Delito.

Tipo, es la figura abstracta e hipotética contenida en la Ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Dicho de otro modo, Tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del Delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esta decretada por una Ley exactamente aplicable al Delito de que se trate", lo cual significa que no existe Delito sin tipicidad.

Por tipicidad entendemos: La actuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Afirmamos que la conducta es típica cuando se superpone o encuadra exactamente a la prevista. La tipicidad exige, para su conformación, un agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto a la descrita abstracta e indeterminadamente en la ley.

3.2.2. *FUNCION DE LA TIPICIDAD*

Si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuridicidad, hemos de atribuir un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho Liberal, por no haber Delito, sino tipo legal (NULLUM SINE LEGE, equivalente a NULLUM CRIMEN SINE TIPO).

3.2.3. ELEMENTOS DEL TIPO

Los elementos de la descripción típica son los siguientes:

- a) **SUJETO DEL DELITO.** Es la persona física individual que desarrolla la acción criminosa. Cabe señalar que en la comisión de un Delito, pueden intervenir dos o más sujetos, aplicándose en estos casos las reglas de la participación delictiva.

- b) **MODALIDADES DE LA CONDUCTA.** El tipo penal frecuentemente hace referencia a circunstancias de carácter especial, a medios de ejecución, a otro hecho punible.

- c) **OBJETO MATERIAL.** El tipo también alude al objeto material de la conducta, esto es, a la persona o cosa sobre las cuales la acción típica se realiza.

- d) **ELEMENTO OBJETIVO.** Son aquellos que se perciben por un simple acto de cognición.

e) **ELEMENTOS NORMATIVOS.** Solo se captan mediante un proceso intelectual, que nos conduce a la valoración del especial concepto. Así por ejemplo el término "honestidad", empleado por el legislador en el Delito de Estupro, lleva en su significado una valoración Ético-social.

f) **ELEMENTO SUBJETIVO.** En éste, la conducta del autor solamente cobra relevancia típica cuando esta enderezada en determinado sentido finalista. (Ejemplo: El Delito de abusos deshonestos, aquí, no constituye ilícito, si no se hace con propósitos eróticos)

3.2.4. CLASIFICACION DE LOS TIPOS

a) **NORMALES.** Se caracterizan por inducir elementos puramente objetivos (homicidio, lesiones)

ANORMALES. Incorporan componentes de índole subjetivo (fraude, injurias), o normativo (estupro, rapto).

b) **BASICO Y ESPECIALES.** Es básico cuando sus elementos descriptivos son el fundamento esencial de otros tipos especiales. Los Delitos de infanticidio y parricidio constituyen tipos especiales por tener como fundamento la privación de la vida (homicidio) que es el tipo básico.

c) **COMPLEMENTADOS Y PRIVILEGIADOS.** El tipo básico sin perder su autonomía, ocasionalmente se agrava en la penalidad por aparecer determinadas circunstancias. Estos son los tipos complementados, como el homicidio con premeditación, ventaja o traición. En otros casos, la penalidad de tipo básico es atenuada,

entonces tenemos los tipos privilegiados como el homicidio en riña, en duelo, por infidelidad conyugal.

3.2.5. AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

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

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada e inadvertidamente, nos describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catalogo de los Delitos. La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda aún a la conducta dada.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él, no existe tipo.

Las causas de atipicidad pueden, deducirse a las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del numero exigido por la ley en cuanto a los sujetos Activo y Pasivo
- b) Si falta el objeto material o el objeto jurídico
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales

requeridas en el tipo

- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos
- f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial

3.3. ANTIJURIDICIDAD

3.3.1. IDEAS GENERALES

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

3.3.2. DEFINICION.

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, aún anti. Lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho.

La teoría de la antijuridicidad adquiriría seriedad y consistencia jurídica con los estudios realizados por el profundo jurista alemán Carlos Binding en 1872.

El prestigiado Carrara, genuino representante de la Escuela Clásica, había sostenido que el Delito era "lo contrario a la Ley". Binding rechaza esta tendencia y puntualizó enfáticamente que el delincuente no viola la ley penal, sino que se ajusta perfectamente a ella. El Código Punitivo, no prohíbe conductas, sino que se concreta a describirlas. El delincuente quebranta la norma que está por encima de la ley, violando así la norma prohibitiva "no mataras", la cual justifica el propio precepto jurídico. El decálogo constituye un libro de normas que contienen prohibiciones como: "no hurtarás", "no levantarás falsos testimonios", etc. Estas normas Ético-prohibitivas son las que transgrede el delincuente al adecuar su conducta a la descrita en el precepto legal. La norma --dice- crea la antijuridicidad y la ley penal, el Delito; por ello sería preferible no hablar de antijuridicidad, sino de lo contrario a la norma.

Atinadamente ha expuesto el maestro I. Villalobos; "El Derecho Penal, para quienes no compartimos la interpretación demasiado cortante que se ha dado a las ideas de Binding, no se limita a imponer penas: Como guardián del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y por ello es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidas o a los ladrones, debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta extremadamente sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella".

Max Ernesto Mayer (1903), quien era, en el fondo partidario de Binding, crea la novedosa teoría de "las normas de cultura". Al estudiar

analíticamente el concepto de antijuridicidad, concluye que el orden Jurídico es, en realidad un orden cultural y que, por lo tanto, la antijuridicidad es la infracción de las normas de cultura reconocidas por el Estado. La armonía de lo social obedece al cumplimiento de ciertas ordenes de prohibiciones que constituyen las normas de cultura, acogidas por el derecho.

Esta teoría, no iba a ser la excepción, también fue criticada al igual que muchas otras.

3.3.3. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo, Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad, el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: La rebeldía contra la norma jurídica (formal) y el daño o perjuicio social causado por esta rebeldía (material). Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.

3.3.4. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

Siguiendo el plan, nos hemos impuesto, de señalar los factores positivos y negativos del Delito, examinaremos ahora la ausencia de antijuridicidad.

Las causas de justificación eliminan la antijuridicidad de la conducta. La eliminación de este esencial elemento del Delito, requiere una expresa declaración. Hemos sostenido la concepción formal de la antijuridicidad; ahora bien, la oposición de la conducta al orden jurídico, no se presenta cuando así lo determine la propia ley. Esto no sucede con los elementos conducta, Imputabilidad y culpabilidad, por no constituir elementos formales, sino como lo afirma I. Villalobos, se trata de puras esencias que se desintegran al influir circunstancias o condiciones especiales.

De lo anterior inducimos que las causas de Justificación, deben estar señaladas expresamente por la ley.

Son causas de justificación:

- Legítima defensa
- Estado de necesidad
- Cumplimiento de un deber
- Ejercicio de un derecho
- Impedimento legítimo

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO TERCERO

- (1) JIMÉNEZ Huerta Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Edit. Porrúa, S.A. México D.F. 1977. Segunda Edición, Pag. 106
- (2) ASUA Y OMEGA, Derecho Penal, Edit. Reus, España 1929
- (3) PORTE PETIT Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, Edit. Jurídica Mexicana, México, D.F., 1969. Vol. I Primera Edic. Pág. 301

CAPITULO IV

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO Y CULPABILIDAD

4.1. IMPUTABILIDAD

4.1.1. CULPABILIDAD EN GENERAL.

El estudio de este importantísimo elemento involucra el examen del relevante aspecto subjetivo del Delito. La conducta típica y antijurídica solo alcanza a configurar sus rasgos delictivos cuando es culpable, esto es, cuando el autor se encuentra ligado psicológicamente con ella o con su resultado.

Podemos decir que en la culpabilidad se constituye un Estado psicológico en el cual se encuentra el sujeto respecto a la realización externa de su comportamiento. Reviste dos genéricas formas tradicionales: DOLO (cuando el sujeto quiere y acepta el resultado de su conducta), y CULPA (cuando sin querer el resultado dañoso, obra con negligencia e imprudencia).

4.1.2. IMPUTABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA CULPABILIDAD.

La Imputabilidad hace referencia a propiedades de tipo psicológico, que en el sujeto deben concurrir al momento de cometerse la infracción para tenerlo como sujeto apto o capaz de responder ante el Estado de su ilícito obrar. Con frecuencia se le identifica con la capacidad del Derecho Civil o Privado; así como un sujeto debe tener capacidad para celebrar actos jurídicos, así en Derecho Penal, el sujeto debe poseer esas cualidades de aptitud psíquica exigidas por la ley para responder de su conducta delictuosa.

La Imputabilidad se presenta en abstracto, no en concreto como la culpabilidad. Un sujeto puede ser imputable y jamás cometer Delito alguno; en cambio, la culpabilidad reclama necesariamente una conducta típica y antijurídica.

Son imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama, se encuentran capacitados para entender, querer y responder así ante el Estado y la sociedad de sus acciones contrarias al ordenamiento jurídico-penal.

Dentro de la mecánica que juegan los elementos del Delito, se ha discutido con singular interés la posición de la Imputabilidad, en nuestro país. Porte Petit, se afirma insistentemente en la postura de situar a la Imputabilidad como presupuesto general del Delito. Mezger la ubica dentro de la contextura esencial de la culpabilidad, considerándola elemento de ella, además del dolo y la culpa. Nos dice así "...el dolo y la culpa son tan solo -elementos de la culpabilidad. - Solo- formas de la culpabilidad,- y que al lado del dolo y respectivamente de la culpa, pertenece a la culpabilidad, la Imputabilidad del autor...".

4.1.3. LA IMPUTABILIDAD.

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la Imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el Derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del Delito.

La definición que dan algunos penalistas sobre la Imputabilidad son las siguientes:

La Imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente.

Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias de la infracción.

Algunos autores, principalmente los alemanes, tocan los temas de Imputabilidad y culpabilidad dentro de una misma denominación: culpabilidad; empero, es importante hacer la distinción de la Imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y no como

elemento de ella.(1)

Existe otro criterio en el que se considera a la culpabilidad como presupuesto de todo delito,

Imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del derecho penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión. (2)

El Diccionario Jurídico Mexicano define la Imputabilidad como "la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión" (3)

Jiménez de Asúa expone que "la Imputabilidad criminal no es cosa distinta de la Imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y se puede definir, con el padre Jerónimo Montes, como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecuta, como a su causa eficiente y libre". (4)

4.1.4. LA RESPONSABILIDAD.

Es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.

Se usa el termino RESPONSABILIDAD para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario al Derecho, si obra culposamente contrario al Derecho, si obra culpablemente; así, los fallos judiciales suelen concluir con esta declaración, teniendo al acusado como penalmente RESPONSABLE del Delito que motiva el proceso y señalan la pena que le corresponda.

4.1.5. "ACTIONES LIBERAE IN CAUSA".

La Imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; pero en ocasiones el sujeto antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en una situación imputable y en esas condiciones produce el Delito.

Si al actuar un sujeto carecía de capacidad necesaria para entender y querer, pero tal Estado se procura dolosa o culposamente, encontrase el fundamento de la Imputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base para declararlo como tal.

4.1.6. LA INIMPUTABILIDAD.

La Inimputabilidad es el aspecto negativo de la Imputabilidad. Las causas de Inimputabilidad son, todas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Las causas de Inimputabilidad, las prevé el Código Penal Federal en su artículo 15 fracción II de la siguiente manera: "Padecer el inculgado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo a esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

4.2. LA CULPABILIDAD

4.2.1 NOCION DE LA CULPABILIDAD

Señalamos en puntos anteriores, que la Imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad legal del sujeto para entender y querer en el campo penal; corresponde ahora delimitar el ámbito respectivo, externar una noción sobre la culpabilidad.

Una conducta será delictuosa no solo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable la conducta -según Cuello Calón-, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor; debe serle jurídicamente reprochada. Jiménez de Asúa, dice al respecto, que en mas amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Porte Petit, define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional, que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición solo

valida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales.

Para Villalobos, "La culpabilidad", genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlos y conservarlos, desprecio que se manifiesta pro franca oposición, nacida por el interés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.

4.2.2. FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad puede ser de dos formas que son: DOLO Y CULPA, según la voluntad del agente; ya sea que la dirija conscientemente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como Delito, o cause igual resultado por medio de la negligencia o imprudencia.

En el dolo, el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla, en la culpa, consciente o con previsión, se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrir el resultado; en la inconsciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible.; existe también descuido por los intereses de los demás. Tanto en la forma dolosa como en la culpa, el comportamiento del sujeto se traduce en un desprecio por el orden jurídico.

4.2.3. EL DOLO Y SUS ELEMENTOS

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

Una definición general la podemos tomar de la siguiente manera: El dolo consiste en el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

ELEMENTOS: El dolo contiene un elemento Ético y otro volitivo interno o emocional. El elemento Ético está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad del actor; en la violación del hecho típico

ESPECIES DE DOLO.

DIRECTO. Es aquel en que el sujeto representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntad de la conducta y quiere el resultado.

INDIRECTO. Se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causara otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

EVENTUAL. Existe cuando el agente presenta como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal presentación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

4.2.4. LA CULPA Y CLASES DE CULPA.

En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin Ésta el Delito no se integra.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley - Definición dada por el maestro Cuello Calón- .Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever (Edmundo Mezger).

ELEMENTOS. Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del Delito, ella constituirá, el primer elemento: es decir, un actuar voluntario, (sea positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado, ya que, por los resultados del acto han de ser evitables y previsibles y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

CLASES. Consciente con previsión e inconsciente sin previsión.

La culpa consciente, existe cuando el agente a previsto el resultado típico como posible; pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá.

La culpa inconsciente, cuando no se prevé un resultado previsible.

1 TRATADO DE DERECHO PENAL t.II Pág. 171 -Penalmente Tipificado- , es pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible

y lo evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia tipificada.

4.2.5. LA PRETERINTENCION.

El Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, crea una tercera forma de culpabilidad en la Fracción III del artículo Octavo, LA PRETERINTENCION y se define en el III párrafo del artículo Noveno: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia", reconociéndose así que la preterintención no es solo dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies, que se inicia en forma dolosa y termina culposamente en su adecuación típica, atribuyéndole autonomía y una especial sanción.

4.2.6 LA INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad : Conocimiento y Voluntad.

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serian el error esencial de hechos (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o mas de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, solo habrá

inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores o de ambos.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO IV

- (1) LOPEZ Betancourt Eduardo, Teoría del Delito. 3a. ed. Edit. Porrúa. México 1996. p.169.
- (2) Ibidem. P. 170
- (3) Diccionario Jurídico Mexicano, V. De. Porrúa, S.A., México, 1985. P.51
- (4) JIMÉNEZ de Asúa, Luis, Principio de Derecho Penal. La ley y el delito. 3ª. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990. p.326

CAPITULO V

LA PUNIBILIDAD

5.1. LA PUNIBILIDAD.

5.1.1. NOCION DE LA PUNIBILIDAD.

Cuello Calón considera que la punibilidad no es mas que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo. (1)

Guillermo Sauer dice que la punibilidad "es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la Idea del Derecho" (2)

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de una sanción.

La punibilidad es:

- merecimiento de pena
- combinación estatal de imposición de sanciones si se llenan los

presupuestos legales

- aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley

5.1.2. REFERENCIA A LA CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Las condiciones objetivas de penalidad, no considero sea un elemento esencial de Delito.

Si las contiene la descripción legal se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán menos requisitos ocasionales y por ende, accesorios fortuitos. Basta la existencia de un solo Delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia. Son pocos los Delitos que tienen una personalidad condicionada.

5.1.3. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen un factor negativo de la punibilidad. Se consideran como: Aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de Justicia o de Equidad, de acuerdo con la prudente Política Criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del Delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; solo se excluye la posibilidad de punición.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO QUINTO

- (1) LOPEZ Betancourt Eduardo. F teoría del Delito. 3ª. ed. Ed. Porrúa, S.A., México, 1996. p.253
- (2) Idem. p. 253

CAPITULO VI

ABORTO

6.1. CONCEPTO Y FIJACION DEL BIEN JURIDICO TUTELADO

La vida humana es un bien jurídico de tanta trascendencia y jerarquía que es tutelado no sólo en su autónoma existencia sino también en su fisiológica gestación que patentiza el fenómeno de la preñez. Los códigos penales alinean junto a los delitos que lesionan dicho bien jurídico en su existencia autónoma; (como son homicidio, parricidio e infanticidio), aquel otro que, como en el aborto, se lesiona la vida humana en su germinación biológica. Y en congruencia con este pensamiento el artículo 222 del Código Penal del Estado de Guanajuato estatuye: "Aborto es la muerte provocada del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Es, pues, el aborto en el ordenamiento de México un delito contra la vida humana. En la reconstrucción dogmática de su derecho vigente son inoperantes las concepciones jurídicas elaboradas en Alemania por Ihering, Merkel, Kohler, Ritter Von Liszt y Radbruch. Y que en Italia dejaron su huella en el Código Penal de 1930, consistentes en estimar que en el delito de aborto se lesiona, no un interés jurídico individual de la persona, sino el interés jurídico que la nación o comunidad tienen en el desarrollo de su estirpe, raza o población. Quien al igual que nosotros, tiene afirmado que también los entes colectivos desprovistos de personalidad jurídica pueden ser portadores de bienes o intereses jurídicos, forzosamente han de reconocer, por el mismo linaje de razones, que también los entes biológicos desprovistos de personalidad jurídica pueden ser portadores

de dichos intereses; negar dicha posibilidad tanto sería como incidir en una incongruencia lógica, permanecer devotos de un irreal formalismo y desconocer lo que ante los ojos ofrece la viva realidad.

La vida en gestación es, pues, el bien jurídico protegido en el tipo de aborto. Así, en el artículo 222 del Código Penal del Estado de Guanajuato al definir el aborto como "la muerte provocada del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez".

Pero, distintas culturas difieren en criterios acerca de la vida antes del nacimiento. Así, a fines de la década de 1960, el colegio Norteamericano de Obstetras y Ginecologos estableció que el embarazo comienza con la implantación y que el comienzo del embarazo no coincide con el inicio de la vida humana; Sobre la duración del embarazo los autores recuerdan que después de la ovulación el espermatozoide penetra en la zona pelucida del ovario es cuando se habla de fertilización. Durante el trayecto hacia el endometrio, el óvulo fertilizado se divide para formar el blastocisto que, al llegar al endometrio, comienza el proceso de implantación. Definidos estos procesos, el embarazo dura 280 días o 40 semanas desde el primer día de la última menstruación, 267 días o 38 semanas desde la ovulación y 250 días o 36 semanas desde la implantación. Así, consideran que la fertilización es un proceso que dura hasta 48 horas, debido a que desde que el espermatozoide atraviesa la zona pelucida del óvulo hasta que ambas células se fusionan pueden transcurrir hasta 2 días. Y respecto al proceso de la implantación (inicio de la vida) es considerado como completo hasta que aparece la línea primitiva, lo cual ocurre 4 semanas después del periodo menstrual, pero no se puede precisar el momento en que finaliza la implantación y se inicia la preñez. (1)

Sería, empero, volver la espalda a la viva realidad desconocer los cambios habidos recientemente en torno al aborto en las legislaciones y en el pensamiento cultural de sociólogos y juristas que inspiran las

leyes, pues desde distintos flancos han surgido consideraciones que motivan el insoslayable cambio de frente acaecido en este delito, cuya tipicidad clásica ha experimentado en relieve las variantes acaecidas en la valoración cultural de los hechos que constituyen su esencia fáctica; transformaciones de calado tan hondo ponen de manifiesto, por una parte, el trasfondo sociológico del Derecho; Por otra, que lo antijurídico finca su base en una evaluación cultural; Y por una tercera, que lo antijurídico varía y se transforma en mayor o menor escala, al unísono de las normas de cultura imperantes en cada momento histórico en la entraña de la comunidad o en regiones determinadas de la misma.

Las transformaciones culturales y jurídicas operadas alrededor del delito de aborto, no son las primeras que experimenta el mismo.

Las concepciones jurídicas elaboradas en Alemania por Ihering, Merkel, Kohler, Riter Von Liszt y Radbruch y que en Italia dejaron su huella en el Código Penal de 1930, consistentes en estimar que en el delito de aborto se lesionaban los intereses jurídicos que la nación o comunidad tiene en el desarrollo de su estirpe, raza o población.

Pasados esos tiempos, una nueva evaluación cultural del hecho que constituye la esencia fáctica del delito de aborto -muerte del producto de la concepción- se perfila con agudísimos y opuestos contornos, con mucha mayor profundidad que tuvo aquella que lo consideraba como un delito contra la nación o comunidad lesivo del derecho de ésta al acrecentamiento de su estirpe, raza o población, y que se caracteriza, precisamente en gran medida, por el signo contrario, esto es, por el interés jurídico que tienen dichos entes colectivos en evitar la expansión demográfica que con tan siniestros presagios amenaza a la comunidad en un devenir más o menos cercano, pero que ya ha dejado al descubierto su trágica faz en algunas regiones de la tierra, como, por ejemplo, en Bangladesh.

Por otra parte, las transformaciones operadas en nuestros días sobre la condición social y jurídica de la mujer, la libertad por ella reclamada a una maternidad consciente y el respeto que reivindica para su genuina intimidad -progresivamente reconocidas por muchos de los ordenamientos jurídicos en vigor-, han cambiado las valoraciones culturales y jurídicas, por doquier, en forma altamente impresionante, hasta el extremo de que diríase que el delito de aborto, en mayor o menor escala, va dejando de ser un hecho que ofende los ideales valorativos de la comunidad y, por ende, antijurídico. Pues aunque lesiona el bien jurídico de la vida del embrión o feto, consideraciones que se juzgan trascendentales en el momento histórico actual -y también con la vista puesta en el futuro- originan que dicha lesión no implique una ofensa para los ideales valorativos de la comunidad.

Estas consideraciones unidas al interés estatal de proteger la salud pública continuamente amenazada por los abortos clandestinos, motivan el impresionante panorama que de Occidente a Oriente ofrece el mundo en que vivimos, como a continuación se expone.

La Suprema Corte de Estados Unidos de América resolvió el 22 de enero de 1973 en una sentencia que sentó jurisprudencia en todo el territorio americano, que las mujeres tiene derecho a abortar durante los tres primeros meses del embarazo. El pronunciamiento fue hecho después de dos años de deliberaciones sobre la ley a la sazón vigente en el Estado de Texas, y fue dictado por siete votos contra dos. Los jueces de la mayoría resolvieron que la mujer tiene derecho a la maternidad voluntaria durante los tres primeros meses y que la decisión debe ser adoptada exclusivamente por ella.

La resolución de la Suprema Corte se basó en el respeto a la vida privada de las mujeres -declaró el Juez Harry Blackmun- al anunciar la decisión.

La Suprema Corte -dijo- rechazó la tesis de los adversarios del aborto que pretenden considerar como persona al feto para hacerlo acreedor a la protección constitucional. No corresponde a la Suprema Corte -agregó el Juez Blackmun- resolver el difícil problema del comienzo de la vida, máxime cuando los médicos, filósofos y teólogos han sido incapaces de ponerse de acuerdo.

En el estado actual de los conocimientos humanos, no es de la competencia judicial especular sobre la respuesta que daba darse al indicado problema, sino tan sólo comprobar que los progresos de la medicina permiten practicar abortos sin peligro durante los tres primeros meses de embarazo.

En su fallo la Suprema Corte resuelve que las autoridades de cada Estado no podrán impedir que una mujer se someta a un aborto dentro de los primeros tres meses de embarazo y señala que los estados pueden fijar legítimamente normas para regular los abortos después de los tres primeros meses, si con ello desean proteger la vida de la madre.

Ya con antelación la ley texana exceptuaba de la punición del aborto, el caso en que la vida de la madre se hallare en peligro, y cuatro estados -New York, Washington, Hawai y Alaska- se habían adelantado a la resolución de la Suprema Corte.

Fue la ley neoyorquina de 1º. de Julio de 1970, la primera que autorizó el aborto dentro del Estado más densamente poblado de la Unión Americana, siempre y cuando fuere solicitado dentro de los primeros seis meses de gestación. A raíz de esta ley, los hospitales municipales prestaron asistencia a 60 mil casos de abortos anuales, además de las 50 mil mujeres que abortaron en clínicas privadas.

La junta de salud de Nueva York tuvo que hacer frente a una demanda multitudinaria de casadas y solteras, mayores o menores de edad, para quienes era una catástrofe la llegada de hijos no deseados, por razones de planeación familiar, deslices ocultos, motivos económicos, imposibilidades físicas y mentales.

El hecho de que fuera el Estado de Nueva York el único en que se podían practicar legalmente tales operaciones, produjo el mismo fenómeno que se observa en algunas ciudades fronterizas en torno a los divorcios al vapor, en las que en una de cada dos casas, hay un especialista en tales menesteres, convirtiendo al Estado en una verdadera fabrica de abortos.

Cifras conservadoras calcularon en medio millón la afluencia de mujeres no neoyorquinas que se trasladaron a dicho Estado con los indicados fines. Los médicos practicaban el legrado con la misma rapidez y habilidad que un dentista extrae una muela sin hemorragias, complicaciones infecciosas o lesiones al útero.

En Inglaterra la ley de 27 de octubre de 1967 autorizó el aborto, siempre que la mujer tuviera menos de 28 semanas de embarazo. Y aunque desde esa fecha las interrupciones voluntarias del embarazo aumentaron progresivamente, los abortos clandestinos, que eran bastante numerosos antes de la citada ley, prácticamente han desaparecido.

En 1974 una comisión de médicos y juristas elaboró el Informe Lame, después de haber consultado estadísticas, interrogando a ginecólogos y oído testimonios, para llegar a la conclusión de que "las ventajas de la legalización habían sido mayores que los inconvenientes".

Las causas de aborto previstas por la ley, son el peligro para la salud materna y la posible anormalidad del hijo. Pero, su signo más genuino está contenido en la frase siguiente: "Para poner fin al embarazo, también son de tenerse en cuenta las circunstancias en que vive o vivirá la madre". Estas circunstancias se refieren a los ingresos de la pareja, número de hijos, y, en general, al clima psicológico y social por el que discurre la vida de la madre.

Los trámites administrativos para la práctica de un aborto se inician con la firma de un médico de la Seguridad Social que autoriza el ingreso de la paciente a un hospital. Una vez en el establecimiento hospitalario, la mujer debe entrevistarse con el médico de consulta y reiterar su petición. Después de este doble control se recomienda la practica del aborto cuando se juzga que es "socialmente motivado". Pero, además de los abortos que se practican previos los trámites administrativos anteriormente expuestos, el aborto puede efectuarse privadamente mediante pago, sin restricción alguna. Toda mujer encinta con menos de 16 semanas de embarazo, puede ser intervenida en una clínica privada sin necesidad de tramites previos. A este expeditivo procedimiento recurren las extranjeras en cuyos países existen leyes prohibitivas.

El artículo 118 del Código Penal Suizo que entró en vigor en 1942 sanciona con la pena de prisión a la mujer que por su propio hecho o por el de un tercero se procure su aborto; y el artículo 119 del mismo ordenamiento, sanciona al tercero que con consentimiento de la persona encinta la haga abortar o le preste asistencia durante el aborto, y con mayor pena, al que la hiciere abortar sin su consentimiento, si el reo hiciere un oficio de la práctica del aborto o si la persona en cinta muriere a consecuencia del hecho y el reo lo hubiere podido prever. Empero, el artículo 120 no pune al aborto cuando el embarazo haya sido interrumpido por un médico, con el consentimiento escrito de la persona encinta y el dictamen conforme de otro médico, para evitar un daño, imposible de eludir de otro modo, que amenace la vida de la madre o ponga seriamente en peligro su

vida, a causa de una enfermedad grave y permanente. El dictamen conforme, a que se refiere el párrafo anterior, debe ser emitido por un médico calificado como especialista, en atención al Estado de la persona encinta, y autorizado por la Comisión competente del lugar donde la persona encinta tenga su domicilio o donde la operación habrá de realizarse.

Debido a que el sistema del Código Penal al ser aplicado, tropezó con muchas dificultades -principalmente a causa de los lugares católicos no se constituyeron las Comisiones encargadas de autorizar el aborto"- , en 1971 Maurice Fabre presentó una iniciativa constitucional tendiente a despojar al aborto de su carácter delictivo. En dicho proyecto se autoriza la interrupción del embarazo dentro de las 12 semanas siguientes a la concepción. Empero, frente a esta iniciativa el Consejo Federal elaboró un nuevo proyecto, en el que se pune el aborto, salvo que el embarazo sea producto de una violación, implique un peligro clínico para la vida de la madre o un riesgo para ella de grave angustia, en razón de su edad, número de hijos o situación social, y se realice previa opinión de un médico en los casos de peligros clínicos, de un especialista en cuestiones sociales, en los de angustia grave; y de una comisión investigadora en los de violación. El anterior proyecto ha sido objeto de diversas críticas, provenientes, unas, de los medios conservadores y católicos, y, otras, de los sectores liberales.

En Italia el 18 de febrero de 1975 la Corte Constitucional declaró la ilegitimidad de los artículos del Código Penal de 1930 relativos al delito de aborto, en cuanto reprimen el delito aun en el caso de peligro para la salud de la madre. El problema reviste en Italia graves caracteres, pues según los cálculos más prudentes se practican anualmente cerca de un millón de intervenciones clandestinas. En virtud de una fuerte corriente en pro de la no punición del aborto, fue presentado en el mes de febrero de 1973 por el diputado Fortuna un proyecto de ley que autoriza el aborto en determinadas circunstancias.

El proyecto suscitó inmediatamente grandes polémicas, durante las cuales el episcopado italiano reafirmó su enérgica condena a la interrupción voluntaria del embarazo; pero, por vez primera, admitía circunstancias atenuativas de las penas establecidas en el Código Penal. Estas circunstancias atenuativas son: el embarazo ocasionado por violación, el peligro para la madre o los riesgos de malformaciones para el producto.

El 1º de enero de 1975 entró en vigor en Suecia la Ley sobre el aborto aprobada por el Parlamento en mayo de 1974. En esta ley se concede libertad total a la mujer para procurar su aborto dentro de los tres primeros meses del embarazo, sin que el médico pueda negarse a practicarlo, salvo el caso de que el aborto suponga un peligro para la vida de la mujer embarazada o amenace su salud. También podrá practicarse el aborto entre la decimasegunda semana y decimoctava semana de embarazo, pero entonces se exige la opinión favorable de un representante de la Seguridad Social, previa las investigaciones que considere oportunas al respecto y la autorización de la Dirección de Sanidad Pública, la que sólo podrá otorgarla en el caso de que la operación sea absolutamente necesaria.

En la República Federal Alemana por ley de 5 de junio de 1974, se reformó el párrafo 218 del Código Penal de 1871 y dejó de punirse el aborto voluntario realizado durante los tres primeros meses de embarazo. La reforma estipula también que la suspensión del embarazo no será punible si se efectúa por Consejo de Expertos después de los tres primeros meses, cuando se encuentre en peligro la vida de la madre o cuando la salud del producto está gravemente amenazada.

En la República democrática Alemana el 9 de marzo de 1972 fue aprobada la ley sobre el aborto. Conforme a sus preceptos, el aborto puede ser practicado libremente durante los tres primeros meses de embarazo. Pasado ese término una Comisión de Médicos deberá

estudiar el caso y decidir la oportunidad o la inoportunidad de tal intervención. Uno de los efectos de estas leyes fue la desaparición casi total de los frecuentísimos abortos clandestinos que tan funestas consecuencias producen muchas veces para la vida de la madre.

Desde el año de 1957 estaba vigente en Checoslovaquia una ley ampliamente permisiva. Pero en julio de 1973 fue promulgada una nueva que lo hace más difícil, debido al acusado descenso de la población que fue observado durante los años en que esta ley estuvo en vigor y al elevado porcentaje de esterilidad registrado entre las mujeres que habiendo abortado previamente deseaban más tarde tener hijos. La ley de 1973 sigue siendo permisiva para las mujeres que ya tienen varios hijos y para las solteras, aunque la autorización sólo se otorga si entre dos operaciones consecutivas ha transcurrido por lo menos un periodo de seis meses. Difícil resulta obtener una autorización para las mujeres casadas sin hijos o con uno solo. En estos casos la autorización para el aborto sólo se otorga por razones de salud o en circunstancias especiales. Tales autorizaciones son concedidas o negadas por las "Comisiones de Interrupción del Embarazo" integradas por médicos, psicólogos, sociólogos y juristas.

En Polonia por ley de 1956 se declaró impune el aborto practicado dentro de los tres primeros meses de embarazo. Las menores de 18 años necesitan la autorización paterna. La facilidad con que se practica el aborto, atraía a muchas mujeres de los países vecinos, especialmente de Suecia con anterioridad a 1975. Antes de entrar en vigor la Ley de 1956, había en Polonia cerca de medio millón de abortos clandestinos al año.

En la Unión Soviética el aborto está autorizado desde el Decreto de 20 de septiembre de 1920 que redujo sensiblemente los Índices de mortalidad de las mujeres a causa de los abortos clandestinos. El Decreto de 1920 exigía que el aborto fuere realizado en un hospital que garantice la inmunidad de la operación y prohibía su ejecución a

quien no fuere médico. La ley federal de 27 de junio de 1936 prohibía el aborto, pero las mujeres en fabricas y talleres se pronunciaron en favor de él, y volvieron a multiplicarse los abortos clandestinos efectuados en condiciones peligrosas.

En la actualidad el artículo 116 del Código Penal de la República Socialista Federal Soviética Rusa de 1960 sanciona únicamente la ilegal producción de un aborto realizado por un médico, y su realización por parte de persona desprovista de instrucción médica superior, agravándose la pena, en uno y otro caso, cuando la acción abortiva se realiza reiteradamente, ocasiona la muerte de la víctima u otra grave consecuencia. El Tribunal Supremo de la República Socialista Federal Soviética Rusa interpreta que quedan comprendidos en la frase "ilegal producción del aborto por un médico" contenida en el artículo 116 del Código, el que es realizado en condiciones que comúnmente crean un peligro para la salud de la mujer o después de los seis meses de gestación.

Para abrir el elevado número de abortos clandestinos que se practicaban en la India y que ascendía a la cantidad de cuatro millones anuales, con un Índice impresionante de mortalidad, el 1º. de abril de 1972 se puso en vigor la Ley de Interrupción Médica del Embarazo, la que dispone que sólo en los hospitales públicos podrá practicarse el aborto, y que la interrupción se llevará a cabo gratuitamente por un médico de su personal sanitario. Empero, los abortos clandestinos continúan practicándose en mayor escala que los autorizados por la ley de 1972, debido a que Ésta exige condiciones que se considera no fáciles de probar, como lo son: que la gravidez implique un riesgo para la salud de la madre, a causa de su situación económica y su clase social; y que utilizó un método anticonceptivo que resultó ineficaz.

La natalidad en China está sometida a una planificación oficial que admite el aborto. El principio que rige dicha planificación está recogido en la máxima: "Tardío, espaciado y poco". Se trata de que los

chinos contraigan matrimonio lo más tarde posible -entre los 25 y 30 años de edad-; que tengan hijos con grandes intervalos entre uno y otro -de 3 a 6 años de nacimiento a nacimiento- ; y que tengan pocos -uno o dos hijos cada familia- . Estas normas son orientadoras pero no obligatorias. Sin embargo, no son bien vistos aquellos que las transgreden. El aborto está libremente admitido y se realiza gratuitamente en los hospitales y clínicas oficiales. La mujer casada puede procurar su aborto sin consentimiento ni conocimiento del marido. No hay obstáculo administrativo alguno si la mujer que intenta abortar ha tenido hijos anteriormente, pero si hay dificultades si se trata de primer embarazo. En este caso las autoridades sanitarias intentan convencer a la madre de que debe tener el hijo; pero, si ella insiste, se le presta la asistencia solicitada.

En pocos países, como en Japón, es tan angustiosa la explosión demográfica que propicia el aborto y explica que en su pequeño territorio se practiquen dos millones y medio de abortos al año. El artículo 227 del Código Penal sanciona con prisión de un año, como máximo, a todo aquel que haya realizado maniobras abortivas sobre mujer embarazada. Pero, la realidad es que dicho artículo no se aplica, pues, por una parte, una ley posterior permite el aborto en un número de casos bastante amplio, incluso por motivos económicos; y, por otra, en los casos no autorizados por dicha ley el aborto no se persigue.

Ninguna huella ha dejado en la legislación penal de México las transformaciones anteriormente registradas. El aborto se sanciona en todos los casos, con las dos excepciones establecidas en el código penal. Pero, la realidad es que en la República se practican abortos clandestinos en elevadísimo número y que pocos son los denunciados. No hay que ser un arúspice para vaticinar que en un futuro no lejano, los artículos del Código Punitivo relativos al aborto procurado o consentido serán objeto de modificaciones inspiradas en las valoraciones de nuestra Época, las que no siempre ven en el aborto un comportamiento lesivo de los ideales de la comunidad. Pues el aborto es considerado ecuménicamente, dicho sea sin emplear tímidos

eufemismos que no engañan a nadie, la última frontera de una política de planeación natal, inspirada, en el destacado relieve que viene mereciendo la salud pública y en el respeto irrestricto del derecho de la mujer a una maternidad consciente emanada de su genuina intimidad.

Aunque no existen en documentos legislativos referencias expresas y claras a las mencionada ultima frontera, que permita afirmar que está el mañana escrito, abierta está la vía, aunque con anfibológico lenguaje, a futuras valoraciones del fenómeno social del aborto y a las subsecuentes reformas de sus tipificaciones penalísticas. Pues en el artículo 1º. de la ley General de Población de 11 de diciembre de 1973, se establece que "Las disposiciones de esta ley son de orden público y de observancia general en la República" y que "su objeto es regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social"; se estatuye en el artículo 2º. que "el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaria de Gobernación, dictará, promoverá y coordinará en su caso, las medidas adecuadas para resolver los problemas demográficos nacionales"; y se especifica en el 3º. que Para los fines de esta ley, la Secretaria de Gobernación dictará y ejecutará o en su caso promoverá medidas necesarias para:...II. Realizar programas de planeación familiar a través de los servicios educativos y de salud pública de que disponga el sector público y vigilar que dichos programas y los que realicen organismos privados, se lleven a cabo con absoluto respeto de los derechos fundamentales del hombre y preserven la dignidad de las familias, con objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y naturales del país. En los anteriores principios programáticos implícitamente palpita el sincrético y correcto pensamiento expuesto por Graven: "La dificultad, pero también el interés de situar, definir y resolver el problema jurídico del aborto, estriba en que no es un problema estrictamente jurídico". Ciertamente, corresponde al Estado y debe ser reglamentado por él, a causa de sus importantes consecuencias jurídicas. Pero no debemos ver únicamente

esta causa motivadora, sino, al propio tiempo, dos, a los cuales está ligado frecuentemente, coexistiendo, además, con condiciones económicas y sociales, que pueden actuar poderosamente y hacer desaparecer el fruto de la concepción.

6.2. BASE DEL DELITO: "STATUS PRAEKNATIONIS".

La base natural, lógica y jurídica del delito de aborto es el Status praeknationis. La preñez principia con el fenómeno biológico de la concepción y termina cuando el fisiológico del nacimiento se inicia.

Carrara expresaba que "es necesario que la mujer esté grávida y que esta gravidez sea probada por la acusación. Sin la certeza de que el feto vive en el claustro materno ni aun siquiera es configurable la tentativa de aborto, pues no hay posibilidad típica de que su ejecución se inicie".

Empero, en la práctica, no siempre es fácil determinar, debido a la incertidumbre de la sintomatología de la gravidez en su primera Época, si los signos ginecológicos que la mujer presenta son oriundos de un proceso fisiológico de preñez o de un trastorno o proceso patológico. Cuando la duda exista y no aparezca apodicticamente probado que las maniobras ejecutadas sobre la mujer produjeron la muerte del producto -embrión o feto- de la concepción, el tipo de aborto está desintegrado en su realística.

6.3. ELEMENTOS INTEGRANTES

6.3.1. CAUSACION DEL RESULTADO TIPICO

Se caracteriza el delito de aborto, por ser causativo de un resultado: "muerte del producto de la concepción". Este resultado es homogéneo -con las variantes naturales que impone la ratio del tipo- el requerido para la integración de los demás delitos contra la vida. La causación de dicho resultado puede producirse en cualquier momento del *iter gestationis*, desde la fecundación hasta el parto.

No se perfecciona el delito de aborto si no se produce la causación del resultado típico. Las maniobras efectuadas sobre la mujer después de la vigésima octava semana de embarazo con el propósito de anticipar el alumbramiento -parto acelerado- no son subsumibles, si la criatura vive después de la expulsión, en el tipo de aborto, pues no se ha ocasionado el resultado típico.

Cita Carrara los siguientes ejemplos de parto acelerado:

- a) una viuda estimulada por avaros deseos solicita el apresuramiento del parto por medios violentos para adquirir la sucesión del marido difunto, la que habría perdido si el parto, ocurrido fuera de los diez meses, hubiera revelado la viciosa fecundación;
- b) Una mujer ilícitamente fecundada anticipa unos días el parto, porque sabe que es inminente el retorno del marido o del padre y tiene interés en ocultarles el fruto de su falta;
- c) Un médico anticipa el parto para salvar a la madre de un peligro inminente para su vida. (2)

Las maniobras ejecutadas para acelerar el parto tampoco son punibles con base en el dispositivo amplificador del tipo descrito en el artículo 17 del Código Penal en el Estado, pues falta el elemento finalístico de la conducta: el agente no se propone destruir el producto de la preñez sino salvar el feto anticipando el parto. La falta de este elemento finalístico hace, por ende imposible valorar penalísticamente el hecho como tentativa del delito de aborto. Empero, si las violencias efectuadas sobre la embarazada fueren realizadas por el agente con propósito de matar el feto, cuando su propósito no se logre y se salve la vida de la criatura expulsada por la violencia, se configurará la tentativa del delito en examen. Por lo demás es indiferente que la causación del resultado típico -muerte del embrión o feto- acaezca dentro o fuera del vientre de la madre.

No es necesario para la integración típica del delito de aborto que se acredite que el feto era viable; basta la prueba de que tenía vida y que se extinguió ésta en el claustro materno por efecto de las maniobras abortivas o fuera de él a consecuencia de dichas maniobras o de la inmadurez del feto expulsado artificialmente.

La gravidez extrauterina o embarazo ectópico es, sin duda alguna, una consecuencia de la concepción. Empero, como en ella el feto está implantado patológicamente y su crecimiento y desarrollo representa un peligro cierto para la vida de la madre, el fenómeno adquiere especial relevancia desde el punto de vista del aborto necesario.

6.3.2 CONDUCTAS TIPICAS IDONEAS

La muerte del producto -embrión o feto- de la concepción, puede ser causada por el sujeto activo mediante cualquier conducta

típicamente idónea para alcanzar dicho resultado, bien utilice medios *físicos* (introducción en el útero de sondas o cánulas, masajes o golpes abdominales, corrientes eléctricas, raspadura del útero, succión, etc.) o *químicos* (permanganato, apiolina, ergotina, cornezuelo de centeno oxitocina, prostaglandina u otras sustancias que tengan propiedades abortivas). No lo son, empero, los llamados medios morales (sustos o disgustos), pues aunque afirman la opinión dominante que no deben excluirse ya que la ley no distingue y su ejemplo puede ocasionar el aborto, a nuestro juicio no son típicamente adecuados para la realización del delito en examen, cuenta habida de que una recta interpretación de los artículos 222, 223, 224 y 225, 226, 227 del Código Penal para el Estado de Guanajuato pone en relieve, sub-intelligenda, que la causación recogida en los mismos presupone el empleo de medios materiales de inequívoca potencialidad lesiva.

La muerte del feto es el acontecimiento que consuma o perfecciona el delito. Igual que acontece en todos los delitos materiales o de resultado es configurable la tentativa, pues el dispositivo amplificador del tipo descrito en el artículo 17 del Código Penal capta toda conducta típicamente idónea ejecutada con el fin de matar el producto de la concepción, si el resultado no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Cuando la conducta realizada con el fin de producir la muerte del feto fuere típicamente inidónea para alcanzar dicho resultado o cuando el feto hubiere muerto en el seno materno con anterioridad a los actos realizados con ese fin, la tentativa no puede estructurarse jurídicamente por existir un divorcio convicto entre la conducta del agente y el tipo penal.

Sin embargo, si los actos realizados sobre la mujer hubieren ocasionado alguna alteración en su salud o algún daño en su integridad corporal, deberán subsumirse en el delito de lesiones.

6.4 CLASES DE ABORTO

6.4.1 PROCURADO

En el aborto *procurado* la mujer es el sujeto activo primario. Ella efectúa sobre sí misma las maniobras dirigidas a producir la muerte del feto o ingiere las sustancias adecuadas para alcanzar dicho fin. El párrafo primero en relación con el último del artículo 223 estatuye que "...a la mujer que *procure* su aborto".

Es necesario que la madre realice íntegramente los actos ejecutivos, pues si una parte de dichos actos fuere realizada por un tercero estimaríamos en la hipótesis fáctica del aborto consentido.

6.4.2 CONSENTIDO

En el aborto *consentido* la mujer es partícipe. Su genuina forma de comisión es aquella en que la madre faculta a otro para que practique sobre ella maniobras abortivas. No es exacto aquí hablar - dice Maggiore- de una simple "tolerancia" de la mujer y asimilar su actitud a una complicidad negativa o connivencia, pues la mujer no permanece inerte sino que coopera consintiendo en las prácticas abortivas, esto es, prestándose a ellas con sus movimientos corporales o, cuando menos, poniéndose en posición obstétrica.

El concepto no se desnaturaliza cuando la madre efectúa materialmente, alguno de los actos ejecutivos.

El consentimiento de la madre ha de ser otorgado voluntariamente. El arrancado con violencia física o moral y el obtenido mediante engaño -se hace creer a la madre que el progreso de su embarazo será para ella mortal-, no tienen validez, como tampoco el prestado por la madre que por cualquier causa se hallase en la imposibilidad de entender y querer. En todos estos casos, la invalidez del consentimiento hace al tercero reo del delito de aborto descrito en el artículo 225, o sea, de la hipótesis en que la mujer, lejos de ser participe, es también víctima.

El consentimiento debe ser prestado específicamente para que el tercero destruya el producto de la concepción. No existe, por tanto, aborto consentido si la mujer se presta a que se le acelere el parto y el tercero da muerte al feto o embrión. Es intrascendente que la mujer hubiere condicionado su consentimiento al empleo de determinados medios abortivos y el agente ejecutor hubiere empleado otros diversos, pues la modalidad a que la mujer sujeta su consentimiento carece de jurídico signo.

No son configurables en el aborto consentido medios imprudenciales de comisión. La conformidad de la mujer es "ratio" de esta hipótesis típica, el consentimiento y culpa son términos antagónicos. Ninguna especialidad ofrece la hipótesis típica en examen en orden a la tentativa, aunque no es inoportuno subrayar aquí que el consentimiento prestado por la madre es por si solo insuficiente para tener por iniciada la ejecución, lo que no acontece en tanto que el tercero no realice actos materiales tendientes a ocasionar el resultado típico descrito en el artículo 222.

6.4.3. SUFRIDO

En el aborto *sufrido* la mujer es también víctima, ya que la conducta del sujeto activo al propio tiempo que daña la vida del feto o embrión, lesiona también otros bienes jurídicos pertenecientes a la madre, como sus derechos a la maternidad y a la libertad, pues se le priva del primero sin tomar en cuenta sus deseos o en contra de su exteriorizada voluntad.

Carrara afirmó que "cuando la mujer no consiente al aborto, los sujetos pasivos del delito son dos, esto es, la mujer a la que se causa el aborto y el feto que se mata".

Balestrini subrayaba la dualidad de lesiones jurídicas ocasionadas en este aborto y estimaba que dicha dualidad debía resolverse mediante la teoría de la prevalencia.

En nuestros días Antolisei señala que "Ésta es la forma más grave de aborto, porque, además del bien jurídico constantemente protegido por la norma que castiga la interrupción del embarazo, en ella viene ofendido un bien jurídico de la mujer: su derecho a la maternidad".

Dicha dualidad de lesiones jurídicas, la resuelve la ley encuadrando la conducta que la produce dentro del título que protege la vida, pues éste es el bien jurídico prevalente, pero agrava la pena con base en la lesión que a la vez se infiere a los bienes jurídicos de la madre.

Existen dos formas perfectas de comisión:

Una, cuando se hace abortar a la mujer sin consultar su voluntad o sin tomar en cuenta su voluntad contraria o, dicho con las palabras

de la ley, "cuando falte su consentimiento", en cuyo supuesto típico entra la hipótesis del consentimiento invalido;

Otra, cuando para vencer su resistencia se hace uso de la violencia física o moral, como acaece cuando el sujeto despliega su fuerza corpórea sobre la mujer y la constriñe mediante amenazas a ingerir una sustancia abortiva. En este caso la pena es mucho más grave, pues se magnifica la lesión al bien jurídico de la libertad de la mujer.

6.5. PENALIDAD ADICIONAL.

Una penalidad adicional establece el artículo 227 del Código Penal para quien abusando de su profesión hiciere abortar a una mujer, con o sin su consentimiento. Dispone dicho artículo que "si el aborto lo causare un médico, partero o enfermero, además de las penas que le correspondan conforme al artículo anterior, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión".

Esta sanción plus tiene su ratio en la facilidad que tienen dichos facultativos para efectuar el delito de aborto, debido a sus conocimientos técnicos y a la especial alarma social que se crea por el hecho de que estos conocimientos profesionales sean por ellos utilizados, con violación de sus más elementales deberes, con dicho fin. Y en concordancia con esta ratio, esta sanción plus es la adecuada a la específica peligrosidad de dichos facultativos.

No es, empero, el precepto en examen un modelo de formulación legislativa, pues su redacción limita sensiblemente la ratio que fundamenta y preside la agravación que encierra.

En efecto: el artículo 227 no agrava toda la conducta accesoria - concebir, preparar, inducir, auxiliar o cooperar- que el médico, partero o enfermero, abusando de su oficio, ponga en juego en torno a un delito de aborto, sino sólo aquella que implica la causación del resultado típico descrito en el artículo 222.

Esta insatisfactoria conclusión forzosamente surge de la frase -"si el aborto lo causare un médico, etc."- que emplea el artículo 227, habida cuenta de que sólo causa el aborto el sujeto que realiza la acción principal. Y se confirma, por la circunstancia de que la agravación no se extiende al facultativo que coopera al aborto que la mujer se procura.

Dicha agravante se conecta únicamente a los abortos a que hace referencia los artículos 224 y 225, esto es, el *consentido* y el *sufrido*.

El plus en que la agravación consiste se impone al facultativo "además de las sanciones que le correspondan conforme al referido artículo" (art. 227); y en éste no está comprendida la hipótesis típica de la madre que procura su aborto.

El máximo de cinco años de esta pena plus no se compadece con el de dos años que para los mismos profesionistas que tomaren parte en el delito de infanticidio, sobre todo si se tiene en cuenta la mayor densidad antijurídica que en relación con el delito de aborto reviste el de infanticidio, bien reflejada en el elenco de penas que el Código fija para ambos delitos.

Finalmente, procede también a subrayar, que de la pena plus están exceptuados los químicos y farmacéuticos que preparen o

suministren las sustancias adecuadas para la causación del aborto.

Mejor hubiere sido que el artículo 227 del Código Penal en vez de mencionar casuísticamente "el médico, partero, enfermero", aludiera genéricamente al "facultativo".

6.6. ABORTOS IMPUNES.

El código penal declara impune el delito en examen "cuando es causado por culpa de la mujer embarazada" y "cuando el embarazo sea resultado de una violación".

6.6.1. ABORTO NECESARIO.

El ordenamiento jurídico resuelve el conflicto surgido entre dos vidas humanas con el sacrificio de la del hijo en aras de la de la madre, pues en tanto que la del primero es una vida embrionaria o en gestación la de la madre se halla en plenitud fecundada.

Existen, pues, fundamentos fácticos de la valoración penalística recogida en el artículo. Empero, es voluntad de la ley reflejada en el precepto anteriormente citado, que el tercero que interviene para resolver el conflicto entre las dos vidas tenga los conocimientos precisos para captar el peligro de muerte que el embarazo implica para la madre, así como también la técnica terapéutica necesaria para provocar el aborto.

Un problema inquietante surge cuando el que interviene en el conflicto no es un médico pero sí otro facultativo -comadrón o partera- que posee los conocimientos terapéuticos y la técnica precisa para provocar el aborto.

El aborto terapéutico ha adquirido en los últimos tiempos un alcance que desborda el ámbito que tradicionalmente tuvo, circunscrito a salvar la vida en peligro de la madre, hasta el extremo de admitirse también como factores determinantes de su impunidad consideraciones sociales y eugenésicas.

En Inglaterra la Ley de Aborto de 1967 declara impune el aborto practicado por un médico, previo dictamen de otros dos, cuando la continuación del proceso de la preñez represente un peligro para la vida de cualquier niño existente en la familia dado el ambiente actual o futuro de la mujer embarazada o existan circunstancias que hicieren temer que el niño que naciera estaría seriamente afectado por anomalías físicas o mentales.

6.6.2. ABORTO REALIZADO EN EJERCICIO DE UN DERECHO

Tampoco el ordenamiento jurídico en la Época actual puede ser sordo, ciego e insensible ante la dramática situación psicológica en que se halla la madre que ha sido fecundada en una violación y que por repulsa a su violador, el acto antijurídico por él perpetrado y a las consecuencias que éste ha dejado en sus entrañas, procura su aborto o consiente en que otro se lo produzca.

Estos lacerantes sucesos acontecieron con gran frecuencia durante la Primera Guerra Mundial en ocasión de que los soldados teutones, a impulso de su innata barbarie, forzaron a mujeres nacionales de las tierras invadidas.

Los tribunales de Francia decretaron siempre la absolución de las encausadas, aunque sin establecer en sus sentencias el fundamento jurídico correcto de estas absoluciones.

Motivos de índole sentimental -compasión por la mujer inmersa en tan dramática circunstancia- y pasional -odio para la nación y la raza del violador- fueron determinantes de dichas sentencias.

Empero, a partir del año 1930 algunos Códigos Penales como lo son el Código Penal de Uruguay de 1933, Código de Defensa Social de Cuba de 1936, Código Penal de Brasil de 1940, Ley Finlandesa de 17 de febrero de 1950 y Código Penal de Yugoslavia de 1951, siguiendo el anteproyecto de Código Penal suizo de 1916, puesto que el Código Penal Suizo vigente aún no establece la impunidad de estos abortos incluyen en su articulado sendos preceptos que permiten el aborto cuando el embarazo sea el resultado de una violación.

No es fácil fijar la verdadera naturaleza jurídica de la exención de pena establecida en el artículo 228. A primera vista dijérase que nos hallamos ante una concreción legal de la causa de inculpabilidad conocida con el nombre de "no exigibilidad de otra conducta", habida cuenta de que a la mujer que ha sido fecundada en un dramático suceso criminal no se le puede exigir que respete la vida embrionaria del concebido, como la ley exige en todos los demás casos en que no concurre tan odiosa circunstancia.

Sería exigir más de lo que humanamente el orden jurídico puede y debe hacer, imponerla, con la amenaza de una pena, que durante los largos meses de la concepción amadrigue en sus entrañas una vida oriunda del aborrecido ser que perpetró en ella tan gravísima ofensa.

Esta fundamentación jurídica sería, en verdad, valedera si la exención de pena establecida en el artículo 228, se proyectase únicamente sobre la madre y sus parientes ligados a ella por vínculos psico-sociológicos de identidad personal.

La impunidad establecida en el artículo 228 del Código Penal del Estado de Guanajuato, se proyecta sobre cualquier persona que ejecute o coopere en el aborto, obvio es que dicha exención tiene un alcance que desborda y supera el de la mera referencia personal entre el acto y el autor que ontológicamente corresponde a la "no exigibilidad".

Ejemplo de lo anterior sería el médico que da muerte al producto de la concepción a pedimento de la mujer violada es ajeno a las circunstancias personales e individualizadoras que en ella concurren; y a pesar de que tampoco está ligado a ésta por vínculos de identidad personal, su conducta, según el artículo 228, también queda impune. Esto evidencia que esta exención de pena no enraíza en una causa de inculpabilidad.

La naturaleza jurídica de la exención penal establecida en el artículo 228 -descarta su raíz subjetiva y personal- ha de ser hallada en el ámbito de la valoración normativa.

Es incontrovertible, dado el alcance objetivo y general del precepto, que el orden jurídico otorga a la mujer el derecho de no tener que soportar una maternidad que le ha sido impuesta mediante

un antijurídico ataque a su libertad sexual, pues, como bien afirma Manzini, cada uno está autorizado por el orden jurídico general a remover apenas pueda, con cualquier medio proporcionado, la inmediata e inmanente consecuencia de un delito.

El aborto perpetrado sobre la mujer embarazada a consecuencia de una violación, cuando se efectúa dentro de los cauces naturales que se derivan de la recta interpretación del orden jurídico, implica el ejercicio de un derecho.

José Agustín Martínez estima que es legítimo éste aborto porque nace del ejercicio de un derecho básico: el de resistencia del ciudadano frente a la violencia de un tercero.

Porte Petit, en México afirma que "si una mujer tiene la facultad de resistir una violación, le asiste también el derecho de hacer desaparecer los efectos de ella, mientras estos persistan en su daño, efectos que producen un estado antijurídico en su persona, y al hacerlos cesar, lejos de atentar contra el Derecho, contribuye a restablecerlo".(3)

El código Penal no fija de una manera expresa aquellas circunstancias que impiden que el aborto producido sobre la mujer violada sea un comportamiento ilícito. Cumple, pues, al intérprete reconstruir el sistema imperante, el cual del subsuelo aflora a la superficie tan pronto como se capta la naturaleza de la justificante que establece en el artículo 228. Y en esta labor exhumadora y evocadora de las esencias, ideas y vivencias jurídicas que como corrientes subterráneas discurren por las tierras profundas del Código Penal, el consentimiento de la mujer embarazada es fontana que alumbró la licitud en examen, pues si se proclama el derecho a una maternidad libre y la facultad de remover las consecuencias inmediatas e

inmanentes dejadas por la violación sufrida, es intuitivo que el ejercicio de este derecho en forma primigenia compete a la mujer.

En contra o sin su voluntad libremente expresada no es lícito el aborto. Se desprende de esta premisa que la justificante en examen no puede entrar en juego en el aborto sufrido.

La mujer embarazada a consecuencia de una violación que voluntariamente procura su aborto y la mujer que en tales circunstancias consiente en que otro la haga abortar, están amparadas por la exención que contempla el artículo 228.

Los partícipes, en el primer caso, y el ejecutor, en el segundo, están así mismos exentos de pena, pues sus respectivas conductas discurren también por el cauce legítimo que brota de la libre voluntad de la mujer.

Solamente en el caso en que la mujer violada fuere alienada o idiota correspondería prestar el consentimiento a su representante legal. Empero, en esta hipótesis, más que el derecho a una maternidad libre y consciente, entrarían en función consideraciones eugenésicas.

No es necesario que la violación sufrida por la mujer conste acreditada en una sentencia previa. Estas violencias pueden quedar probadas en las diligencias de Policía Judicial o en el proceso iniciado para el esclarecimiento del aborto, del mismo modo que cualquiera de los demás hechos que fundamentan el ejercicio de un derecho.

Empero, el hecho de la violación debe constar acreditado apolíticamente, máxime cuando el precepto en examen puede ser fácilmente desviado de la "ratio" jurídica que motivo su creación.

6.7. MOTIVACION Y SANCION

Dentro de los márgenes establecidos en los artículos 223, 224, 225, 226, 227, los tribunales deberán en cada caso fijar la sanción, teniendo en cuenta, de modo especial, las causas que determinaron a la realización del aborto.

La más elemental equidad ha de dejar su impronta en la sanción, pues no puede ser igualmente castigada la mujer casada que comete el delito por repugnancia a la prole, por desprecio hacia el odiado marido, por sustraerse a las molestias del embarazo o para evitar que su vientre se afee con arrugas precoces, que la soltera que lo perpetra por miedo a las censuras familiares y sociales o abatida por su dura vida de trabajo o por sus dificultades económicas.

6.8. CRISIS DEL PENSAMIENTO CLASICO

6.8.1. DESPENALIZACION DEL ABORTO

En México el aborto es la cuarta causa de muerte entre las mexicanas de edad reproductiva y el número de abortos practicados cada año van de los 200 mil a los 850 mil; Aunque estimaciones de estudios internacionales y de Organizaciones No Gubernamentales (ONG) indican que éstos oscilan entre 500 mil a 1 millón 500 mil.(4)

El grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE)

considera que con lo ocurrido en Guanajuato (penalizar el aborto en cualquiera de sus formas) se abre una nueva oportunidad para convocar a un debate nacional sobre la despenalización del aborto. Las encuestas sobre el tema reflejaron que la sociedad no es conservadora y exige el respeto a su derecho de decidir sobre cuestiones penales. (5)

Claudia Barrón Martínez, Coordinadora de la Red Nacional de Abogadas Feministas se manifestó por una despenalización total del aborto, en donde se permita la interrupción del embarazo por faltas de métodos anticonceptivos o por causa económicas.

Alda Facio, Jurista y escritora en América Latina mencionó que las feministas luchan por la despenalización total.

Michelangelo Bovero, Especialista de la Universidad de Turín, expuso durante una conferencia magistral en la UNAM que la penalización del aborto no disminuye esta práctica que tiene grandes consecuencias sociales. Así, la penalización del aborto no disminuye esta práctica que tiene grandes consecuencias sociales, por ello es mejor reglamentar sin penalizar y proponer que las instituciones públicas se ocupen de este problema sin estar vinculadas paradójica e ideológicamente a posturas metafísicas. (6)

La fundadora y directora del Centro de Liderazgo Global de las mujeres, Charlotte Bonch y asesora de derechos humanos en el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la mujer (Unifem) y Roxana Carrillo, aseguran que la legalización del aborto significa concretar una de las aspiraciones de las mujeres en el mundo: controlar sus decisiones en todos los ámbitos de su existencia y elegir todo lo que tenga que ver con ellas y su identidad. "Se trata de que las mujeres tengan el control de su vida, incluyendo el aborto, y no sólo en caso de

violencia sexual o cuando existe riesgo de muerte para ella o para el producto". (7)

6.8.2. PANORAMA DEL MUNDO

De acuerdo con información de algunas publicaciones de la ONU, en la actualidad, casi dos terceras partes de la población mundial viven en países cuyas legislaciones admiten el aborto por diversas razones, y solo un pequeño grupo de Naciones atrasadas lo prohíben sin admitir causa alguna de excepción.

De estos países los que tienen una legislación más liberal son 40 Naciones cuya población representa el 37 por ciento de los habitantes del planeta y cuyas legislaciones permiten el aborto ya sea por solicitud de la mujer, por justificación de salud, abortos eugenésicos o por motivos socioeconómicos. Esta legislación incluye a Rusia y otras Repúblicas antes Soviéticas, China, Vietnam, y Cuba, E.U., Canadá, Noruega, Dinamarca, Austria, Suecia, Grecia, Holanda, Turquía y Túnez.

En Estados Unidos y Canadá los grupos Pro-vida han llegado a atentados criminales para presionar a favor de la vida.

En otro grupo están países que si bien permiten el aborto, también está reglamentado. Se protege la vida y la salud de las mujeres embarazadas.

El incesto, la violación, las razones eugenésicas y los factores socioeconómicos son motivos validos para justificar el aborto en 31 países, cuya población equivale a 27.6 por ciento: Gran Bretaña, Alemania, Italia, Bélgica, Portugal, España, Japón, Sudáfrica, Israel, Austria, Nueva Zelanda, India, Zambia, Namibia, Bostwana, Gana, Barbados y Belice.

Algunos de los países con legislaciones más restrictivas permiten el aborto cuando el embarazo pone en peligro la vida de la mujer, motivos eugenésicos, violación e incesto: Brasil, Argentina, Países del Caribe, Argelia, Arabia Saudita, Pakistán, Tailandia y México.

Para salvar la vida de la madre, en cuarenta y cinco países, cuya población es 15 por ciento de la mundial, las legislaciones permiten el aborto solo cuando está en peligro la vida de la mujer. En este grupo están Bangladesh, Indonesia, Nigeria, Irán, Egipto, Kenia, Tanzania, Venezuela y Afganistán.

La prohibición sin excepciones: 15 estados habitados por 2.8 por ciento de la población mundial prohíben el aborto totalmente, sin excepciones de ninguna clase. Filipinas, Colombia, Nepal, Chile, República Dominicana, Honduras, República Centro Africana, Bután, Islas Mauricio, Yibuti, Malta, Micronesia, Andorra, San Marino y El Vaticano son algunos de ellos.

Con la iniciativa de reformas del Congreso del Estado de Guanajuato para penalizar el aborto, cuando es producto de una violación se ha causado varias opiniones a nivel mundial, entre ellas:

Luis Felipe Bravo Mena quien fungía como presidente de Acción Nacional, plantea la necesidad de una mayor reflexión en el poder legislativo local y de una consulta pública para decidir sobre el tema

del aborto.

Un resultado de la consulta realizada por el Centro de Estudios de Opinión (CEO) de la Universidad de Guadalajara revela que el 53 por ciento desaprobó que se sancione a la mujer que se practique un aborto después de una violación, 44 por ciento se manifestó a favor y el 2.1 por ciento prefirió no responder.

Consuelo Mejía, Presidenta de Católicas por el derecho a decidir, dijo que no se puede legislar sobre temas tan sensibles sin tomar en cuenta la opinión y los derechos de las personas, en particular de la mujer.

Ramón Codines Flores, Obispo de Aguascalientes señaló que la vida no depende de las leyes, sino de la moral y de las costumbres, "pero sobre todo de la ley de Dios inspirada en los 10 mandamientos"

El Papa Juan Pablo II define el aborto como un crimen incalificable en contra de la vida y su práctica conduce a despreciar, negar y eliminar la vida de los adultos y a atacar la vida de la sociedad.

Fernando Marcin, Coordinador de Relaciones Eclesiásticas advierte: que el niño no tiene ninguna culpa de lo que paso, aunque sea una violación. Apelamos a la conciencia y damos ayuda espiritual; si las madres no quieren a los niños, que los entreguen a organizaciones para darlos en adopción.

Gloria Ramírez, coordinadora general de la cátedra UNESCO en

Derechos Humanos en su participación en el primer encuentro nacional de mujeres abogadas aclaró que no se trata de desacreditar a organizaciones no gubernamentales, dado que han sido de bastante importancia en la defensa de las Garantías Individuales y en lugar de censurarlos debe extenderseles una invitación para buscar consensos en la defensa de los derechos de las mujeres y pugnar por un ejercicio pleno de los mismos.

Reiner Rosenbaum, representante del fondo de población de la organización de naciones unidas para América Latina y el Caribe, declara que permitir que se penalice el aborto en casos donde la mujer sea violada representa una clara violación a los derechos humanos. El funcionario de la ONU aseveró que en ningún lugar civilizado se debe obligar a una mujer a tener un bebé cuando ella no quiera, y mucho menos en caso de que haya sido víctima de una violación.

Martín Huerta, ex-gobernador del Estado de Guanajuato, refiere que remitió al congreso local su iniciativa de ley debido a que "es obligación del gobierno brindar protección en todo momento a los más débiles, desprotegidos e indefensos, como lo son los concebidos, pero en el caso de la violación, el congreso no puede pasar por alto el estado de perturbación y afectación de la mujer que sufre este acto, así como el ataque a su dignidad personal que fue gravemente dañada, así las mujeres que han sufrido este drama merecen toda consideración, respeto y apoyo.

En la UNAM la noticia de dar marcha atrás a la ley que sancionaba a las mujeres que interrumpieran un embarazo resultado de una violación fue considerada como un triunfo en la sociedad.

La resolución que frenó los cambios legislativos para castigar el aborto en el Estado de Guanajuato se fundamentó en los resultados de

la encuesta aplicada a 1204 mujeres y hombres en Guanajuato, donde el 67.8 por ciento de las personas que fueron consultadas opinaron que la ley debería regresar al congreso local, como lo aprobó la mayoría de los diputados y el 0.6 por ciento no respondió.

Fernando Martínez Cortés, Investigador de la Facultad de Medicina, consideró el veto a la penalización del aborto en caso de violación como un triunfo para los humanistas, por que la mujer tiene la libertad de decidir que hace con su cuerpo y que hace con los productos del mismo, asentó que "está el respeto a la persona humana, a su dignidad y a su intimidad. Así la mujer puede hacer lo que ella quiera de acuerdo con determinados lineamientos; Lo que se hace brutal y absurdo es que la mujer agredida por una violación todavía se le agreda más con el sentimiento del pecado".

Carlos Arteaga, Director de la Escuela Nacional de Trabajo Social (ENTS) opinó que de no haberse vetado las reformas para el código penal del Estado de Guanajuato, en donde se penalizaba el aborto en el caso de violación, las consecuencias sociales para el país habrían sido graves, pues el problema del aborto tiene vinculación directa con la desintegración familiar, niños abandonados y de la calle, la drogadicción juvenil, entre otros.

6.8.3. DEDUCCIONES CRITICAS

Arnoldo Kraus opina,; el escenario real que para discutir sobre el aborto se requieren entre dos y tres neuronas para saber que a pesar de la realidad tiene varias caras, dos siempre están presentes: la falsa y la veraz.

Quienes abortan cobijadas por buenas condiciones económicas no son parte de ningún tipo de discusión y no engruesan las dudosas estadísticas que aseveran que en México se practican ocho cientos mil legrados clandestinos al año. Quienes abortan partiendo de la pobreza, las mujeres pobres y abortadoras son objeto de ataques.

Sería optimo que se mostrasen los datos de quienes son las mujeres violadas: sus colonias, condiciones socioeconómicas y sus historias.

No existen datos precisos de cuantos abortos se practican cada año en el mundo, pero se calcula que en 1987 fueron entre 36 y 53 millones, de los cuales entre 10 y 22 millones fueron ilegales; otros datos aseveran que por cada dos o tres embarazos se realiza un legrado.

En Estados Unidos, cuando se legalizó, hace 30 años, la mortalidad disminuyó de treinta a cinco por cada mil procedimientos; En Rumania, bajo la inexorable dictadura de los Ceausescu, la mortalidad materna se incremento entre 1965 (cuando se prohibió) y 1984 de 21 a 128 por cada 100 mil nacidos vivos.

Los fetos destrozados mostrados por Pro-vida incomodan, pero, hieren más los niños de la calle, que en buena parte, reflejan gestaciones no planeadas así como una mentira de dar en adopción el destino de cualquier embarazo no deseado.

La Corriente Feminista Autónoma, consideró que "quienes usan

su poder de hacer leyes para imponerles a todas las mujeres sus creencias y dogmas de fe, solo repiten la filosofía del derecho más retrograda e imparcial". Y esa filosofía consiste en pretender seguir tratando a las mujeres como infantes, sin capacidad de decisión y de construcción de una ética de libertad, la que cree saber siempre y en todo momento lo que es mejor para las mujeres, que concibe sus cuerpos únicamente como el receptáculo de quien se lo apropia - aunque sea mediante violación-, aquella que pretende que la capacidad biológica de dar la vida sea un destino ineludible -el de la maternidad- y ante el cual las mujeres estarían prohibidas de escapar, aquella que le niega validez ética a sus deseos, necesidades, posibilidades y libertades para proyectar sus existencias.

Dicha Corriente Feminista opina que desde su punto de vista, en la práctica jurídica la violación no está prohibida, solo está reglamentada.

Anna Laura Nettel, Profesora del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de México (UAM) opina que la legislación actual en lugar de resolver el problema, lo agrava, ya que no protege la vida ni la integridad física de las personas y provoca un grave problema de salud pública que es el principal problema que nuestra legislación debería resolver.

Luis Villoro Toranzo, Profesor emérito y académico de la facultad de filosofía y letras de la UNAM plantea que un Estado liberal y democrático "no puede legislar sobre una concepción del bien y del valor y por lo tanto, no tiene derecho a imponer ninguna ley sobre las decisiones que tome una mujer acerca de su producto antes de los tres meses de gestación. Debe permitir que la mujer decida como quiera conforme a su criterio moral".

El Grupo Manantial de la Facultad de filosofía y letras durante su participación en la mesa académica, manifestó que penalizar el aborto "consiste en imponerle a la mujer una concepción del bien y del valor; una concepción de la moral que el Estado hace suya pero que emerge de muchas otras concepciones morales. El Estado se convierte en un juez de la moral cuando no tiene ningún derecho a hacerlo. Después de los tres meses de gestación, la situación se torna más complicada "por que hay una razonable, no segura suposición de que ya estamos frente a un producto que tiene las condiciones suficientes para ser un humano. En ese momento el Estado puede tomar actitudes de prudencia legal. Pero las actitudes de prudencia legal que pudiera sumir el Estado en estos casos deben de basarse en el principio de que no pude imponer un criterio de valor moral a ningún ciudadano".

Es indudable que después de tres meses de gestación se impone una reflexión moral, pero la única persona que puede decidir sobre ventajas y desventajas y tomar una actitud moral correcta es la persona autónoma y esa es "la madre".

Margarita Valdés, Investigadora Universitaria, expresó que el argumento de atentar en contra de un feto es hacerlo contra un ser humano es equivocado por que el concepto de persona es aplicado a las entidades que son capaces de tener cierta vida mental.

Todos aceptamos que la vida humana tiene un valor intrínseco y merece ser respetada. El problema es ¿que entendemos por vida humana? Existen dos elementos que lo configuran -apuntó- el biológico y el psicológico-moral.

Los conservadores -abundó- colocan el peso en la parte biológica, pero una célula o un conjunto de ellas no tienen un valor

intrínseco; "No es adecuado aplicar el concepto de persona a un conjunto de células".

En realidad, quienes señalan que la vida humana comienza a existir desde el momento de la concepción "parten de ciertas preconcepciones religiosas y estas, no pueden ser validas ni para juzgar a todos ni para hacer leyes".

Rosa María de la Peña, quien fungiera como Vicepresidenta de la Comisión de Estudios para la Creación del artículo cuarto. Constitucional en el periodo del presidente Luis Echeverría Álvarez, explica que "quienes participaron en la discusión del artículo cuarto en 1974 introdujeron en esa disposición "no nadamás la idea de igualdad jurídica, sino el derecho sagrado de libertad de la mujer para decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos" y al señalar "toda persona" se está refiriendo a la mujer, es por eso que en la discusión no pusimos en la creación del artículo la pareja, ni los cónyuges, con la intención de que fueran las mujeres las que decidieran.

Juan Guillermo Figueroa, Investigador del Centro de Estudios Demográficos de el Colegio de México afirmó que las enseñanzas de la iglesia no son dogmas de fe y por tanto los creyentes pueden actuar según su conciencia, en particular respecto de temas controvertidos como el aborto.

Diego Fernández de Cevallos cuestiona severamente que una mujer que ha sido atracada por una violación y después sufre como segunda pena un aborto, que implica una violencia brutal contra su propio cuerpo y su alma, todavía se termine proponiendo una ley que lesione con la cárcel como tercera agresión.

Alejandro Sánchez Almanza, médico ginecobstetra y maestro en ciencias médicas del Hospital de México, indicó que el aborto es la pérdida del producto de la concepción hasta antes de las veintiocho semanas de embarazo vía cualquier método.

Existen dos tipos de aborto -para Sánchez Almanza- :

EL ESPONTANEO que ocurre en 10 por ciento de los embarazos y corresponde a la expulsión espontánea del feto por muerte de éste, debido a anomalías genéticas del embrión, irregularidades del aparato reproductor de la madre o alteraciones hormonales; las principales justificaciones para practicarlos en México son cardiopatía de la embarazada e hipertensión grave que genere eclampsia; así como en otros países también lo son la violación y el incesto.

EL ELECTIVO. Es la interrupción del embarazo antes de que el producto sea viable y se efectúa a petición de la madre. El embarazo se detiene mediante maniobras de intervención quirúrgica, pese a que el producto pueda o no ser compatible con la vida.

6.8.4. LA DESPENALIZACION EN MEXICO.

En la mayor parte de los países es permitido el aborto, las causas son diversas pero, en México, desde hace ya varios años, se ha intentado que se de una despenalización o que se permitan algunas otras causales para abortar sin que se penalice a quienes se someten aún o lo practican.

En una investigación realizada por Alma Muñoz y Roberto Garduño, corresponsales del diario "La Jornada", en su publicación del lunes 28 de agosto del año 2000. Nos dan a conocer el Debate Sobre el Aborto en México. Así:

1936: Ofelia Domínguez Navarro, de profesión médico, emitió una propuesta para aceptar el aborto no punible por causas económicas y sociales.

1972: Se crea el Comité Nacional de Mortalidad Materna. En noviembre se organizó la primera convivencia feminista, donde más de un centenar de mujeres discutieron el control natal, la legislación vinculada a la penalización del aborto y el uso de métodos anticonceptivos.

1973: Se elaboró el proyecto para una nueva Ley General de Población, que consideró el aborto como un problema social. Se estableció el documento que la mujer y el hombre son iguales ante la ley, y toda persona "tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos" que desea tener.

1976: El Movimiento Nacional de Mujeres convocó a debatir el tema del aborto. Las ponencias establecieron que la interrupción del embarazo fuera libre y gratuita y contara con la voluntad y decisión de la mujer.

Las sugerencias establecían que el aborto fuera practicable en todas las instituciones de salud pública.

El consejo Nacional de Población dio pie a la formación del Grupo Interdisciplinario para el Estudio del Aborto.

El informe final, elaborado por médicos, filósofos y abogados, determinó que "debe suprimirse de la legislación mexicana toda sanción penal a las mujeres que por cualquier razón y circunstancia decidan abortar, y el personal autorizado para practicarlo lo hiciera cuando exista la voluntad expresa de la mujer.

1977: Durante la segunda Jornada Nacional sobre la Liberalización del Aborto, convocada por la Coalición de Mujeres Feministas, se rechazó el aborto como medio de control natal y defendieron -las feministas- la maternidad voluntaria.

1978: 50 organizaciones cívicas y religiosas conformaron el Comité Nacional Pro Vida. Al mismo tiempo, diputadas priistas denunciaron la existencia de "la industria negra clandestina de abortos", cuyas ganancias estimadas ascendían a nueve mil millones de pesos libres de impuestos.

La coalición de mujeres feministas convocó a la tercera Jornada Nacional de Liberación del Aborto.

1979: La coalición de Mujeres Feministas y el Frente Nacional de Lucha por la Liberalización y Derecho de las Mujeres propusieron un debate público sobre la maternidad voluntaria.

Ambas Organizaciones elaboraron un proyecto de ley que incluyó la despenalización del aborto. El documento contó con el apoyo del Partido Comunista.

Las diputadas María Luisa Oteya y Adriana Luna Parra enviaron al presidente José López Portillo una misiva donde establecían que "el aborto, aun como último recurso, constituye una solución a la que toda mujer tiene derecho y requiere de atención médica reconocida y capacitada".

1982: Miguel de la Madrid Hurtado, se refirió a la posibilidad de despenalizar el aborto.

Participó en la Reunión Nacional sobre la Mujer, donde le fue solicitada una respuesta concreta, misma que delego al Conapo para que promoviera leyes más severas contra los violadores, así como un organismo que defendiera los derechos de la mujer.

1989: Distintos grupos feministas discutieron un anteproyecto de reforma al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, relativo a la despenalización del aborto: "La penalización del aborto contradice el artículo cuarto constitucional, donde se establece que toda persona tiene el derecho a optar de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

El artículo 108 del anteproyecto -según investigación de Isabel Barranco- establecía como causal para la interrupción del embarazo que éste fuese practicado con el consentimiento de la pareja, cuando es posible obtenerlo durante los sesenta días siguientes a la concepción y que obedezca a causas económicas graves, justificadas.

1990: El gobernador de Chiapas, Patrocinio González Garrido, promovió la reforma al artículo 136 del Código Penal de ese Estado para despenalizar el aborto por razones económicas, por planificación familiar, por común acuerdo con la pareja o en el caso de madres solteras.

En este mismo año la reforma fue suspendida por las presiones de la Iglesia Católica, Pro Vida y el PAN.

1993: La mayoría de los legisladores panistas del Congreso de Chihuahua, a través de una reforma a la Constitución local, introdujo el

concepto del "derecho a la protección jurídica de la vida desde el momento mismo de la concepción".

1997: El Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) reveló que en 21 de las 32 entidades federativas mexicanas se había legislado sobre el aborto.

Las causales debatidas en los Congresos locales coincidieron en que el aborto no es punible cuando es producto de una violación, por peligro de muerte, por razones eugenésicas (aplicación de leyes biológicas, de la herencia, para el perfeccionamiento de la especie humana) y grave daño a la salud de la madre u otras causas como razón económica o inseminación no deseada.

2000: La mayoría priista en el congreso de Yucatán aprobó las reformas al Código Penal del Estado con el objeto de no penalizar el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación, este en peligro la vida de la mujer, obedezca a causas económicas graves justificadas, siempre y cuando tenga tres o más hijos, y cuando a juicio de los médicos haya razones suficientes para suponer que el niño que nacerá padezca alteraciones congénitas o genéticas graves, pero siempre con el consentimiento de los padres.

Se creó la clínica Servicios Humanitarios en Salud Sexual y Reproductiva para atender esos casos.

En Guanajuato, legisladores del PAN y otros partidos aprobaron una iniciativa de reforma al Código Penal para castigar con cárcel a las mujeres que aborten, aún en caso de violación.

Los priistas y perredistas de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal reformaron el Código Penal para ampliar causales de despenalización a las tres ya existentes. Se aprobó la interrupción del embarazo por riesgos de salud grave de la madre, malformación del feto,

inseminación artificial no consentida, en caso de riesgo de muerte y por violación. (8)

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO VI

- (1) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, S.A. 3ª. ed. México 1975. p.178
- (2) JIMENEZ HUERTA MARIANO. Derecho Penal Mexicano. Op. Cit. p. 190
- (3) LA JORNADA. Año dieciseis. Número 5720. México, D.F. p. 19
- (4) Idem p. 23
- (5) Idem p. 23
- (6) LA JORNADA. Año dieciseis. Número 5727. México. D.F. p. 20
- (7) Ibidem p. 25
- (8) LA JORNADA. Año dieciseis. Número 5734. México. D.F. p. 19

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El aborto es la muerte provocada del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Desde mi punto de vista y después de realizar una minuciosa investigación, considero que la definición contemplada en el Código Penal del Estado de Guanajuato es inadecuada, y comparto la idea médica de considerar el aborto como: "La terminación del embarazo antes de que el feto este lo suficientemente desarrollado para sobrevivir o ser viable"; es decir, en la semana 24 de gestación.

SEGUNDA.- El Código Civil, para el efecto de heredar solo considera capaz al producto viable, mientras el no viable no entra en la línea sucesoria. Esto nos da la pauta de afirmar que interrumpir el desarrollo de un producto viable es muy distinto; Éste es un ser con un sistema nervioso ya desarrollado y el sistema nervioso sólo se empieza a desarrollar en la octava semana.

TERCERA.- El artículo 4º. constitucional, que en su tercer párrafo establece "toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos", tiene que ver intrínsecamente con el tema del aborto y no solamente con la planeación familiar vía anticonceptivos. Debido a que Ésta disposición reconoce la libertad de la mujer para decidir y se da una contradicción cuando a aquellas se les impone la obligación de ser madre.

CUARTA.- El artículo 4º. constitucional reconoce el derecho que tiene la mujer para decidir en forma libre y responsable. Si la mujer es libre por principio, entonces deberá buscarse la forma de que la ley no contravenga esta libertad, por que esa

libertad es un derecho fundamental y por lo mismo es contradictorio que a una mujer se le reconozca su derecho a decidir y al mismo tiempo se le imponga la obligación de ser madre por que esto viola el principio de libertad negativa, que establece que nadie, ni la sociedad ni el Estado, pueden obligar a una persona a hacer algo que no quiere.

QUINTA.- En el caso de no sancionar el aborto cuando el embarazo es producto o resultado de una violación, la suspensión del embarazo se justifica debido a que el proyecto de la madre se vería demasiado dañado si tuviera que compartirlo con el constante testimonio de ultraje a su integridad moral y física.

SEXTA.- Así, un Estado totalitario se basa en la idea de que puede imponer una concepción del bien, del valor y del sentido de la historia, la de los hombres en el poder a toda la sociedad. Pero, en un Estado liberal y democrático la premisa fundamental es que la ley procesada por el Estado no puede imponer ninguna concepción particular del valor que tiene. Debe aceptar la pluralidad de ideas sobre el valor del bien que hay en la sociedad y no puede legislar sobre una concepción del bien y del valor.

SEPTIMA.- La violación constituye un atentado contra la voluntad y la libertad sexual de las personas. Ese acto lesiona el pudor, la dignidad, la seguridad e integridad corporal e incluso pone en riesgo la vida de quien es atacada y resulta inaceptable que un hecho delictivo que deviene en embarazo convierta la procreación en una obligación jurídica para la mujer cuyo incumplimiento puede ser sancionado.

OCTAVA.- Por lo tanto el Estado está obligado a proteger a la víctima de la violación y no a criminalizarla. Cuando el poder público impone a la víctima la obligación de un embarazo producto de una violación priva a la mujer de su libertad y de

sus derechos. El régimen jurídico de este tipo vuelve nula la igualdad del hombre y la mujer ante la ley.

NOVENA.- Así, la iniciativa de reforma al Código Penal del Estado de Guanajuato del 3 de Agosto del año 2000, relativa a sancionar a las mujeres que aborten aun cuando el embarazo sea producto de una violación, va en contra de dos acuerdos internacionales relacionados con los derechos de la mujer, los cuales fueron ratificados por el senado de la República; por lo que de acuerdo al artículo 133 constitucional los convierte en ley suprema y por lo tanto tiene jerarquía a las normas ordinarias.

BIBLIOGRAFIA.

AMUCHATEGUI REQUENA IRMA G. DERECHO PENAL. 1a. ed. Ed. Harla. México 1998. p.p 418

ASUA Y OMEGA. DERECHO PENAL. 3a. ed. Ed. Reus. España 1929. p.p. 297

CARMONA ARIZMENDI ENRIQUE Y OTRO. CODIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. 2a. ed. Ed. Orlando Cárdenas V. México 1985. p.p 653

COLIN SANCHEZ GUILLERMO, DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, 1a. ed. Ed. Porrúa. México 1964. p.p, 303

CORTES IBARRA MIGUEL ANGEL, DERECHO PENAL MEXICANO, PARTE GENERAL. 3a.ed. Ed. Porrúa. México 1971. p.p.430

CUELLO CALON. PARTE GENERAL VOLUMEN I. 5a. ed. Ed.Bosh, Barcelona 1975. p.p 480

DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO. CODIGO PENAL FEDERAL CON COMENTARIOS. 2a. ed. Ed. Porrúa. México 1997. p.p. 749.

GONZALEZ QUINTANILLA JOSE ARTURO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5a. ed. Ed. Porrúa. México 1999. p.p. 1027

JIMENEZ HUERTA MARIANO, DERECHO PENAL MEXICANO, TOMO II, 3a.ed. Ed. Porrúa. México 1975. p.p. 356

LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. TEORIA DEL DELITO. 3a. ed. Ed. Porrúa. México 1996 p.p. 303.

PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL. 7a. ed. Ed. Porrúa. México 1982. p.p. 498

PORTE PETIT CELESTINO. APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. 1a. ed. Ed. Jurídica Mexicana. México 1969. p.p. 498

VELA TREVIÑO SERGIO. ANTIJURIDICIDAD Y JUSTIFICACION. 3a. ed. Ed. Trillas. México 1990. p.p. 334

VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL. 3a.ed. Ed. Porrúa. México 1975. p.p 631

LEGISLACION

CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CODIGO PENAL SUSTANTIVO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

CODIGO PENAL ADJETIVO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

OTRAS FUENTES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. 10a. ed. Ed. Porrúa y U.N.A.M. México 1997. p.p. 810.